

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN:

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

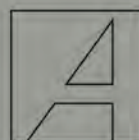
II

Coordinadores

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Luis Caballero Ochoa

Christian Steiner



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
E500.113
D473d

Derechos humanos en la Constitución : comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana / coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Christian Steiner ; [la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ; prólogo Ministro Juan N. Silva Meza]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013.
2 t. ; 27 cm.

Contenido: t.1. Principios generales -- Igualdad y no discriminación -- Libertades públicas -- t.2. Composición pluricultural de la nación -- Derechos económicos, sociales culturales y ambientales (DESCA) -- Materia penal -- Tutela judicial -- Derechos patrimoniales y familiares.

ISBN 978-607-468-616-6 (Obra Completa)
ISBN 978-607-468-624-1 (Tomo II)

1. Derechos humanos – Normas constitucionales – Reforma constitucional – México 2. Interpretación constitucional – Principio pro persona 3. Jurisprudencia constitucional 4. Jurisprudencia interamericana de derechos humanos 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos 6. Igualdad ante la ley 7. Derecho a la no discriminación 8. Prohibición de esclavitud 9. Asilo 10. Minorías religiosas 11. Multiculturalismo 12. Derechos económicos 13. Derechos sociales 14. Derechos culturales 15. Derecho a un medio ambiente adecuado 16. Derechos de los niños 17. Derechos del consumidor 18. Derechos laborales 19. Libertades públicas 20. Libertad de pensamiento y de expresión 21. Prohibición de censura 22. Derecho a la vida privada 23. Derecho a la información pública 24. Derecho de petición 25. Libertad de asociación 26. Libertad de tránsito 27. Derechos políticos 28. Derecho a tutela jurídica efectiva 29. Fuero militar 30. Derecho a ser oído públicamente por tribunal 31. Acceso a la justicia 32. Mecanismos alternativos de solución de controversias 33. Corte Penal Internacional 34. Juicio de amparo 35. Legítima defensa 36. Delincuencia organizada 37. Flagrancia 38. Defensoría pública 39. Penas y medidas de seguridad 40. Derechos del inculcado 41. Tortura 42. Derechos de las víctimas u ofendidos 43. Seguridad pública 44. Pena de muerte 45. Derechos patrimoniales 46. Derecho familiar 47. Derechos reproductivos I. Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, coord. II. Caballero Ochoa, José Luis, coord. III. Steiner, Christian, coord. IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia V. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prol.

Primera edición: noviembre de 2013

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.

D.R. © Fundación Konrad Adenauer
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19C-74, piso 2
Bogotá, Colombia

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN:

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL E INTERAMERICANA

II

Coordinadores

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Luis Caballero Ochoa

Christian Steiner



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Olga Sánchez Cordero
de García Villegas
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Alberto Pérez Dayán

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. Héctor Felipe Fix-Fierro
Director

Dra. Mónica González Contró
Secretaria Académica

Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

*Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica*

Dr. Christian Steiner
Director

Coordinadores de la obra

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
José Luis Caballero Ochoa
Christian Steiner

Coordinadores de contenidos

Juan Carlos Arjona Estévez
Iván García Gárate

Equipo de armonización de contenidos

Adriana Muro Polo
Edgar S. Caballero González
Luis Fernando García Muñoz
Nora R. Frías
Julieta Becerril

Elaboración de estándares

Iván García Gárate
Adriana Muro Polo

Artículo Octavo Constitucional.
Derecho de petición
y Derecho de respuesta

David CIENFUEGOS SALGADO*

* Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

SUMARIO: I. *Delimitación temática.* II. *Exégesis y desarrollo jurisprudencial del derecho de petición.* III. *Exégesis y desarrollo jurisprudencial del derecho de respuesta.* IV. *El derecho de petición en materia electoral.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de petición; Derecho de Respuesta; Breve término; Por escrito; Acuerdo; De manera clara y pacífica.

I. Delimitación temática

A pesar de ser un derecho consagrado prácticamente en todos los ordenamientos nacionales, el derecho de petición no encuentra abundantes referentes en los instrumentos internacionales, salvo que se le vincule con el derecho a la información. En efecto, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ (en adelante DUDH) sería ejemplo de tal circunstancia al prescribir el derecho de "investigar y recibir informaciones y opiniones", lo que puede entenderse como la facultad de acudir a peticionar ante las autoridades para la entrega de la misma. El artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² (en adelante CADH) tiene el mismo contenido al prescribir que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

¹ AGNU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

² OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Por ello, el análisis que se hará del alcance que tiene el derecho de petición contemplado en los artículos 8, 9 y 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") parte de las decisiones dictadas por los tribunales nacionales, destacando las nuevas construcciones que se han dado en la materia electoral.

Aunado a lo anterior, destacamos que la figura consagrada en el artículo 8o. constitucional ha sido recurrentemente denominada derecho de petición, soslayando siempre el correlato derecho de respuesta. Ambos, derecho de petición y de respuesta, comparten identidad en la interpretación constitucional de los tribunales federales y así se pretende hacer la revisión.

Aclaremos que se ha evitado la referencia histórica y comparada, para lo cual el lector interesado puede remitirse a otras obras de mayor alcance que el presente comentario.³

En principio debe señalarse que la voz petición denota una solicitud (del latín *petere*, dirigirse hacia un lugar, solicitar) y se admiten diversas acepciones, lo cual evidencia un carácter plurívoco.

Jurídicamente se entiende como un derecho relacionado con la obligación que tiene el Estado de permitir al ciudadano elevar ante los diversos órganos de gobierno una solicitud. En este mismo sentido, el derecho de petición puede considerarse como el derecho que tienen los habitantes de nuestro país de dirigir peticiones a cualquier órgano o servidor públicos. La anterior definición no incluye elementos particulares que caracterizan la definición del derecho de petición en otros sistemas jurídicos.

II. Exégesis y desarrollo jurisprudencial del derecho de petición

Los tribunales federales mexicanos han construido un cuerpo de doctrina jurisprudencial para señalar los límites y alcances del derecho consagrado en el artículo 8o. constitucional. Como adelantamos, para el análisis de tal *corpus* doctrinal, se distingue entre derecho de petición y derecho de respuesta. Esto se advierte al revisar una tesis emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual se ha inclinado por

³ Para la revisión histórica véase: David Cienfuegos Salgado, *El derecho de petición en México*, México, UNAM, 2004, pp. 3-14. Para la revisión comparada: *Ibidem*, pp. 30-57. Asimismo, pueden consultarse diversos ordenamientos extranjeros sobre derecho de petición en: David Cienfuegos Salgado, *Petición y Constitución. Análisis de los derechos consagrados en el artículo octavo de la Constitución mexicana*, México, Instituto de Estudios Parlamentarios "Eduardo Neri", 2002, pp. 72-107.

considerar el derecho de petición, incluido el de respuesta, dentro de la esfera de los derechos de seguridad jurídica al resolver que el:

artículo 8o. constitucional protege en principio la garantía de seguridad legal de los ciudadanos relativa a que sus peticiones serán resueltas, pero ello incluye también la protección del derecho de los particulares a ser informados del estado que guardan sus instancias cuando éstas deban sujetarse a un trámite prolongado, pues el precepto constitucional que se analiza, expresamente establece que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a la que se haya dirigido, la cual tiene la obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.⁴

Puede advertirse que la tesis mencionada se refiere al derecho de estar o ser informado en relación con el trámite de la instancia presentada por el peticionario. Esta interpretación, que tangencialmente se ocupa de otra garantía o derecho, sirve para presumir, de inicio, la importancia del de petición como medio de ejercicio, y si se quiere de defensa, de otros derechos reconocidos constitucionalmente.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha considerado en los derechos consagrados constitucionalmente, como es el caso del de petición, deben interpretarse de manera que resulten eficaces y no se queden en el ámbito de lo teórico. Tal concepción tiene por finalidad el dotar de eficacia a la Constitución y "a la esencia de nuestro sistema democrático".⁵ Este tribunal federal reitera la vinculación entre los derechos de petición e información, y objetiviza el tipo de información: "exacta y precisa." Aunque no es motivo de estudio, debe advertirse la estrecha relación que conserva el ejercicio del derecho de petición con el de información, como queda de manifiesto en dos decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH): los casos Claude Reyes y otros Vs. Chile⁶ y Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil.⁷ En tal sentido, debe mencionarse que en algunas legislaciones llegó a confundirse el derecho de

⁴ Tesis aislada, PETICION, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen 205-216, sexta parte, p. 358. Registro IUS No. 247988

⁵ Tesis aislada. PETICIÓN. DERECHO DE. ACLARACIONES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen, 127-132, Sexta parte, p. 118. Registro IUS 251740.

⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

⁷ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

petición con el de acceso a la información que guarda el Estado, como ocurría en el Código Contencioso Administrativo colombiano.

La reflexión sobre la importancia del derecho de petición en el contexto social, ha sido aportada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual ha considerado que la principal finalidad que tiene el derecho de petición es la de evitar que los gobernados se hagan justicia por propia mano; el fin último del derecho de petición ante los órganos judiciales tiende a desplazar la venganza privada.⁸

Ahora bien, para gozar de la protección que otorgan los tribunales federales la petición debe ceñirse a ciertos requisitos, con algunos presupuestos básicos. Tales requisitos si bien no se corresponden con una idea lógica e indispensable del derecho de petición, encuentran justificación en clave del artículo 8o. constitucional. A este respecto debe señalarse que estos presupuestos no deben entenderse como requisitos distintos de los señalados en el texto constitucional, sino simplemente como contenido de éstos. Y esto se refuerza por la tesis sostenida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), al señalar que "el artículo 8o. constitucional no subordina la contestación ni aspecto otro alguno de la garantía de petición, a que los solicitantes hayan o no cumplido con determinados requisitos reglamentarios".⁹ Como podrá advertirse más adelante, si bien no hay mayor exigencia constitucional, un principio básico de eficacia obligará al órgano de la administración o al servidor público a contestar al peticionario en exigencia de documentos, datos o cualquier otro material que sirva a los efectos de resolver sobre su petición. Esta forma de actuar no entraña violación del precepto constitucional, siempre que en forma reglada esté establecido tal procedimiento. A continuación realizaremos el análisis de los requisitos y presupuestos del derecho de petición.

1. La petición debe ser formulada por escrito

La primera exigencia constitucional es que el órgano o funcionario estatal conozca de la petición por escrito. En tal sentido, se entiende por escrito la carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso; también la expresión está referida a una obra o composición científica o literaria. Es frecuente que se entienda lo escrito como aquello que se comunica por medio de la escritura, y así cuando se dice tomar una cosa por escrito

⁸ Tesis aislada, TCC. PETICIÓN. DERECHO DE. MATERIA JUDICIAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo. X / julio, p. 394. Registro IUS 218 980.

⁹ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XIX, Tercera parte, p. 63. Registro IUS 268424.

significa anotar en un papel o libro de memoria lo que se ha visto u oído, para que no se olvide.

Así, la exigencia constitucional está haciendo referencia a que deberá constar fehacientemente en cualquier tipo de papel con las características mencionadas. La razón es simple: la forma escrita permite precisar los términos, alcances y extremos de la petición formulada. Esta exigencia conlleva ciertos presupuestos o al menos la presunción de ciertos elementos, que a continuación analizaremos.

a. El idioma empleado

Aunque resulte paradójico, en México no existe disposición constitucional que establezca el español como lengua oficial en nuestro país. ¿Todas las peticiones deben ser en español? Tal criterio resulta erróneo a la luz de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, que deja abierta la puerta al uso de idiomas que han sido reconocidas con el rango de lenguas nacionales, que es el estatus legal del propio idioma español. Con ello se abre la posibilidad de que las legislaciones locales, tanto como la federal, establezcan los ámbitos institucionales ante los cuales podrán promoverse en un idioma indígena, reservando para los demás el uso del español.

Ahora bien, para los supuestos en que una petición se presente en un idioma distinto al español, la regla general es que ello no será óbice para negar el derecho a la respuesta consagrado constitucionalmente. Sin embargo, en tales casos la autoridad o funcionario a quien se dirija el escrito, en el que debe presumirse la formulación de una petición, deberá dictar un acuerdo en el que, sin ocuparse de la petición, señale al peticionario la necesidad de presentar nuevamente el escrito en idioma español o en su defecto que lo acompañe de una traducción autorizada. Conforme a la nueva legislación lingüística es muy probable que aumente la atención hacia el uso de los idiomas indígenas en dependencias administrativas, tanto del ámbito federal como local. Sin embargo, tal situación quedará supeditada a criterios explorados: la traducción al español será necesaria en la mayoría de los casos, sea que corra a cargo de la institución o del peticionario.

b. En forma clara

Si bien no hay referencia jurisprudencial a la utilización del español como idioma para formular la petición, en cambio se ha resuelto por la Primera Sala que ésta debe ser hecha en forma

clara, al señalar que es de explorado derecho que para la procedencia de una promoción, basta que sea clara y se haga cita de los fundamentos fácticos.¹⁰

Además, resultaría incongruente con el objeto del derecho de petición el que las mismas no fueran formuladas en forma clara, puesto que el ejercicio de este derecho permite al gobernado elevar ante el órgano estatal o servidor público una petición que pretende ver satisfecha. La respuesta que se dé a la petición dependerá en buena medida de la formulación. Si bien asiste al peticionario el derecho de obtener una respuesta a tal petición, en modo alguno el texto constitucional condiciona la actividad estatal a que la respuesta sea favorable. En estricto sentido únicamente sienta la base para que en los supuestos en que le asista el derecho vea satisfecha la petición.

Este presupuesto encuentra una limitación en la claridad con que se haga expresa la petición. A mayor abundamiento señalaremos que la Segunda Sala ha hecho patente tal verdad perogrullesca al señalar que el artículo 8o. de la Constitución impone a las autoridades la obligación de dictar una respuesta a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada.¹¹ En igual sentido, el Pleno ha señalado que

...a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, debe recaer un acuerdo, también por escrito, de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer, en breve término, al peticionario. Si a una petición hecha por escrito, le falta algún requisito legal, no puede, por esa causa, rehusarse a recibirla la autoridad, ni negarse a acordarla; pues para no violar el derecho de petición, debe recibir y acordar, desde luego, ese escrito, aunque sea negado lo que se pida...¹²

Resulta evidente entonces que la petición no tiene por qué ser clara, pero ello supondrá la posibilidad de que la autoridad o servidor públicos dicten un acuerdo que exija la aclaración de la petición o en su caso que señale específicamente la petición que se hace. Obviamente, sin que tal proceder se considere vulneratorio del derecho de petición, pues no se infringe el derecho, antes se da cabal cumplimiento. Será pues el peticionario quien deberá ponderar tal circunstancia al momento de redactar su escrito petitorio.

¹⁰ Tesis aislada, DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXXI, México, p. 1921. Registro IUS 314339.

¹¹ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE (LICENCIAS). *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, T. XII, Tercera parte, p. 61. Registro IUS 268602.

¹² Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, T. XV, p. 102, Registro IUS 284236.

Aquí debe aclararse que si entendemos las acciones procesales como especies de la petición, encontraremos una distinción clara con el tratamiento que merecen los grupos considerados vulnerables a través de la institución de la suplencia de la queja, llegándose al punto de que el órgano resolutor puede desprender de un escrito mal redactado o formulado la "verdadera" intención o pretensión hecha valer.

c. En duplicado para acuse de recibo

La Constitución en nada se ocupa de este punto, sin embargo, es evidente que se trata de un requisito indispensable para garantizar una probable imputación al órgano o servidor públicos de vulneración al derecho constitucional. Ante el supuesto de que se exija ante los tribunales federales la declaración de que se ha violado el derecho de respuesta, corresponderá al quejoso acreditar que efectivamente se elevó la petición: quien afirma está obligado a probar.

Así, la mejor forma de constatar que un escrito de petición fue presentado a un órgano o servidor públicos será la presentación del acuse correspondiente, que en la práctica suele ser el sello o firma de recibido sobre una copia del documento entregado.¹³

Tratándose de formularios realizados ex profeso por las dependencias públicas, se considera igualmente necesario que el peticionario reciba un acuse formal de recibido o en su defecto una copia sellada del documento donde conste la petición o documentos que se entregan.

Sobre el particular conviene referirnos a algunas disposiciones presentes en otras legislaciones, que seguramente nos redituarán algunas precisiones enriquecedoras. En primer lugar, debe considerarse que el servidor público que recibe el escrito de petición tiene la obligación de, en la copia que se acompañe, asentar la fecha y hora de presentación o recepción, así como el número y clase de documentos que le acompañan anexos.

Si se tratara de una petición verbal, en los casos en que se permita y en el supuesto de que el peticionario declare no saber o no poder escribir, y pida una constancia de haber formulado su petición, el funcionario o servidor público deberá extenderla en forma sucinta. No existe impedimento o prohibición legal que invalide esta interpretación.

¹³ Tesis aislada. ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, VIOLACIÓN DEL. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, T. LVII, p. 2244. Registro IUS 331277.

En segundo lugar, la anotación o acuse de recibo, o en su caso la probable expedición de la constancia, no implicará costo alguno para el peticionario.

Por último, cabe la posibilidad de que en aquellos casos en que se presente una petición sin los documentos pertinentes, el servidor público que la recibe (si conoce el trámite que corresponde) puede y debe hacer la advertencia al peticionario, y en el caso de que éste insista en entregar su escrito, tal razón debe asentarse en la anotación de recibido, para los efectos correspondientes.

d. Con la cita de hechos

La narración de hechos concretos, al igual que los fundamentos legales en que se base la petición, no son requisitos consignados en el texto constitucional, sin embargo, puede afirmarse que tales elementos representan para el órgano o servidor públicos un factor importante al momento de determinar el contenido de la respuesta que merezca la petición.¹⁴

Debe tenerse en cuenta que la autoridad o servidor públicos no pueden exigir que el peticionario exponga los hechos en que considera que está sustentada la viabilidad de ver satisfecha su petición. Será el peticionario quien deberá valorar la inclusión de tales datos, pues en todo caso el órgano o servidor a quien se ha dirigido la petición cumple con la exigencia constitucional al recibir la petición, dictar un acuerdo y hacerlo del conocimiento del que pide.

Se trata de la versión administrativa del principio general que señala: *iura novit curia*. Aquí, si bien los órganos administrativos conocen la legislación aplicable a cada una de las peticiones que se le formulan, no conocen en cambio, los supuestos fácticos en que pretenden fundar la solicitud.

e. Entrega de documentos

Es evidente que en ocasiones la petición deberá acompañarse de pruebas, a efecto de que una vez conocida por el órgano o servidor públicos se dé el trámite correspondiente. En aquellos casos en que, siendo necesario, el peticionario no acompañe los documentos pertinentes, la autoridad podrá acordar la petición en el sentido de prevenir al solicitante la aportación de los mismos. Igual sucederá con todos los elementos probatorios distintos de

¹⁴ Tesis aislada, DERECHO DE PETICIÓN..., *supra* nota 7.

los documentos. La Segunda Sala ha iterado tal criterio en algunas tesis.¹⁵ Esta misma instancia judicial ha señalado la imposibilidad de que el órgano o servidor públicos puedan retardar la contestación aduciendo la falta de tales documentos o elementos probatorios.¹⁶ El Pleno de la Corte desde temprano, en 1924, se había inclinado por tal consideración.¹⁷

Sobre las consecuencias de que no se aporten los elementos necesarios para formar la convicción en el órgano o servidor públicos sobre la procedencia de la petición, la Segunda Sala manifestó que "la falta de los repetidos requisitos a lo sumo conduzca a que el acuerdo relativo pueda ser indicando al peticionario cuáles son los que le falte de llenar y que su omisión ha sido la causa de que no se decida en cuanto al fondo su respectiva solicitud".¹⁸

Puede fácilmente advertirse de los múltiples criterios, que así lo confirman, que no hay obligación constitucional de aportar tales elementos probatorios. Sin embargo, quien pretenda ver satisfecho un derecho, exigido mediante el ejercicio del de petición, debe cumplir con los requisitos que establezca el ordenamiento secundario a efecto de no obtener una respuesta del órgano o servidor públicos en los que se expliciten los requisitos necesarios para la procedencia de su petición.

Por otra parte, la mayoría de las tesis sostienen que no existe ninguna obligación de cumplir con los requisitos reglamentarios, sin embargo sí advierten la consecuencia de tal omisión. Así, la Segunda Sala señaló que:

aunque es cierto que el derecho de petición no releva a los particulares del cumplimiento de las exigencias que la legislación establezca en cada caso, también es verdad que, sea que el solicitante satisfaga o no los requisitos reglamentarios, en todo caso debe la autoridad dictar acuerdo, dentro de breve plazo, respecto de la petición, y comunicarlo, también dentro de breve término, al solicitante. En el supuesto de que el quejoso no haya cumplido las condiciones reglamentarias correspondientes, no obstante que las mismas se le hayan exigido por la autoridad,

¹⁵ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CUANDO PARA RESOLVER SE NECESITEN PRUEBAS, DEBE REQUERIRSE AL PETICIONARIO PARA QUE LAS APORTE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Tomo CXXVII, tercera parte, p. 39. Registro IUS 265214.

¹⁶ Tesis aislada. PETICIÓN DERECHO DE. NO DEBE RETARDARSE LA CONTESTACIÓN A UNA SOLICITUD, ALEGANDO QUE SE CONCEDE MAYOR TIEMPO PARA APORTAR PRUEBAS. *Semanario Judicial de la Federación*, México, T. CXXVII, tercera parte, p. 39. Registro IUS 265215.

¹⁷ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN..., *supra* nota 9.

¹⁸ Tesis aislada. PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México, T. XXXVIII, Tercera parte, p. 87. Registro IUS 267808. También en: Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, T. XXI, tercera parte, p. 69. Registro IUS 802546.

esto será motivo para pronunciar una resolución denegatoria, pero no para abstenerse de emitir acuerdo acerca de la solicitud.¹⁹

No ha merecido mucha atención en la doctrina nacional el establecimiento de límites a esta acción previsor de los órganos públicos. Por ejemplo, ante la cuestión: ¿de cuánto tiempo dispone el peticionario para cubrir los requisitos exigidos por la autoridad? La Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala en el artículo 17-A los lineamientos a considerar, dejando al arbitrio institucional los plazos y términos, los cuales en cualquier caso no podrán ser menores a cinco días.

f. Dirigida a un órgano o servidor públicos

De tan evidente puede parecer superfluo, sin embargo, vale la pena llamar la atención sobre este elemento en el ejercicio del derecho de petición. Aunque la constitución ha utilizado los términos funcionarios y empleados públicos, en este comentario hemos preferido utilizar las voces órgano o servidor públicos exactamente con el mismo fin. Sobre este particular, Andrade Sánchez considera que por funcionarios y empleados públicos se entiende "las autoridades de los tres poderes que tienen facultades de decisión, atribuidas por las disposiciones legales o reglamentarias, pero no abarca a todos los trabajadores al servicio del Estado, sean federales, estatales o municipales".²⁰

Sin inclinarnos por un análisis de los conceptos utilizados por el texto constitucional debemos recordar que mediante reforma constitucional se consignó el concepto servidor público para sustituir el de funcionario público.

En el caso mexicano, es evidente que aún no se ha dado el paso para que el legislador permita a los ciudadanos elevar una petición cuando se trata de entidades de carácter privado, ni aún en los supuestos en que se vulneren derechos humanos. O yendo más allá, puede hacerlo, pero no tendrá garantizada la respuesta. Son pocos los sistemas jurídicos que se han ocupado de tal aspecto.

¹⁹ Jurisprudencia. PETICIÓN, DERECHO DE, EN CASO DE REQUISITOS REGLAMENTARIOS. Apéndice de 1917-1995, Sexta Época, t. III, 129, tesis 128, p. 87. Registro IUS 911011. Disponible: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/911/911011.pdf>> (8 de julio de 2013)

²⁰ El citado autor, al comentar el artículo 8o constitucional en anterior edición, señala, a guisa de ejemplo: "el presidente municipal o el funcionario encargado del servicio de limpia pública están obligados a responder por escrito las peticiones que se les dirijan en relación con dicho servicio, pero no el conductor del vehículo de limpia que se encuentra prestando directamente el servicio en la calle, aunque éste sea también un empleado público." Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, tomo II, México, Cámara de Diputados, Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 906-907.

Ahora bien, la discusión no debe darse en cuanto a si es o no órgano o servidor públicos a quienes se dirige la petición, sino a la distinción entre dos supuestos: a) la negativa a acordar, por considerar la autoridad que se trata de una actuación inscrita en el marco del derecho privado, y b) la negativa a responder al peticionario por considerarse incompetente para resolver sobre la petición que se le dirige.

■ Sujetos de derecho privado

Es posible encontrar en el sistema jurídico la actuación de los entes públicos como personas de derecho público y como personas de derecho privado. Y en no pocas ocasiones se aducen tales extremos para negarse a proporcionar una respuesta al peticionario, sin pronunciarse sobre la petición presentada. La jurisprudencia se ha ocupado de tales supuestos.²¹

Estas interpretaciones invalidan el argumento de que, tratándose de actuaciones de una persona pública con naturaleza de derecho privado, el órgano o servidor públicos no están obligados a respetar el derecho de respuesta que existe para las peticiones que se le eleven. Es decir, no existe razón de la negativa cuando se aduce la naturaleza de las funciones que desarrolla el órgano o servidor, sino que debe atenderse a la esencia misma del órgano o servidor, es decir a su carácter público.

■ Autoridad sin competencia para resolver la petición

Se entiende que un órgano o servidor públicos carecen de competencia para resolver sobre un determinado asunto cuando éste ha quedado excluido de su conocimiento en forma expresa o tácita. Es expresa cuando la norma orgánica delimita los asuntos que son de su conocimiento y, en correspondencia, fija los que corresponden a un órgano o servidor públicos distintos. Es tácita cuando la norma prevé que el órgano o servidor públicos conocerán "exclusivamente", "únicamente" o "solamente" de determinados asuntos.

²¹ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. ACTUACIÓN DE UNA DEPENDENCIA GUBERNAMENTAL COMO PERSONA DE DERECHO PRIVADO. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, Volumen 145-150, Sexta parte, p. 198. Registro IUS 250942. (Superada por contradicción: Tesis: P/J. 42/2001. PETICIÓN. LA EXISTENCIA DE ESTE DERECHO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL PARA SU SALVAGUARDA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO REQUIERE QUE SE FORMULE AL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN SU CALIDAD DE AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XIII, Abril de 2001, pág. 126 Registro IUS: 189914). También: Tesis: I.4o.A.118 A. DERECHO DE PETICIÓN. SERVIDOR PÚBLICO EN FUNCIONES. SIEMPRE SERÁ AUTORIDAD CUANDO SE FORMULE UNA PETICIÓN EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo III, junio de 1996, p. 822. Registro IUS 202066.

En clave del derecho de petición la incompetencia no puede ser alegada para evitar dar contestación a la petición elevada. Así lo ha señalado la jurisprudencia, que se ha decantado por considerar que aún la instancia que carezca de competencia está obligada a dar respuesta en los términos constitucionales.²²

Esta llamada de atención a los supuestos en que el órgano o servidor público carecen de incompetencia, debe leerse en atención a la redacción que en fecha reciente se ha propuesto para ciertas instituciones jurídicas. En las nuevas previsiones procedimentales se ha llegado a plantear la posibilidad de que se presente la petición ante un órgano o servidor públicos cualquiera y que éstos tenga la obligación de enviarla a quien consideren es competente para conocer del asunto.

En este último sentido, y tratándose de una misma dependencia con diversas unidades o departamentos administrativos, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha considerado que en los supuestos en que la autoridad a quien se ha dirigido la petición tenga unidades o departamentos encargados de atender las peticiones formuladas al titular de la dependencia, este hecho no lo exime del deber de turnar las peticiones a dichas unidades y hacer del conocimiento del peticionario el trámite que siguieron sus peticiones y a qué autoridad subordinada se remitieron.²³

Es práctica común que en peticiones elevadas al Presidente de la República, a los secretarios de Estado, a los gobernadores, presidentes de legislaturas o presidentes municipales, la respuesta al peticionario, en la que se informa la remisión de la petición a una autoridad subordinada, se da por los secretarios particulares o privados de tales servidores públicos. Esta actuación en términos de la tesis revisada es contraria al mandato constitucional, y sin embargo, no podemos negar que satisface la finalidad misma que tiene tal derecho.

g. Firmada por el peticionario

Otro presupuesto del escrito de petición es la firma por parte del peticionario. Aquí, se entiende por firma el nombre de una persona, generalmente acompañado de una rúbrica,

²² Tesis aislada PETICIÓN, DERECHO DE. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, T. CV, Tercera Parte, p. 55. Registro IUS 265693. También. Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen. XII, tercera parte, p. 58, Registro IUS 268598; y, Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época. México. Tomo CXIV, p. 404. Registro IUS 318860.

²³ Tesis: I.3o.A.591 A. DERECHO DE PETICIÓN. LA AUTORIDAD A QUIEN SE HA DIRIGIDO LA PETICIÓN ESTÁ OBLIGADA A DAR CONTESTACIÓN A LA MISMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo XV-1, febrero de 1995, p. 169. Registro IUS 209059.

estampado al pie de un escrito para atestiguar que es el autor o que aprueba su contenido. No es necesaria la dualidad nombre rúbrica, pues basta el primero a condición de que sea escrito por el peticionario y en sus comunicaciones personales no acostumbre utilizar una rúbrica; por supuesto, bastará la rúbrica cuando en el cuerpo del escrito de petición quede plenamente identificado como peticionario. La propia jurisprudencia ha señalado que la firma es el signo gráfico con el que, en general se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la firma escrita.

La principal consecuencia de la firma del escrito de petición es que determina quién es el peticionario, pues será éste quien ostente la titularidad del derecho de respuesta consagrado en el segundo párrafo del texto constitucional.²⁴

La firma es un elemento indispensable para que el documento o escrito que contenga la petición se perfeccione jurídicamente. La firma presupone la aceptación por parte del peticionario de los términos en que ha sido dirigida la comunicación, pero también se entiende que efectivamente asume las cargas jurídicas que pueden derivarse de tal actividad.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito ha explicitado también la importancia que tiene la posición de la firma en el cuerpo del escrito de petición, para hacer fehaciente la manifestación de voluntad del peticionario.²⁵

Además, tratándose de las peticiones hechas en materia política suponen que el peticionario admite tener el carácter de ciudadano mexicano. Esto es importante porque en los supuestos en que se pretenda ejercitar el derecho en materia política, sin contar con las calidades exigidas constitucionalmente, se incurrirá en las infracciones que establezca el ordenamiento federal, y la rúbrica será elemento objetivo en la comisión del acto considerado infractor.

Los tribunales federales han expresado múltiples interpretaciones en relación con el valor y consecuencias que se derivan de la firma de los documentos y promociones. El Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito ha considerado que "cualquier escrito de la naturaleza

²⁴ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS SOLO ESTÁN OBLIGADAS A CONTESTAR LAS SOLICITUDES A LAS PERSONAS QUE LAS SIGNAN Y NO A QUIENES APARECEN EN EL CONTEXTO DE DICHA SOLICITUD. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo VI, Segunda Parte-1, p. 135. Registro IUS 224476.

²⁵ Tesis aislada. PETICIÓN. DERECHO DE. LA LITERALIDAD O INTERPRETACIÓN QUE SE HAGA DEL ESCRITO QUE LA CONTIENE, DEBE TOMARSE HASTA ANTES DE DONDE APAREZCA LA FIRMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México. Tomo XI, enero de 1993. p. 292. Registro IUS 217567.

que sea, si no presenta firma, a nadie obliga, y no existiendo autor o responsable del contenido del mismo, sería un contrasentido admitirlo, pues no se puede saber realmente la voluntad de la persona a cuyo nombre se encabeza ese escrito, es la de hacer valer las pretensiones que en él se deducen".²⁶ Por su parte el Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito consideró que "un documento carece de valor aunque su autor reconozca haberlo confeccionado, si no contiene la firma, huella digital o sello de la persona física o moral a cuya orden se hizo, toda vez que aquellos signos, son los que plasman la manifestación de la voluntad de su autor en comprometerse con su contenido".²⁷ El Primer Tribunal Colegiado del 8o Circuito, en el mismo tenor, resolvió que "las promociones que carecen de firma no pueden expresar la voluntad del suscriptor, y ante tal omisión dichos escritos no tienen ningún valor, puesto que todo escrito debe de ir avalado mediante el nombre y firma del suscriptor, y en esta forma responsabilizarse el mismo de su contenido para que sólo en esa hipótesis se pueda acordar conducentemente".²⁸

h. Señalando domicilio para notificaciones

El domicilio es otro elemento importante que debe manifestarse en el escrito de petición. No debe olvidarse que el ejercicio de este derecho tiene un correlato con el deber de la autoridad de acordar sobre la misma y notificar al peticionario. Es evidente que la notificación, para ser realizada, requiere de los datos que hagan posible la localización física de quien debe ser enterado del acuerdo recaído.

La Segunda Sala de la SCJN determinó, en 1958, que no existe violación por parte de la autoridad, cuando al notificarse la respuesta en el domicilio señalado por los peticionarios, éstos no son encontrados (la tesis utilizó la frase "por no ser conocidos éstos"). De tal consideración podemos deducir que el peticionario debe señalar un domicilio para recibir notificaciones en forma precisa, pues los errores en los datos repercutirán en la falta de notificación y no podrá alegarse vulneración del derecho constitucional.²⁹ Por su parte el Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en 1979 reiteró la necesidad de que el escrito contuviera la dirección en la cual

²⁶ Tesis aislada. FIRMA. PROMOCIONES QUE CARECEN DE ELLA. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIV, julio de 1994, p. 593. Registro IUS 211472.

²⁷ Tesis I.9o.T.17 L. DOCUMENTOS. SI NO ESTÁN FIRMADOS POR SU AUTOR, CARECEN DE VALOR AUNQUE ADMITA HABERLOS CONFECCIONADO. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, mayo de 1994, p. 444. Registro IUS 212573.

²⁸ Tesis aislada. PROMOCIONES, FALTA DE FIRMA EN LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo IX, mayo de 1992, pág. 494. Registro IUS 219413.

²⁹ Tesis aislada PETICIÓN, DERECHO DE. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD, *supra* nota 19.

se podían recibir notificaciones.³⁰ Ahora bien, en los supuestos en que el peticionario no satisfaga tal requisito, algunos autores consideran que se entenderá que se prefiere acudir personalmente a la oficina de la autoridad respectiva a informarse del resultado de su petición.³¹

Con la utilización de nuevas tecnologías, se logró que los órganos y servidores públicos puedan realizar la notificación vía telefónica o electrónica. Sin embargo, la perfección de estos medios de comunicación y su utilización en determinados supuestos deberá atender entre otros principios al de certidumbre y oportunidad. Los peticionarios que en la actualidad incluyen un teléfono en el que se les puede localizar o agregan una dirección de correo electrónico, están admitiendo la posibilidad de que la notificación sea realizada por tales medios.

i. Aportar datos personales

En términos generales se entiende que no será necesario que el peticionario aporte más datos que los que lo identifican administrativamente: nombre y domicilio para recibir notificaciones. Sin embargo, esta regla general admite como excepción los casos en que la petición sea formulada en materia política.

El texto constitucional limita el ejercicio del derecho de petición en materia política, reservándolo a los ciudadanos mexicanos. En tal tesitura, el peticionario que se encuentre en este supuesto deberá expresar además del nombre, la edad y en su defecto la ciudadanía que posee. En términos prácticos es suficiente con acompañar al escrito de petición una copia fotostática de la credencial de elector o en su defecto, copia fotostática de la página de identificación del pasaporte. Sin embargo, en ambos supuestos, tales documentos no servirán sino de indicio al órgano o servidor públicos a quienes se ha dirigido la petición sobre la viabilidad jurídica que asiste al peticionario en el ejercicio del derecho. En todo caso, el acuerdo podrá dictarse imponiendo algún requisito reglamentario, pero limitándose a la prueba de que el peticionario queda comprendido en la exigencia constitucional.

No debe olvidarse que en los casos en que el peticionario se encuentre suspenso en sus derechos políticos, virtud de una decisión judicial, hay obligación de la autoridad ejecutora de notificar tal circunstancia al órgano encargado de las cuestiones electorales, para que lo haga constar en el padrón correspondiente.

³⁰ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen 121-126, sexta parte, p. 154. Registro IUS 251990.

³¹ Luis Bazdresch, *Garantías individuales*, México, Trillas, 1990, p. 124.

Debe asentarse, para evitar alguna injustificada confusión, que la petición adquiere el estatus de derecho cívico o político cuando es ejercido en tal materia, fuera de tal supuesto es simplemente un derecho más que corresponde por igual a todos los habitantes del país, incluidos los sujetos a un régimen penitenciario o restrictivo de la libertad personal.

No hemos encontrado jurisprudencia que se refiera a estos supuestos. Los tribunales federales han sido omisos en tales pronunciamientos.

j. No expresar amenazas u ofensas

En apego a la idea de que ambas partes merecen respeto: tanto el que pide como el que contesta la solicitud, debe evitarse la utilización de amenazas u ofensas en el texto de la petición, y en reciprocidad en el de respuesta.

Ello no implica que en ocasiones, por ejemplo cuando se formule una queja por maltrato, el peticionario al describir hechos concretos utilice expresiones de tal tipo, pero siempre lo hará en forma de relato y nunca serán dirigidas a la autoridad a la que se presenta la petición.

Este elemento es fundamental en tanto representa la cristalización de la buena fe que en principio anima tanto a las partes que ejercitan el derecho de petición, como a aquellos que la Constitución obliga a respetarlo, dando respuesta a la solicitud.

k. En cualquier momento

El ejercicio del derecho de petición puede realizarse en cualquier momento. No requiere que exista una actuación previa de algún órgano o servidor públicos, toda vez que la mayor parte de las peticiones giran en torno a la satisfacción de necesidades de información, concesión o atención, mismas que no están supeditadas en forma alguna a la actuación estatal.

Esta afirmación merece un matiz: la petición se entregará dentro de los horarios que correspondan a la oficina o servicio de recepción. Debe tenerse presente que en algunas instituciones quedan servidores públicos de guardia que garantizan la recepción a cualquier hora. Ningún servidor público podrá negarse a recibir una petición aduciendo que hace falta cumplir con algún requisito reglamentario. Debe considerarse, sin embargo, que el servidor podrá indicar al peticionario que si cumple con tal o cual requisito la petición se estimará procedente, pero no podrá negarse a recibirlo del peticionario. La actitud del servidor que niega tal recepción es violatoria del derecho de petición.

Queda por dilucidar si al dirigir una petición a un funcionario o servidor público puede solicitarse la reserva de la misma, a efecto de que se mantenga casi en secreto. Esta cuestión va de la mano de otra: ¿Existe el secreto profesional a petición de parte? Creemos que puede darse tal circunstancia, sin embargo también es preciso señalar que en nuestro sistema jurídico no se distingue entre las peticiones con un contenido de interés particular y las que persiguen un interés general, siendo la única distinción la que se hace entre petición a título individual y con carácter colectivo. Tal distinción es fundamental a la hora de exigir cierta reserva por parte del órgano o servidor involucrados.

En cualquier caso, debe tenerse presente que la reserva resulta sumamente limitada, pues los ordenamientos en materia de acceso a información pública permiten que otros particulares puedan tener acceso a los archivos públicos, dentro de los cuales estarían tales peticiones.

2. La petición deberá ser formulada de manera pacífica y respetuosa

Los términos en que aparece redactado el texto constitucional parecieran indicar que la expresión: "se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa" alude al estilo que debe emplearse para redactar la petición. Sin embargo es evidente que lo que debe leerse es que la petición deberá ser formulada de manera pacífica y respetuosa. En clave constitucional, y sobre todo administrativa, debe entenderse que la voz se formule no alude necesariamente a la redacción de la petición. Debe interpretarse el verbo formular que utiliza el texto constitucional en sentido extensivo, y de tal labor hermenéutica puede advertirse que formular equivale a expresar, manifestar, y en tal orden de ideas la limitación constitucional se orienta a la expresión de la petición, la manifestación de que se hace una petición.

Una petición se formula de manera pacífica cuando no altera el estatus o las circunstancias de tranquilidad presentes antes de que se haga la solicitud, tal y como puede inferirse de las acepciones que los diccionarios adoptan para el adjetivo pacífico: a) que ama la paz; b) tranquilo, que está en paz; y, c) que no tiene o que no halla oposición.

Aunque no encontramos ningún indicio en la jurisprudencia que se ocupe de adelantar una posición acerca de este elemento, algunos sectores de la doctrina se han inclinado por considerar que la exigencia de que la petición sea por escrito tiende a dar certeza a los términos de la misma, al tiempo que permite constatar que cumpla con los otros dos requisitos. Nosotros consideramos que esto no es así, y nos inclinamos por una interpretación

en la cual la voz pacífica en materia de petición debe entenderse como la necesidad de que la presentación no altere la paz o tranquilidad existente.

Luis Bazdresch al ocuparse de los conceptos pacífica y respetuosa señala que tales requisitos atienden en el primer caso, a una elemental regla de convivencia social, y en el segundo, a la dignidad propia de la autoridad.³²

Es respetuosa aquella petición que observa respeto hacia el otro, en este caso el órgano o servidor públicos. Las acepciones reconocidas para la voz respeto son dos: a) sentimiento o actitud deferente o sumisa con que se trata algo o a alguien, en razón de su autoridad, edad, mérito, etcétera; y b) sentimiento que lleva a reconocer los derechos, la dignidad, decoro de una persona o cosa y a abstenerse de ofenderlos. Tal respeto en el caso que nos ocupa esta referido a evitar que en la formulación se ofenda el servicio público que goza de la presunción de buena fe, y merece en tal sentido el respeto de aquellos a quienes se sirve.

Resulta claro entonces que el texto constitucional condiciona el ejercicio del derecho de petición a que la presentación del escrito no altere la tranquilidad y no ofenda a alguien. Tal interpretación debe sustentarse también, y reafirmarse, en el contenido del artículo 9o. constitucional que en lo conducente señala que: "No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee".³³

Es decir, hay una reiteración de la manera pacífica y respetuosa, sólo que ahora se alude a los supuestos en que el ejercicio del derecho de petición es colectivo.

Así, la manera pacífica queda plasmada en la condición de no hacer uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desea; la manera respetuosa queda implícita en la idea de que no deben proferirse injurias contra el órgano o servidor público a quien se pretenda hacer la petición. Allá se alude a la formulación individual de una petición; aquí a la formulación colectiva. En ambos casos los condicionamientos son similares.

No creemos necesario extendernos más en este tópico, sólo traemos a colación una idea que explica por qué en el derecho de reunión se hace énfasis especial en el supuesto de la

³² *Ibidem*, p. 123.

³³ *Idem*.

petición colectiva: en el inicio del liberalismo francés, hacia 1790, la reglamentación del derecho de petición y el de reunión o asociación se dan simultáneamente. Así, el Decreto de 14 de diciembre de 1789 sobre la Constitución de los municipios (art. 62) y la Ley de 21 de mayo 27 de junio de 1790 (art. 60) señalaron que los ciudadanos tenían el derecho de reunirse, pacíficamente y sin armas, en asamblea para dirigir peticiones a los Cuerpos Municipales, a la Administración del Departamento de París, al Cuerpo Legislativo o al Rey, bajo la condición de hacer del conocimiento de la autoridad municipal de la fecha y lugar de la asamblea y que no serían más de 20 ciudadanos los que presentarían las peticiones. Señala Colom Pastor que no es casualidad que la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, junto con el derecho de petición se reconozca el derecho a la libertad de prensa y el derecho de reunión.³⁴

3. Excepciones al requisito de escritura

Es evidente que la realidad exige que algunas peticiones no sean escritas, y ello no debe entenderse como la posibilidad de que el órgano o servidor públicos a los que se dirige la solicitud se niegue a atenderla. En la mayor parte de estos supuestos la recepción de solicitudes orales amplía la actuación pública en beneficio de los gobernados. Son tres supuestos en que podemos encontrar las excepciones: por mandato legal, en situaciones de urgencia y por existencia de formularios. Este último supuesto, como se evidencia implica también la escritura.

a. *Por mandato legal*

Si bien el texto constitucional establece que el ejercicio del derecho de petición debe ser presentado por escrito, encontramos que el legislador ha encontrado que tal principio puede tener excepciones cuando existen circunstancias especiales. Así, por razones de celeridad administrativa o por economía procesal, se ha permitido que las peticiones sean realizadas en forma oral.³⁵

³⁴ Colom Pastor, *op. cit.*, p. 20. Este autor enumera otros ejemplos histórico-legislativos para hacer visible la relación que ha tenido el derecho de petición con el de reunión y de prensa.

³⁵ Ya en los debates que mereció el Proyecto de Constitución encontramos una referencia a la posibilidad de que la petición fuese oral. El martes 12 de diciembre de 1916, durante la discusión del artículo 8o., el diputado Pastrana Jaimés hizo la siguiente advertencia: "Yo quisiera saber qué razón hubo para decirse que toda petición debía ser hecha por escrito, porque en la República hay muchos que no saben escribir." El mismo Constituyente más adelante retomó este debate al señalar: "Al pedir la palabra para atacar este artículo he tenido en cuenta a la clase pobre. Se impone aquí la obligación de que los que no tengan 50 centavos para papel, los que no tengan un peso, no tendrán el derecho de petición." Más adelante lanzaría dos cuestiones: ¿Las peticiones verbales no serán atendidas? ¿Los pobres no tendrán justicia nunca?".

En nuestro país algunas de las instituciones que están obligadas por norma legal a aceptar peticiones formuladas oralmente son aquellas orientadas a la protección del consumidor o a la defensa de los derechos humanos.

Son casos paradigmáticos la Defensoría de los Derechos Universitarios, en la Universidad Nacional Autónoma de México, creada en 1985; las Comisiones estatales y la Comisión Nacional de Derechos Humanos; y, la Procuraduría Federal del Consumidor. Estas instituciones reciben peticiones verbales con el objeto de facilitar el trámite de los asuntos.

Cabe destacar en tal sentido que una vez instaurado tal procedimiento debe entenderse que el órgano o servidor públicos están obligados a actuar con motivo de la petición y que su omisión o la atención indebida es supuesto para incurrir en responsabilidad.

b. En situaciones de emergencia

Se ha mencionado que por un principio de certeza y seguridad jurídica es que el texto constitucional consagra la exigencia de que las peticiones sean formuladas por escrito. Sin embargo, en ciertas ocasiones el gobernado enfrenta circunstancias de emergencia que impiden que la petición se formule por escrito, y entonces la simple petición verbal o la comunicación telefónica, debe ser atendida.

Este principio es el que asiste la prestación de diversos servicios públicos: policía, bomberos, asistencia sanitaria, rescate. En ellos por supuesto quedan incluidos los programas de emergencia establecidos por las entidades públicas, municipales, estatales e incluso federales, como pudiera ser el Plan DN-III, a cargo principalmente de la Secretaría de la Defensa Nacional.

Los fenómenos que originan la necesidad del servicio público son de tal naturaleza, que haría irracional exigir que la petición se presente por escrito. Incluso, en tales casos, cuando la situación impide que el afectado solicite el servicio, el órgano o servidor públicos están obligados a actuar. Se exige que tales servicios atiendan cualquier petición, incluso aquellas anónimas o que incluyan palabras altisonantes o insultos.

Es preciso señalar que en algunas circunstancias, es probable, que quienes ven amenazados sus más preciados bienes dirijan palabras altisonantes e incluso insultos a los servidores públicos. Aquí debe ponderarse que en tanto la situación de peligro (la emergencia propiamente dicha) no sea controlada, no puede hacerse ningún reproche a quien profiere tales palabras. Será la autoridad administrativa encargada de sancionar tales faltas o infracciones,

quien ponderará los hechos y en especial, las circunstancias, puesto que estas últimas pueden explicar tales actuaciones, aunque no necesariamente las justificuen.

En este supuesto prima el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la propiedad personal, la salud pública, ante la inminencia del riesgo o afectación, y así debe entenderse la obligación del ente público de actuar diligentemente, aun ante una falsa alarma. Esta circunstancia, la presencia del riesgo, es una causa evidente para soslayar el principio constitucional de que la petición se formule por escrito.

c. Por existencia de formularios

En ocasiones el ejercicio del derecho de petición queda sujeto a la exigencia de presentar la petición en una forma elaborada ex profeso por el órgano o servidor público. Son prolijos los ejemplos, y únicamente vale la pena mencionar que la jurisprudencia se ha decantado por considerar tal circunstancia como no violatoria del texto constitucional.

Nosotros consideramos que se trata de una excepción, que sin estar contemplada en una norma legal ni estar justificada por alguna circunstancia de urgencia, permite que se soslaye (aunque sólo parcialmente) la condición de que sea el peticionario el que redacte en sus propios términos la solicitud, quedando en estos casos únicamente la labor de relleno de los datos solicitados en el formulario. Por supuesto, no puede negarse que tal práctica permite agilizar la labor de los entes estatales, y en algunos casos permite hacer más efectivo el derecho de petición y de respuesta, pues existen servidores públicos que se encargan de orientar a los peticionarios y de verificar que se cumplen con los requisitos necesarios para que la respuesta pueda ser dada en plazos razonables.

La Segunda Sala de la Corte consideró, en el caso de los formularios hacendarios, que estos no contravenían el texto constitucional,³⁶ aunque los casos se pueden multiplicar: petición de pasaporte, solicitud de permiso para constituir una sociedad, petición de copias de registros públicos, etcétera. En tales supuestos debe entenderse prima la celeridad en la actuación administrativa y allí encontramos la razón de que en muchas ocasiones se rechacen las peticiones por considerarse que faltan requisitos para que sea procedente. Ello no obsta para que se trate en todo caso de una vulneración al derecho constitucional de petición, puesto

³⁶ Tesis P/J. 19/92. FORMAS OFICIALES EXPEDIDAS POR LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 18 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LAS AUTORIZA NO VIOLA LA GARANTÍA DE PETICIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 8o. DE LA CONSTITUCIÓN. Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, México, Núm. 53, Mayo de 1992. p. 14. Registro IUS 205664.

que la obligación que impone el precepto constitucional al servidor público consiste en la recepción de la petición, misma que no se juzga apriorísticamente, sino que requiere la adopción de un acuerdo que se haga del conocimiento del peticionario.

4. La petición hecha por correo electrónico

Puede advertirse que muchos órganos estatales presentan información sobre sus actividades en páginas Web y que a la vez exhiben las direcciones electrónicas a las que en el procedimiento administrativo, la petición viene a ser, por una parte, el acto fundamental que delimita el ámbito objetivo de un procedimiento; por otro, el primero de los actos del mismo.

III. Exégesis y desarrollo jurisprudencial del derecho de respuesta

A continuación exploraremos los elementos del derecho de respuesta.

1. Acuerdo escrito

La primera garantía consagrada es la de que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido. Ahora bien, este acuerdo debe ser escrito, tal y como lo señala el texto constitucional. Respecto de las características de que sea escrito, y algunas de las nociones relativas, ya han sido abordadas cuando tratamos el escrito de petición. Así, el acuerdo será escrito en idioma español, salvo en aquellos supuestos en que estemos en presencia de alguna lengua nacional indígena. Ahora bien, este acuerdo escrito también parte de ciertos presupuestos que deben analizarse.

a. Sentido del acuerdo y respuesta

El derecho de respuesta no presupone que ésta deba ser favorable a la petición hecha, tampoco que deba ocuparse sobre el fondo de la cuestión. El derecho de respuesta opera como una garantía al peticionario de que el órgano o servidor público ha conocido de la petición, y ha dictado un acuerdo sobre tal conocimiento de la misma. Este acuerdo ofrece los más variados contenidos dependiendo del tipo de petición: proporcionar información, expedir documentación, realizar una inscripción, eliminar un registro, otorgar una prestación, conceder un permiso o licencia, restringir una actividad pública o privada, otorgar un beneficio, conocer de una queja, que se adopte una posición respecto a un ámbito del interés público, y una larga lista de etcéteras. En cualquier caso, la obligación constitucional pone de relieve

que lo que se hace del conocimiento del peticionario es el acuerdo tomado por el órgano o servidor público respecto de la petición, y no la satisfacción del objeto de la misma.

También reviste especial consideración el hecho de que el sentido de la respuesta no se encuentra condicionado constitucionalmente. De forma tal que solo la respuesta es ineludible, no el sentido afirmativo de la misma. La Segunda Sala consideró que no podía excusarse el cumplimiento de tal obligación por considerar el órgano o servidor públicos que no podía obsequiarse la solicitud hecha: "El derecho de petición no puede ser limitado por motivo alguno, sin contrariar el artículo 8o de la Constitución Federal del país, pues en todo caso se puede negar lo pedido, cuando haya fundamento para ello".³⁷

El derecho de respuesta se satisface cuando se acuerda por escrito la petición, en forma favorable o desfavorable, pero además indicando, en los supuestos que lo exijan, los requisitos o trámites que deben seguirse para que la petición sea procedente.

b. Congruencia con la petición

La congruencia se entiende como la conveniencia, ilación o conexión entre ideas o entre palabras. De ello resulta que la respuesta que se dé debe tener conexión con lo que se pide, con la petición. Es claro que la respuesta debe ser congruente con la petición, pues sería absurdo estimar que se satisface la obligación constitucional con una respuesta incongruente. Una respuesta que no tiene relación con la solicitud formulada, podríamos considerar que no es una respuesta. Esta visión parece contradecir el criterio que mencionamos líneas atrás, en el que el Pleno de la Corte, en 1927, señala que no debe considerarse vulnerado el derecho de respuesta cuando el peticionario ha obtenido una contestación cualquiera. Ciertamente debe ser una contestación, pero nosotros consideramos que no cualquiera; debe ser una contestación congruente con lo pedido.

El Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito ha considerado que no existe incongruencia "por el hecho de que se diga al solicitante que se estima que faltan elementos formales o materiales en la petición, para poder darle curso en cuanto al fondo de lo pedido. Y en este caso, lo que procedería sería impugnar la legalidad de la exigencia de tales elementos o requisitos, pero no podría decirse válidamente que la autoridad

³⁷ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México. Tomo L, p. 1494. Registro IUS 333685.

omitió dictar un acuerdo congruente con la petición, pues la congruencia del acuerdo no debe ser confundida con la legalidad de su contenido".³⁸

Puede advertirse que la congruencia es elemento esencial del acuerdo escrito, y cuyo contenido será el que se notifique al peticionario. La Segunda Sala ha considerado además que la congruencia en la respuesta se encuentra relacionada con la competencia del órgano que ha acordado.

c. Competencia del órgano o servidor públicos

Ya se había adelantado, al ocuparnos del derecho de petición que ésta debía ser planteada ante la instancia que se considera competente para resolverla. Sin embargo, la praxis ha mostrado que el peticionario con frecuencia ignora quién es competente, o quién no lo es, y dirige la petición a la autoridad que cree es competente o, en ocasiones, a varias autoridades a la vez.

En los supuestos en que la autoridad sea incompetente para resolver sobre el fondo del asunto o sobre la procedencia formal de la petición, no se le exime del deber de acordar y en su momento hacer del conocimiento del peticionario el acuerdo que ha recaído a su petición. A semejanza de lo manifestado al revisar el sentido del acuerdo, debe señalarse que el acuerdo escrito es obligación ineludible, y en los supuestos de incompetencia, es ese precisamente el contenido del mismo. La Segunda Sala ha fijado tal interpretación al señalar en dos criterios la necesidad de acordar y notificar la incapacidad legal para resolver sobre la petición: "toda autoridad, aun la que se estima incompetente, debe pronunciar el acuerdo relativo a las solicitudes que ante ellas se presenten, y hacerlo conocer al solicitante"³⁹ y "la falta de competencia de una autoridad para resolver la solicitud de un particular, no la exime de la obligación de contestar la instancia, aun cuando sea para darle a conocer su incapacidad legal para proveer en la materia de la petición".⁴⁰

Otro punto que debe revisarse es si los órganos y servidores públicos deben consignar o no los fundamentos en que se apoya su competencia para resolver. Tratándose del derecho de petición no es necesario que se cumpla con tal requerimiento, sin embargo, si bien no hay

³⁸ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CONGRUENCIA Y LEGALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. México, Volumen 75, Sexta Parte, p. 47. Registro IUS 254765.

³⁹ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE..., *supra* nota 19. Tesis relacionada con Jurisprudencia 207/85.

⁴⁰ Tesis aislada. DERECHO DE. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD..., *supra* nota 19.

una vulneración al artículo 8o. constitucional, si habrá una violación al principio de legalidad que puede válidamente impugnarse.

d. Estilo del acuerdo y respuesta

Si en el caso del peticionario se consideraba aplicable una meridiania exigencia de que su escrito fuera claro y legible, mayor razón asiste para exigir al órgano o servidor público que su respuesta se de en términos claros y precisos. Mientras para éstos sería deseable que el peticionario se expresara en términos claros y legibles, para ellos se trata de un requisito imprescindible.

Si en la petición la claridad sirve para determinar de manera precisa y objetiva el contenido de la misma, en el acuerdo servirá para expresar de manera exacta, el sentido de la autoridad respecto de la solicitud analizada.

La Segunda Sala ha considerado que el acuerdo que recaiga a la petición debe desahogarla sin subterfugios. Este término implica evasiva, pretexto, y aplicándolo en clave constitucional debe entenderse como oscuridad o imprecisión. En el mismo sentido se ha señalado que no cabe que la respuesta sea ambigua, es decir, el estilo utilizado para hacer del conocimiento al peticionario el acuerdo recaído debe ser claro y directo. Lo ambiguo es aquello que puede admitir interpretaciones distintas, y por extensión es lo dudoso, lo incierto, en suma, lo poco claro, y por ello debe evitarse en el acuerdo que recaiga a la petición.

e. Firma del servidor público

En el caso de la respuesta encontramos que la jurisprudencia ha resaltado la importancia de que los escritos de las autoridades vayan firmados. El Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en relación con la firma que deben contener las sentencias dictadas en los tribunales federales, sostuvo que "de acuerdo con el artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, todas las resoluciones judiciales, para que sean válidas, deberán ser firmadas por el juez que las emita y ser autorizadas por un secretario".⁴¹

No creemos que haya necesidad de ahondar en este presupuesto: la falta de la firma de quien es titular de la institución, quien encarna la autoridad competente, hace que el do-

⁴¹ Tesis aislada. SENTENCIA DE AMPARO INEXISTENTE, SI FALTA LA FIRMA DEL JUEZ FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo II, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1988, p. 535. Registro IUS 230583.

cumento tenga el carácter de inexistente, con las repercusiones jurídicas que reconoce el ordenamiento.

f. Plazo para acordar

Respecto del acuerdo que recae a la petición, la jurisprudencia ha coincidido en el señalamiento de que el hecho de que no se fije un plazo determinado en la Constitución, no es motivo para que tal acuerdo permanezca indefinidamente aplazado⁴² toda vez que la misma Constitución, impone a toda autoridad la obligación de contestar en breve tiempo a los peticionarios, y ordena que a cada petición recaiga un acuerdo.⁴³ Por ello, se ha considerado oportuno establecer que el plazo que debe otorgarse a las autoridades para dictar el acuerdo escrito sea aquel en que individualizado al caso concreto, sea el necesario para que la autoridad estudie y acuerde la petición respectiva sin que, desde luego, en ningún caso exceda de cuatro meses.⁴⁴ Sobre este criterio que fija como plazo máximo el de cuatro meses para que la autoridad dicte el acuerdo vale la pena traer a cuenta dos criterios que giran en torno a tal lapso.

Planteado como litigio la vulneración al derecho de respuesta por haberse dictado un acuerdo a la petición después de un plazo que se considera ha excedido el breve término expresado en el artículo 8o. constitucional, será el tribunal el que casuísticamente determinará tal vulneración. En cualquier caso, el órgano o servidor públicos no podrán argumentar la inminencia del acuerdo para justificar el retraso que ha habido. La Segunda Sala consideró que el precepto constitucional "no habla ni puede hablar de la simple intención de las autoridades de contestar la petición, ya que esa situación de orden psíquico sólo puede conocerse o inferirse de hechos tangibles por los sentidos o de omisiones que conduzcan claramente a la desobediencia del mandamiento constitucional de que se trata".⁴⁵

Por cuanto hace al ámbito administrativo, recordamos que la Ley Federal del Procedimiento Administrativo señala en su numeral 17 que "salvo que en otra disposición legal o adminis-

⁴² Tesis Aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen I, Tercera Parte, p. 48. Registro IUS 269101.

⁴³ Tesis Aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XLVII, p. 815. Registro IUS 334498.

⁴⁴ Tesis I. 4o.A.68 K. PETICIÓN, DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, febrero de 1994, p. 390. Registro IUS 213551.

⁴⁵ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen VI, Tercera Parte, p. 167. Registro IUS 802636.

trativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda".

g. Acuerdo por cada una de las peticiones hechas

Una última anotación corresponde a aquellos supuestos en que el peticionario presenta varias solicitudes. No se trata de aquellos casos en que las peticiones se encuentren en un escrito de peticiones común, sino cuando el mismo peticionario en diferentes ocursos dirige solicitudes distintas al órgano o servidor públicos. En tal supuesto se ha considerado que se debe contestar cada una de las solicitudes formuladas: Es innegable que la autoridad responsable está obligada a dar contestación a cada una de las peticiones dirigidas por el agraviado haciéndole saber en breve término el trámite o destino que se dio a las solicitudes formuladas, porque el precepto constitucional que otorga la garantía individual, claramente precisa que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido; de lo que se traduce que lo establecido por el precepto constitucional no puede referirse únicamente a un acuerdo común, sino que debe proveerse cada una de las solicitudes.⁴⁶

2. Notificación al peticionario

El derecho de respuesta se hace consistir también en la obligación de los órganos o servidores públicos de hacer conocer al peticionario en breve término el acuerdo recaído a su petición. Este elemento ofrece algunos matices que es preciso señalar, entre los que destacan: el carácter escrito, los supuestos en que la notificación es hecha por autoridad distinta de aquella a la que se dirigió la petición, el breve término consignado en la redacción constitucional y la notificación de los trámites sucesivos.

Entendemos que el contenido del derecho de respuesta se cumple cuando la autoridad que ha conocido de la petición, hace del conocimiento del peticionario el acuerdo escrito que ha recaído a su solicitud. Conforme a los criterios de los tribunales federales el derecho de respuesta "no se cumple con el hecho de que la autoridad transcriba por oficio a otra, la pe-

⁴⁶ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. SE DEBE CONTESTAR CADA UNA DE LAS SOLICITUDES FORMULADAS. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo X, septiembre de 1992, p. 263, Regitro IUS 218518.

tición del propio interesado",⁴⁷ tampoco con "el simple envío de una copia al carbón a los peticionarios que se dirigen a una autoridad",⁴⁸ asimismo se ha señalado que "la garantía consagrada por el artículo 8o constitucional no queda satisfecha por la circunstancia de que una notificación, cuya realidad no se ha comprobado, deba estimarse inminente".⁴⁹

Se ha entendido que esta notificación deba tener el carácter de personal, tal y como lo apunta el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito: "es necesario notificar el acuerdo recaído a una petición, en forma personal, notificación que incluye la de todas las fases del trámite requerido para contestar la solicitud".⁵⁰

a. Notificación por escrito

Un punto que mueve a discusión es el de que la notificación que se haga del acuerdo sea hecha por escrito. Si bien el texto constitucional prevé que el acuerdo que recaiga a la petición debe ser de tal carácter, no expresa de manera inequívoca tal supuesto para la notificación.

Ante tal divergencia, los tribunales federales han sustentado en algunos casos, de manera expresa, que tal notificación se haga en forma escrita. Así, la Tercera Sala señala que el artículo 8o constitucional "no ordena que en una sola resolución se resuelvan... las peticiones... sino únicamente a que se conteste por escrito, en breve término, y que se haga saber al peticionario lo que proceda en el caso".⁵¹ De la lectura de la última parte de la oración puede presumirse que lo que pretendió advertirse era "que se acuerde por escrito", sin embargo se prefirió utilizar la expresión conteste, con la consecuencia hermenéutica apuntada.

En otra tesis, igualmente polémica, la Segunda Sala consideró que "se viola la garantía que consagra el artículo 8o constitucional cuando no se comunica por escrito algún acuerdo re-

⁴⁷ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. T. CXXV, p. 2908. Registro IUS 316925.

⁴⁸ Tesis aislada. COPIA AL CARBÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. T. CX, pág. 113. Registro IUS 319112.

⁴⁹ Tesis aislada. PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XLI, Tercera Parte. p. 89. Registro IUS 267720.

⁵⁰ Tesis XX.269 K., DERECHO DE PETICIÓN. DEBE NOTIFICARSE EN FORMA PERSONAL LAS FASES DEL TRÁMITE PARA CONTESTAR LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo XIII, mayo de 1994, pág. 431. Registros IUS 212558.

⁵¹ Tesis 3a. XXXIII/92. PETICIÓN. EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL NO OBLIGA A RESOLVERLA EN UNA SOLA RESOLUCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época. México, T. IX, abril 1992. p. 80. Registro IUS 206848.

caído a la solicitud".⁵² Estas son las únicas tesis que encontramos en las que se advierte la interpretación del artículo 8o constitucional en el sentido de que la notificación del acuerdo deba ser de carácter escrito. Esto que pudiera parecer baladí no lo es si atendemos a la explosión tecnológica que ha derivado en la adopción de nuevas tecnologías como mecanismos de comunicación procesal y administrativa y que han impactado en la labor y desempeño de las funciones administrativas.

La Tercera Sala ha dictado un criterio que prácticamente define la inviabilidad de la notificación verbal: "La contestación verbal a toda petición que se presenta, es violatoria de los artículos 8o. y 16 constitucionales".⁵³ Sin embargo, de la propia redacción de la tesis puede derivarse que la preocupación del órgano colegiado era ambigua, toda vez que utilizando el pretexto del derecho de petición estaba alertando acerca de la violación que se daba en tanto se soslayaba la fundamentación y motivación de la contestación. En cualquier caso, la interpretación que considera necesario que la notificación sea hecha por escrito atiende a un principio de seguridad jurídica que es de suyo el principio implícito en el aseguramiento de ambos derechos: el de petición y el de respuesta.

Creemos conveniente recordar que la Segunda Sala consideró que

es claro que la manera de hacer llegar el acuerdo al interesado, queda al arbitrio de la autoridad, pero esto no es obstáculo para que de acuerdo con las normas procesales que rigen el juicio de garantía, esté obligada a demostrar que hizo conocer al peticionario el acuerdo recaído, toda vez que la defensa de éste en esos casos se reduce a una negativa que no es susceptible de demostrarse, pues la carga de la prueba toca a quien afirmó que sí dio contestación.⁵⁴

En tal sentido cabe afirmar que la autoridad que tiene a cargo notificar la respuesta a una petición, debe hacer constar fehacientemente que ésta se llevó a cabo o en su caso hacer constar, también fehacientemente, las razones o motivos que impidieron tal evento.

⁵² Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD COMUNICAR AL INTERESADO, EN BREVE TÉRMINO, TANTO LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA COMO, EN SU CASO, LOS TRÁMITES RELATIVOS A SU PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. México, Volumen 205-216, Tercera parte; p. 127. Registro IUS 237232.

⁵³ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo XC, p. 2268. Registro IUS. 347564.

⁵⁴ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXVIII, p. 115. Registro IUS 318221.

b. Notificación hecha por autoridad distinta

Un supuesto que llega a darse y que puede plantear una controversia por posible vulneración del derecho de respuesta es el que surge cuando el acuerdo y notificación del mismo es dado a conocer al peticionario por una autoridad distinta de aquella a la que se dirigió la petición. Adelantamos que no habrá tal vulneración siempre y cuando el órgano o servidor públicos que conocieron en primer lugar hagan saber al peticionario del reenvío de su solicitud a una autoridad distinta. Así lo estimó la Segunda Sala al considerar que "las autoridades violan el artículo 8o constitucional, cuando turnan la petición a otra oficina y omiten comunicar el trámite al interesado".⁵⁵

c. En breve término

Al ocuparnos del acuerdo escrito ya se había barajado lo relativo al breve plazo consignado en el texto constitucional, por lo que poco podrá agregarse. Algunas reglas pueden detectarse de las abundantes tesis que han dilucidado lo relativo al breve término. Así, la Segunda Sala ha considerado que el "breve término debe contarse a partir de la petición, y no a partir de la fecha en que se dicte el acuerdo que recaiga a la misma, pues en esta forma, se desvirtuaría la obligación de dicho precepto impone, de respetar el derecho de petición".⁵⁶ El mismo órgano colegiado ha sostenido que el breve término es "aquél en que racionalmente puede estudiarse una petición y acordarse"⁵⁷ y que tal expresión utilizada por el Constituyente "es bastante para que, bajo el prudente criterio del Juez, se fije por éste, sin más apoyo legal, el término de diez días para que se dé respuesta a la solicitud que se le haya presentado".⁵⁸

El Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito ha considerado que "tal concepto debe interpretarse en relación directa con la naturaleza o características de la misma [petición], lo que hace necesario que al abordar el problema a través de un Juicio de Amparo, el análisis deba

⁵⁵ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, México, Volumen II, Tercera Parte, p. 87. 269073.

⁵⁶ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo LXVII, p. 3164. Registro IUS. 328514.

⁵⁷ Tesis aislada. PETICIÓN DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, Volumen. CXXIII, Tercera Parte, p. 39. Registro IUS 268307.

⁵⁸ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo CXIX, p. 1394. Registro IUS 318042.

ser casuista y en función al estudio o trámite que la contestación requiera, para adecuar el lapso prudente para que la autoridad cumpla con esa garantía".⁵⁹

Por su parte el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito señaló que "para determinar el breve término a que alude dicho precepto constitucional, deben tomarse en cuenta, en cada caso, las circunstancias que le sean propias y con base en ellas determinarse".⁶⁰

Por cuanto hace a las excusas planteadas por los órganos o servidores públicos para retardar la notificación del acuerdo recaído, la Segunda Sala ha mencionado que:

no se apega a las exigencias del artículo 8o. constitucional la autoridad que pretenda justificar la falta de contestación a un escrito de inconformidad, argumentando que tal falta de contestación obedece a que se quiso que el interesado contara con el mayor tiempo posible para que aportara las pruebas del caso, ya que no puede aceptarse como legal esa actitud en vista de que hacerlo equivaldría, contra lo que exige dicho artículo 8o., a aceptar que el término de observación del derecho de petición, no fuera breve.⁶¹

Tampoco es excusable "la circunstancia de haber dado trámite a la solicitud del quejoso, presentada hace varios años, y de recibir una de las responsables muchas peticiones semejantes".⁶² También ha reiterado que las obligaciones de citar un acuerdo escrito y de notificarlo al peticionario "no disminuyen porque las peticiones requieren un estudio cuidadoso de parte de la autoridad o la elaboración de un dictamen e inclusive es claro que el acuerdo respectivo, cuando ese estudio requiera de tiempo más o menos considerable, podrá consistir en el mandamiento de que se le haga saber así al peticionario".⁶³

⁵⁹ Tesis aislada. "BREVE TÉRMINO" A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, QUE DEBE ENTENDERSE POR. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo. XII, julio de 1993 p. 167. Registro IUS 215841

⁶⁰ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 49, Sexta Parte, p. 51. Registro IUS 256025.

⁶¹ Tesis aislada. PETICIÓN DERECHO DE. NO DEBE RETARDARSE LA CONTESTACIÓN A UNA SOLICITUD, ALEGANDO QUE SE CONCEDE MAYOR TIEMPO PARA APORTAR PRUEBAS... *supra* nota 13.

⁶² Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, Volumen XII, Tercera Parte, p. 58. Registro IUS 268598.

⁶³ Tesis aislada, PETICIÓN, DERECHO DE. CUANDO NO SE CONSIDERA TRANSGREDIDO EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Volumen LXXXI, Tercera Parte, p. 41. Registro IUS 266384.

Finalmente, la multicitada Segunda Sala de la SCJN ha considerado que "el artículo 8o. constitucional no establece que las peticiones correspondientes deban contestarse ajustándose al orden cronológico en que hayan sido presentadas ante la autoridad responsable",⁶⁴ lo cual elimina el planteamiento de este criterio como excusa justificante del retraso en la notificación o dictado del acuerdo.

Más adelante abordaremos el tema del "breve término" en materia electoral, por considerarse un tratamiento diferenciado en el ordenamiento nacional.

d. Notificaciones de trámites sucesivos

En relación con aquellos supuestos en que la resolución de la petición elevada comprenda diversos trámites, se menciona en la jurisprudencia que los órganos o servidores públicos están obligados a notificar todos y cada uno de los acuerdos que recaigan a su solicitud.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido tal interpretación al señalar: "lo establecido por el artículo 8o. constitucional no puede referirse únicamente al resultado final de una solicitud, sino también a los diferentes acuerdos que se dicten durante la tramitación de ésta, ya que el solicitante debe saber si su petición está de acuerdo, en opinión de las autoridades, con las disposiciones legales relativas o ha incurrido en alguna omisión que debe subsanar".⁶⁵

Igual sentido se encuentra en el criterio que sostiene que "el artículo 8o. constitucional se refiere no sólo al derecho que los particulares tienen para que se les haga conocer la resolución definitiva que pone fin a su petición, sino también al de los trámites que se vayan cumpliendo en los casos en que la ley requiera la substanciación de un procedimiento, imponiendo a las autoridades la obligación de hacer saber, en breve término, a los interesados, todos y cada uno de los trámites relativos a sus peticiones".⁶⁶

Aclaraciones a la respuesta obtenida. Un último tema que debe abordarse es el derecho de aclaración de las respuestas obtenidas por parte de la autoridad a la que se elevó la petición. Esta aclaración puede ser solicitada tanto al órgano o servidor públicos que la emitieron

⁶⁴ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. NO ES PRECISO ORDEN CROMOLÓGICO EN EL. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, Tomo CXXX, p. 532. Registro IUS 316075.

⁶⁵ Tesis aislada. PETICIÓN. DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Tomo XI. Tercera Parte, p. 40. Registro IUS 268621.

⁶⁶ Tesis 81. PETICIÓN, DERECHO DE. NOTIFICACIÓN DE TRÁMITES. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Tomo III, pág. 91. Apéndice de 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, p. 89. Tesis 131. Registro IUS. 911014.

como al superior jerárquico de éstos. En el segundo supuesto se ha señalado que tal obligación del superior entraña el cumplimiento del derecho de respuesta y se basa en la presunción de que el superior conoce, o al menos debe conocer, la respuesta que ha dado el inferior jerárquico y puede emitir una aclaración al peticionario. La negativa a hacerlo implica una violación al derecho constitucional.

3. Excepciones a la notificación personal

Dos son los casos que pueden concebirse como excepciones: la falta de respuesta con aceptación de lo pedido; y la respuesta por algún medio electrónico o distinto de la notificación escrita.

a. Aceptación tácita de la petición

Quizá uno de los ejemplos más claros en los cuales, pese a la falta de notificación, el derecho de respuesta no es vulnerado, se da cuando la autoridad ha resuelto favorablemente la petición. Es decir, en aquellos supuestos en que el peticionario ha visto satisfecha la solicitud dirigida al órgano o servidor público. Así lo ha entendido el Pleno de la Corte Suprema mexicana desde 1920, al señalar: "No puede alegarse que se ha violado por las autoridades, si éstas han resuelto implícitamente sobre el asunto materia de la petición".⁶⁷

Recordemos que con las peticiones el ciudadano puede buscar una actuación administrativa en un determinado asunto. Un ejemplo: la solicitud, fundada en motivos concretos y razonables, del cambio de dirección en la circulación vehicular de una calle. Si la autoridad correspondiente considera que hay motivos suficientes para realizar tal cambio, y lo hace sin notificar al peticionario que su solicitud ha sido acordada y llevada a la práctica, es evidente que no se vulnera el derecho de respuesta. Hay una respuesta implícita en la consecución de la conducta o actividad administrativa solicitada.

A primera vista puede advertirse una suerte de incongruencia con lo ya citado, dado que se trata de una obligación constitucionalmente impuesta a los órganos del poder público. Sin embargo, es evidente que tal exigencia tiene una justificación en tanto se constituye en un mecanismo que opera para obligar a la autoridad en la atención de los asuntos o solicitudes en los que la ciudadanía está interesada y pone especial atención. Así, sí la autoridad atiende

⁶⁷ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo X, 263. Registro IUS 286822.

tales peticiones y las satisface, es evidente que cumple sobradamente con el espíritu que anima el derecho de respuesta. Desafortunadamente no todos los casos que involucren tales supuestos fácticos pueden ser tan simples como el ejemplo transcrito, y, ante una posible controversia, siempre serán los tribunales los que de manera casuística decidan sobre el particular.

b. Notificación por medios electrónicos de comunicación

Otro de los supuestos que conviene tratar, y que ya habíamos adelantado líneas atrás, al referirnos a la necesidad de incluir el domicilio del peticionario, es el que se deriva de la aparición y utilización de las tecnologías de comunicación en los ámbitos administrativos y procesales.

En el caso de las comunicaciones telefónicas podemos afirmar que se trata de mecanismos de comunicación totalmente admitidos. En el ámbito procesal gozan de cierta importancia y su utilización no es nada novedosa. En el ámbito de ejercicio del derecho de petición consideramos que este medio de comunicación deviene efectivo, y además permitido, en dos supuestos: a) cuando el peticionario incluye domicilio y teléfono; y b) cuando únicamente señala teléfono o correo electrónico. En ambos supuestos estamos ante una tácita aceptación de que la notificación sea hecha por vía telefónica o electrónica.

¿Esta notificación puede suplir la notificación por escrito? Consideramos que sí, dado que el propio peticionario puede, en algunos supuestos, darse por satisfecho con la respuesta conseguida y cuyo contenido ha sido objeto de notificación telefónica o electrónica. Sin embargo, la notificación en tales términos pareciera crear cierta incertidumbre para el órgano o servidor públicos, pues en el momento de la notificación no queda ningún registro físico de que la notificación ha sido hecha, salvo que la dependencia realice un registro magnetofónico de las notificaciones efectuadas, una actividad inusual en el ámbito administrativo mexicano. Por cuanto hace a la comunicación electrónica, ésta sí permite su verificación.

Por otra parte, puede entenderse que esta notificación reúne las características de una comunicación verbal, con lo cual se puede considerar como violatoria del derecho de respuesta, al tenor de la tesis sustentada por la Tercera Sala, que ya hemos mencionado:

"La contestación verbal a toda petición que se presenta, es violatoria de los artículos 80 y 16 constitucionales".⁶⁸

A pesar de tal consideración, el estado actual de las tecnologías de comunicación puede llevarnos a crear mecanismos que propicien tal certidumbre. Si era errado pensar que las oficinas públicas contarían con grabadoras que registraran fehacientemente las comunicaciones transmitidas, resulta claro que hoy día se conservan las comunicaciones electrónicas. Por otra parte, no debe soslayarse tampoco, la importancia que tienen los registros de llamadas que hacen las centrales telefónicas y que también pueden utilizarse para demostrar la existencia de la notificación o al menos ofrecer indicios en los casos litigiosos.

Otro mecanismo tecnológico de notificación similar al anterior es la notificación vía fax. La posibilidad queda abierta al igual que en el supuesto anterior, cuando el peticionario expresa en su escrito de petición que dispone de tales utensilios para recibir la notificación. Sin embargo, aquí se presentan dos supuestos: a) que la respuesta sea notificada mediante máquina de fax, y b) que el envío de la respuesta se haga mediante programa informático. Aunque en ambos casos no cabe duda que la consecuencia es la misma: notificación del acuerdo recaído a la petición, nos vamos a encontrar con algunas particularidades. En el primer caso, la máquina podrá elaborar un comprobante de que el envío ha sido hecho; en el segundo, y dependiendo del programa, no habrá tal constancia.

En el caso del correo electrónico, resulta evidente la posibilidad de generar certidumbre a quien envía y a quien recibe. Los órganos y servidores públicos tienen la posibilidad de solicitar el acuse de recibo automático al momento en que el mensaje es leído, o también la posibilidad de enviar una copia del mensaje a una cuenta creada ad hoc para almacenar los envíos de este tipo de información. En cualquier caso, hay certidumbre por parte de los órganos y servidores, de que el acuerdo recaído a la petición ha sido dado a conocer al peticionario. La creación de bancos de datos con los registros de tales comunicaciones es factible y necesaria.

Una interpretación extensiva puede propiciar la adopción de tales mecanismos de comunicación, en los términos del mandato constitucional. Hemos revisado la concepción de la Segunda Sala: "es claro que la manera de hacer llegar el acuerdo al interesado, queda al arbitrio de la autoridad, pero esto no es obstáculo para que de acuerdo con las normas procesales que rigen el juicio de garantía, esté obligada a demostrar que hizo conocer al peticionario

⁶⁸ Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN..., *supra* nota 49.

el acuerdo recaído, toda vez que la defensa de éste en esos casos se reduce a una negativa que no es susceptible de demostrarse, pues la carga de la prueba toca a quien afirmó que sí dio contestación".⁶⁹

La posibilidad de otros medios de comunicación del acuerdo escrito es incluso hasta de carácter imperativo. No debe olvidarse que en determinados supuestos "hasta es necesaria su publicación".⁷⁰

Una decisión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación puede darnos luces sobre las notificaciones hechas mediante fax, permitiéndonos la revisión de los elementos básicos exigidos por tal autoridad jurisdiccional, en el entendido que tal posibilidad está expresamente regulada en la ley de la materia, de ahí que el Tribunal únicamente reitere y matice el contenido de tales dispositivos legales:

los requisitos de validez de una notificación por fax son los siguientes: a) Existencia de un caso urgente o extraordinario a juicio de quien preside el órgano jurisdiccional emisor de la resolución a notificar. b) Constancia en el acta o razón de notificación, o en sus anexos, de las circunstancias y pormenores ocurridos durante la transmisión de los documentos con los que se hace la notificación. c) Que se asiente en dicha acta o razón de notificación, o en sus anexos, la constancia de recepción o el acuse de recibo. La constancia de recepción es la actuación del funcionario que practica la notificación, por medio de la cual, en ejercicio de la fe judicial de que está investido, hace constar pormenorizadamente el conjunto de hechos y circunstancias que lo llevaron a la convicción de que los documentos transmitidos fueron recibidos en el número de fax con el que se estableció la conexión, así como que ese número correspondía precisamente a la persona u órgano destinatario de la notificación. El acuse de recibo es la expresión de un acto transmitido desde el número con el que se estableció la conexión, por el cual la persona receptora admite de manera positiva que se han recibido, ya sea total o parcialmente, los documentos objeto de la transmisión. Empero, debe tenerse en cuenta, para la satisfacción de este último requisito, que en el evento probable de que en el acta respectiva a la actuación no se asienten los elementos suficientes para tener satisfecha la constancia de recepción ni se acuse el recibo de la diligencia practicada, tales elementos pueden

⁶⁹ Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE..., *supra* nota 50.

⁷⁰ Tesis aislada. PETICIÓN..., *supra* nota 45.

perfeccionarse a través de una comunicación posterior que realice el notificador, o por cualquier otro medio adecuado, como puede ser nueva transmisión de fax, el cumplimiento de las cargas y las obligaciones resultantes del acto notificado, una comunicación postal o telegráfica, la comparecencia directa ante este tribunal del interesado, etcétera, de donde se desprenda con claridad indiscutible que se recibió la comunicación en cuestión, o bien, podrá ser aceptable también alguna diligencia de los funcionarios notificadores adscritos a este tribunal o de aquellos que se comisionen para tal efecto, mediante su presentación al órgano de que se trate y la constancia relativa en acta circunstanciada.⁷¹

En todo caso debe advertirse que en los mismos asuntos dilucidados con la anterior interpretación, el Tribunal Electoral señaló que el reconocimiento de la notificación por fax, en la legislación adjetiva electoral concordaba plenamente con la naturaleza jurídica de la materia, dado que se consideran procesos cuya materia es de interés público en razón de la naturaleza y características de las normas sustantivas que protegen.⁷² En la actualidad, la notificación por fax es sustituida por medios más rápidos y confiables, como el empleo del Internet, donde la transferencia de información se da casi instantáneamente, lo que en mucho supera las limitaciones materiales del fax. El artículo 9.4 de la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral* señala que se podrá realizar "notificación electrónica de la resolución cuando las partes así lo soliciten, El Tribunal proveerá de un certificado de firma electrónica avanzada a quién así lo solicite. Las partes podrán proporcionar dirección de correo electrónico que cuente con mecanismos de confirmación de los envíos en las notificaciones. Las partes deberán manifestar expresamente su voluntad de que sean notificadas por esta vía".

Cabe mencionar que en este proceso de actualización tecnológica deberá abordarse antes la protección de los datos personales, pues en su mayor parte, el empleo de nuevas tecnologías supone la existencia de respaldos informáticos con información de los sujetos involucrados en la comunicación, y por tanto susceptibles de ser tratados. En esta posibilidad de manipulación de información reservada aparece también el espectro del mal uso, entre lo que se incluye por supuesto la alteración, destrucción, copiado, publicación o trasmisión de

⁷¹ TEPJF-SS Tesis XI/98. NOTIFICACIÓN POR FAX. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-023/98. Julio de 1998. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Año 1998, pp. 62- 63.

⁷² TEPJF-SS. Tesis XII/98. NOTIFICACIÓN POR FAX. SU ACOGIMIENTO EN LA LEY PROCESAL ELECTORAL CONCUERDA PLENAMENTE CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA MATERIA. Juicios de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-023/98 y SUP-JRC-024/98. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Año 1998, pp. 63-65.

tales datos. De lo cual resulta que como muchos otros derechos fundamentales, en el caso del de petición se impone la necesidad de un marco básico que permita su protección conjuntamente con otros derechos que involucra su naturaleza personal.

IV. El derecho de petición en materia electoral

1. Breve término⁷³

La materia electoral, cuyo conocimiento corresponde como órgano de control constitucional al TEPJF, ha brindado interesantes criterios sobre el derecho de petición. En este apartado haremos referencia al juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-116/2007, resuelto el 28 de junio de 2007 por la Sala Superior del mencionado Tribunal (SSTEPIJF).

Los antecedentes del asunto son los siguientes. Durante el proceso electoral para elegir gobernador en el Estado de Baja California, para resolver diversos asuntos de su competencia, el 20 y 22 de junio de 2007, el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California celebró sesiones públicas. El mismo 22 de junio, el representante de una coalición electoral que se consideró perjudicada por el sentido de uno de los asuntos resueltos, solicitó al tribunal local le fueran proporcionadas copias de las versiones estenográficas correspondientes a las mencionadas sesiones públicas. Al día siguiente, el 23 de junio, el representante legal de la coalición, reiteró tal solicitud. El mismo 23 de junio de 2007, por la omisión de expedir las copias solicitadas, se interpuso Juicio de Revisión Constitucional Electoral ante la autoridad considerada como responsable. El juicio se radicó el 27 de junio siguiente bajo la clave SUP-JRC-116/2007,⁷⁴ ordenándose en la misma fecha diversos requerimientos tanto a la coalición electoral actora, como al órgano jurisdiccional responsable y al Consejo Estatal Electoral del Estado de Baja California, a efecto de contar con elementos adicionales. Los requerimientos fueron cumplidos por escritos del mismo 27 de junio, recibidos vía fax. Al día siguiente se dictó resolución en el expediente.

El TEPJF considero al analizar los requisitos de procedibilidad, que la violación reclamada, esto es, la omisión del tribunal electoral local, podría resultar determinante para el próximo

⁷³ En extenso, véase Carlos Báez Silva y David Cienfuegos Salgado, "El concepto 'breve término' en materia electoral. A propósito de la sentencia SUP-RAP-116/2007 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación", en *Lex. Difusión y análisis*, México, DF, nos. 193-194, julio-agosto 2011, pp. 51-55.

⁷⁴ Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-116/2007. Disponible: <<http://ius.scjn.gob.mx/lusElectoral/Documentos/Sentencias/SUP-JRC-116-2007.pdf>>. (de julio de 2013)

proceso electoral local. La argumentación retomó lo afirmado por la coalición electoral actora en el sentido de que la solicitud de las versiones estenográficas tenía como objeto que éstas "formen parte de la defensa de mi representado y que obren como prueba, en el Juicio de Revisión Constitucional que promoverá en contra de la Sentencia dictada en el RI-23/2007".⁷⁵ La SSTEPJF reconocería que la coalición actora ocurrió en "preparación de los medios que constituirán su defensa en un asunto de evidente trascendencia para su participación en el proceso electoral".⁷⁶ La coalición actora hizo valer como agravio que la autoridad responsable vulneraba su derecho de petición y los principios de congruencia, fundamentación, debida motivación y acceso a la justicia, garantizados en los artículo 8o., 14, 16 y 17 CPEUM y 5o. de la *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California*. En la resolución la SSTEPJF analizó la alegación relacionada con el derecho de petición, y señaló que el de petición es un derecho fundamental cuyos lineamientos constitucionales, tanto en la Constitución general como en la bajacaliforniana, imponen a la autoridad la obligación de responder en un breve término. Dado que el concepto de breve término ha variado en su definición por las diversas interpretaciones realizadas por tribunales federales, la SSTEPJF señaló que para determinar el breve término a que se refieren los dispositivos constitucionales mencionados, "la autoridad debe tomar en cuenta, en cada caso, las circunstancias que le son propias y con base en ello determinar el lapso prudente para cumplir con el derecho que tienen los peticionarios a obtener respuesta".⁷⁷

La parte central de la argumentación para determinar qué contenido debe darse al concepto de breve término tratándose del derecho de petición, quedó referida a la naturaleza de la materia electoral, la cual, a juicio de la SSTEPJF,

impone que el concepto breve término adquiera, en el caso en análisis, una connotación específica, a partir de la existencia de una previsión legal que señala expresamente que durante los procesos electorales todos los días y horas son hábiles, relacionada con las previsiones procedimentales que hacen que las impugnaciones en materia electoral deban realizarse exclusivamente durante las etapas que componen el proceso electoral y de manera perentoria, y aunado a que la legislación adjetiva federal electoral prescribe plazos brevísimos para la interposición oportuna de dichos medios de impugnación.⁷⁸

⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 12- 13.

Las previsiones normativas electorales, federal y local, exigían, según consideró la SSTEPJF, que "a la expresión breve término debe dársele un sentido que lo haga más acorde con el conjunto de normas jurídicas que rigen la materia electoral".⁷⁹

Debe destacarse que en el razonamiento de la sentencia en análisis, se reconoció que "si bien es cierto que el derecho de petición se restringe a la respuesta que la autoridad dé al petionario, sin que exista precepto alguno que garantice que dicha respuesta satisfaga lo solicitado ... también lo es que en el presente caso, la impetrante relaciona dicho derecho con otros consagrados constitucionalmente".⁸⁰ Los otros derechos invocados encontraban base constitucional en los artículos 14, 16 y 17 CPEUM relacionados con el acceso a la justicia y la defensa adecuada. En la resolución, la SSTEPJF hizo el estudio de tales derechos, relacionándolos con lo alegado por la coalición actora.

Además, de la respuesta a los requerimientos formulados, se desprendió que el 27 de junio, el tribunal electoral local acordó y notificó a la coalición actora "que las versiones video-grabadas de las sesiones de resolución celebradas por este Tribunal los días veinte y veintidós de junio, se encuentran a su disposición en la Secretaría General de este Tribunal, previa toma de razón y firma que por su recibo deje en autos".⁸¹

Sin embargo, la SSTEPJF consideró que con dicho acuerdo no se dio cumplimiento a la exigencia lógica de congruencia entre lo pedido y lo acordado, toda vez que la coalición actora había solicitado únicamente las versiones estenográficas. Así, se señaló que el JRC combatía la omisión respecto de la petición reiterada en los escritos, por lo cual la congruencia que se exige a la respuesta que diera la autoridad responsable estaba referida a lo originalmente solicitado.

Al considerarse fundado lo alegado en la promoción del JRC se ordenó a la responsable que, atendiendo a la expeditéz que reclaman los plazos de la materia electoral, en el plazo de doce horas, contadas a partir del momento de la notificación de la sentencia, diera respuesta a la Coalición actora, de forma tal que ésta vea satisfechos tanto su derecho de petición como su derecho de acceso a la justicia. Asimismo, se ordenó que el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California notificara de inmediato a la Sala Superior el cumplimiento dado a dicha resolución.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 13

⁸⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

El criterio de este asunto y su iteración posterior dio lugar a la jurisprudencia 32/2010, que se transcribe:

DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA EXPRESIÓN "BREVE TÉRMINO" ADQUIERE CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO.-El derecho fundamental de petición, previsto en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a la autoridad la obligación de responder al peticionario en "breve término". La especial naturaleza de la materia electoral implica que esa expresión adquiera una connotación específica, más aún en los procesos electorales, durante los cuales todos los días y horas son hábiles, aunado a que la legislación adjetiva electoral precisa plazos brevísimos para la interposición oportuna de los medios de impugnación. Por tanto, para determinar el "breve término" a que se refiere el dispositivo constitucional, debe tomarse en cuenta, en cada caso, esas circunstancias y con base en ello dar respuesta oportuna.⁸²

2. Otros criterios

El TEPJF ha dictado en otros asuntos criterios relativos a la interpretación del artículo 8o. constitucional que en lo general reiteran los sostenidos por otros tribunales federales.

Así, en la tesis XXVIII/2011 señaló que "las autoridades u órganos partidarios deben dar respuesta a toda petición que se les plantee por escrito, de forma pacífica y respetuosa; en este orden, cuando considere que la solicitud no reúne los requisitos constitucionales, debe, en forma fundada y motivada, informar al peticionario las razones en que se apoya. Lo anterior, a fin de dotar de contenido al derecho humano de petición".⁸³

Lo relevante en el anterior criterio es que el obligado es una "autoridad" u órgano de un partido político. Relevante por cuanto que su especial naturaleza jurídica va más allá de lo que tradicionalmente se entiende como "funcionarios y empleados públicos". Esa discusión se había hecho también en el caso de las "autoridades" universitarias.

⁸² TEPJF-SS. Jurisprudencia 32/210. DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA EXPRESIÓN "BREVE TÉRMINO" ADQUIERE CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-116/2007. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 3, Núm. 7, 2010, pp. 16-17.

⁸³ TEPJF-SS. Jurisprudencia XXVIII/2011. DERECHO DE PETICIÓN. LA RESPONSABLE DEBE INFORMAR AL PETICIONARIO CUANDO CONSIDERE QUE SU SOLICITUD NO REÚNE REQUISITOS CONSTITUCIONALES. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 4, Número 9, 2011, p. 57

Esta discusión aparece dilucidada, en el caso de los partidos políticos, en la jurisprudencia 5/2008, de rubro y texto siguiente:

PETICIÓN. EL DERECHO IMPONE A TODO ÓRGANO O FUNCIONARIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EL DEBER DE RESPUESTA A LOS MILITANTES.-Los artículos 8o. y 35, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevén el derecho de petición en materia política a favor de los ciudadanos y el deber de los funcionarios y empleados públicos de respetarlo, cuando sea ejercido por escrito, de manera pacífica y respetuosa. Para el cumplimiento eficaz de ese derecho, a toda petición formulada debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a la que se haya dirigido la solicitud, el cual se debe hacer del conocimiento del peticionario en breve plazo. Este principio superior también constriñe a todo órgano o funcionario de los partidos políticos a respetarlo, en virtud de que el artículo 12, párrafo 1, inciso b), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral equipara a los institutos políticos con las autoridades del Estado, para la procedibilidad de los medios de impugnación en la materia.⁸⁴

En el caso de la jurisprudencia 26/2002, el TEPJF sostuvo que el derecho de petición en materia política, también corresponde a los partidos políticos, pues:

...existe el criterio interpretativo de que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución General de la República deben de interpretarse en un sentido amplio y no restrictivamente, así como criterio generalizado en los tribunales federales, en el sentido de que los derechos fundamentales contemplados en dicha Constitución, no sólo le asisten a las personas físicas sino también a las personas jurídicas, cuando éstas sean susceptibles de disfrutarlos, criterio que, trasladado al artículo 35, conduce a la conclusión de que el derecho de petición en materia política, no sólo corresponde a los ciudadanos en lo individual, sino también a los partidos políticos, por su naturaleza, funciones y finalidades constitucionales y legales. Por ende, si los partidos políticos son formas de asociación ciudadana, no puede negarse que están facultados, a través de sus legítimos

⁸⁴ TEPJF-SS Jurisprudencia 5/2008. PETICIÓN. EL DERECHO IMPONE A TODO ÓRGANO O FUNCIONARIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EL DEBER DE RESPUESTA A LOS MILITANTES. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-50/2005, SUP-JDC-24/2006, SUP-JDC-80/2007. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Núm. 2, 2008, pp. 42-43.

representantes, para acudir ante las autoridades políticas, y en forma más concreta ante las autoridades electorales, a realizar alguna solicitud o petición, referente a cuestiones político-electorales, y que al no existir restricción, ésta necesariamente tendrá que resolverse.⁸⁵

⁸⁵ Jurisprudencia 26/2008. DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA POLÍTICA. TAMBIÉN CORRESPONDE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-026/2000. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 6, 2003, pp. 25-26.

1. Criterios Nacionales

- Jurisprudencia. PETICIÓN, DERECHO DE, EN CASO DE REQUISITOS REGLAMENTARIOS. Apéndice de 1917- 1995, Sexta Época, t. III, 129, tesis 128, p. 87. Registro IUS 911011. Disponible: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/911/911011.pdf>> (8 de julio de 2013)
- Tesis aislada, TCC. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, T. CCV-CCXVI, Volumen 205-216, sexta parte, p. 358. Registro IUS No. 247988
- Tesis aislada. TCC. PETICIÓN. DERECHO DE. ACLARACIONES. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, t. CCVII-CXXXII, Volumen, 127-132, Sexta parte, p. 118. Registro IUS 251740.
- Tesis aislada, TCC. PETICIÓN. DERECHO DE. MATERIA JUDICIAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo. X / julio, p. 394. Registro IUS 218 980.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XIX, Tercera parte, pág. 63. Registro IUS 268424.
- Tesis aislada, DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, T. XXXI, México, p. 1921. Registro IUS 314339.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE (LICENCIAS) *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, T. XII, Tercera parte, p. 61. Registro IUS 268602.
- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, T. XV, p. 102, Registro IUS 284236.
- Tesis aislada. ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, VIOLACIÓN DEL. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, T. LVII, p. 2244. Registro IUS 331277.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CUANDO PARA RESOLVER SE NECESITEN PRUEBAS, DEBE REQUERIRSE AL PETICIONARIO PARA QUE LAS APORTE. *Semanario Judicial*

de la Federación, Sexta Época, México, Tomo CXXVII, tercera parte, p. 39. Registro IUS 265214.

- Tesis aislada. PETICIÓN DERECHO DE. NO DEBE RETARDARSE LA CONTESTACIÓN A UNA SOLICITUD, ALEGANDO QUE SE CONCEDE MAYOR TIEMPO PARA APORTAR PRUEBAS. *Semanario Judicial de la Federación*, México, T. CXXVII, tercera parte, p. 39. Registro IUS 265215.
- Tesis aislada. PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México, T. XXXVIII, Tercera parte, p. 87. Registro IUS 267808. También en: Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, T. XXI, tercera parte, p. 69. Registro IUS 802546.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. ACTUACIÓN DE UNA DEPENDENCIA GUBERNAMENTAL COMO PERSONA DE DERECHO PRIVADO. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, Volumen 145-150, Sexta parte, p. 198. Registro IUS 250942 (Superada por contradicción: Tesis: P./J. 42/2001. PETICIÓN. LA EXISTENCIA DE ESTE DERECHO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL PARA SU SALVAGUARDA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO REQUIERE QUE SE FORMULE AL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN SU CALIDAD DE AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XIII, Abril de 2001, p. 126. Registro IUS: 189914).
- Tesis: I.4o.A.118 A. DERECHO DE PETICIÓN. SERVIDOR PÚBLICO EN FUNCIONES. SIEMPRE SERÁ AUTORIDAD CUANDO SE FORMULE UNA PETICIÓN EN TERMINOS DEL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. Tomo III, junio de 1996, p. 822. Registro IUS 202066.
- Tesis aislada PETICIÓN, DERECHO DE. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, T. CV, Tercera Parte, p. 55. Registro IUS 265693. También. Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen XII, tercera parte, p. 58, Registro IUS 268598; y, Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época. México. Tomo CXIV, p. 404. Registro IUS 318860.
- Tesis: I.3o.A.591 A. DERECHO DE PETICIÓN. LA AUTORIDAD A QUIEN SE HA DIRIGIDO LA PETICIÓN ESTÁ OBLIGADA A DAR CONTESTACIÓN A LA MISMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo XV-1, febrero de 1995, p. 169. Registro IUS 209059.

- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS SOLO ESTAN OBLIGADAS A CONTESTAR LAS SOLICITUDES A LAS PERSONAS QUE LAS SIG-
NAN Y NO A QUIENES APARECEN EN EL CONTEXTO DE DICHA SOLICITUD. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo VI, Segunda Parte-1, p. 135. Registro IUS 224476.
- Tesis aislada. PETICIÓN. DERECHO DE. LA LITERALIDAD O INTERPRETACIÓN QUE SE HAGA DEL ESCRITO QUE LA CONTIENE, DEBE TOMARSE HASTA ANTES DE DONDE APAREZ-
CA LA FIRMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México. Tomo XI, enero de 1993. p. 292. Registro IUS 217567.
- Tesis aislada. FIRMA. PROMOCIONES QUE CARECEN DE ELLA. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIV, julio de 1994, p. 593. Registro IUS 211472.
- Tesis I.9o.T.17 L. DOCUMENTOS. SI NO ESTÁN FIRMADOS POR SU AUTOR, CARECEN DE VALOR AUNQUE ADMITA HABERLOS CONFECCIONADO. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, mayo de 1994, p. 444. Registro IUS 212573.
- Tesis aislada. PROMOCIONES, FALTA DE FIRMA EN LAS. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo IX, mayo de 1992, p. 494. Registro IUS 219413.
- Tesis aislada PETICIÓN, DERECHO DE. INCOMPETENCIA DE LA AUTORIDAD, *supra* nota 19.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Volumen 121-126, sexta parte, p. 154. Registro IUS 251990.
- Tesis P./J. 19/92 FORMAS OFICIALES EXPEDIDAS POR LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 18 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LAS AUTORIZA NO VIOLA LA GARANTÍA DE PETICIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 8o. DE LA CONSTITUCIÓN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, Núm. 53, Mayo de 1992. p. 14. Registro IUS 205664.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México. Tomo L, p. 1494. Registro IUS 333685.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CONGRUENCIA Y LEGALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. México, Volumen 75, Sexta Parte, p. 47. Registro IUS 254765.

- Tesis aislada. SENTENCIA DE AMPARO INEXISTENTE, SI FALTA LA FIRMA DEL JUEZ FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo II, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1988, p. 535. Registro IUS 230583.
- Tesis Aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen I, Tercera Parte, p. 48. Registro IUS 269101.
- Tesis Aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XLVII, p. 815. Registro IUS 334498.
- Tesis I. 4o.A.68 K. PETICIÓN, DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, febrero de 1994, p. 390. Registro IUS 213551.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen VI, Tercera Parte, p. 167. Registro IUS 802636.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. SE DEBE CONTESTAR CADA UNA DE LAS SOLICITUDES FORMULADAS. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo X, septiembre de 1992, p. 263. Registro IUS 218518.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. T. CXXV, p. 2908. Registro IUS 316925.
- Tesis aislada. COPIA AL CARBÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. T. CX, p. 113. Registro IUS 319112.
- Tesis aislada. PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XLI, Tercera Parte. Pág. 89 Registro IUS 267720.
- Tesis XX.269 K., DERECHO DE PETICIÓN. DEBE NOTIFICARSE EN FORMA PERSONAL LAS FASES DEL TRÁMITE PARA CONTESTAR LA SOLICITUD CORRESPONDIENTE. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo XIII, mayo de 1994, pág. 431. Registros IUS 212558.
- Tesis 3a. XXXIII/92. PETICION. EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL NO OBLIGA A RESOLVERLA EN UNA SOLA RESOLUCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época. México, T. IX, abril 1992. p. 80. Registro IUS 206848.

- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. CORRESPONDE A LA AUTORIDAD COMUNICAR AL INTERESADO, EN BREVE TÉRMINO, TANTO LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA COMO, EN SU CASO, LOS TRÁMITES RELATIVOS A SU PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época. México, Volumen 205-216, Tercera parte; p. 127. Registro IUS 237232.
- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo XC, p. 2268. Registro IUS. 347564.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXVIII, p. 115. Registro IUS 318221.
- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, México, Volumen II, Tercera Parte, p. 87. Registro IUS 269073.
- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo LXVII, p. 3164. Registro IUS 328514.
- Tesis aislada. PETICIÓN DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen. CXXIII, Tercera Parte, p. 39. Registro IUS 268307.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época. México. Tomo CXIX, p. 1394. Registro IUS 318042.
- Tesis aislada. "BREVE TÉRMINO" A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL, QUE DEBE ENTENDERSE POR. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo. XII, julio de 1993 p. 167. Registro IUS 215841
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 49, Sexta Parte, p. 51. Registro IUS 256025.
- Tesis aislada. PETICIÓN, DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, Volumen XII, Tercera Parte, p. 58. Registro IUS 268598.
- Tesis aislada, PETICIÓN, DERECHO DE. CUANDO NO SE CONSIDERA TRANSGREDIDO EL ARTÍCULO 8o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Volumen LXXXI, Tercera Parte, p. 41. Registro IUS 266384.

- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. NO ES PRECISO ORDEN CROMOLÓGICO EN EL. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, Tomo CXXX, p. 532. Registro IUS 316075.
- Tesis aislada. PETICIÓN. DERECHO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Tomo XI. Tercera Parte, p. 40. Registro IUS 268621.
- Tesis 81. PETICIÓN, DERECHO DE. NOTIFICACIÓN DE TRÁMITES. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época. México. Tomo III, pág. 91. Apéndice de 1917-1995, Tomo III, Primera Parte, p. 89. Tesis 131. Registro IUS. 911014.
- Tesis aislada. DERECHO DE PETICIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo X, 263. Registro IUS 286822.
- TEPJF-SS. Jurisprudencia 26/2008. DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA POLÍTICA. TAMBIÉN CORRESPONDE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-026/2000. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 6, 2003, pp. 25-26.
- TEPJF-SS. Jurisprudencia 32/210. DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA EXPRESIÓN "BREVE TÉRMINO" ADQUIERE CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-116/2007. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 3, Núm. 7, 2010, pp. 16-17.
- TEPJF-SS Jurisprudencia 5/2008. PETICIÓN. EL DERECHO IMPONE A TODO ÓRGANO O FUNCIONARIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EL DEBER DE RESPUESTA A LOS MILITANTES. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-50/2005, SUP-JDC-24/2006, SUP-JDC-80/2007. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Núm. 2, 2008, pp. 42-43.
- TEPJF-SS Tesis XI/98. NOTIFICACIÓN POR FAX. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-023/98. Julio de 1998. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Año 1998, pp. 62 y 63.
- TEPJF-SS. Tesis XII/98. NOTIFICACIÓN POR FAX. SU ACOGIMIENTO EN LA LEY PROCESAL ELECTORAL CONCUERDA PLENAMENTE CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA MATERIA. Juicios de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-023/98 y SUP-JRC-024/98. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Año 1998, pp. 63 a 65.

Artículo 9 Constitucional.
Derecho de asociación
y de reunión

Iván GARCÍA GÁRATE*

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana y de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO. I. *La libertad de asociarse y reunirse.* II. *Generalidades.* III. *La libertad de asociación.* IV. *Derecho de asociación política.* V. *Libertad de asociación sindical.* VI. *Comunidades indígenas y derecho de asociación.* VII. *Libertad de asociación religiosa.* VIII. *Otras disposiciones constitucionales relacionadas con la libertad de asociación.* IX. *Derecho de reunión.* X. *Derecho de reunión con fines religiosos.* XI. *Conclusiones y prospectiva.*

PALABRAS CLAVE. Asociación; reunión; sociedad democrática; asociación política; libertad sindical; asociación política; derecho a manifestarse.

I. La libertad de asociarse y reunirse

En la base de toda organización política y social está la libertad de asociación de ser humano. La historia de Filosofía política occidental presenta por lo menos tres narraciones clásicas sobre la naturaleza asociativa humana como principio político fundamental que rige la sociedad moderna: Aristóteles, Thomas Hobbes y Juan Jacobo Rousseau reconocieron en la libertad de asociación como principio fundante de las ciudades clásicas (*polis*) y los Estados modernos. Para Aristóteles existen una serie de comunidades que van desde la familia hasta la ciudad existen por naturaleza y por ello el ser humano es un animal político que se distingue de otros animales de naturaleza gregaria porque es el único que tiene *la palabra*, la que hace lo provechoso y los nocivo, lo mismo que lo injusto y lo justo. Es justamente la participación común de los seres humanos en estas definiciones lo que crea *la ciudad*. En la Modernidad, Hobbes y Rousseau afirmaron la libertad de asociación como leyes de la naturaleza que son la base para la creación de los Estados modernos que surgen bajo las figuras del contrato social para un fin determinado, permanente y constante que constituye nuestro modelo de convivencia política actual. También Hobbes y Rosusseau distinguen este pacto de aquellas comunidades de animales que forman colectividades: el conflicto entre humanos por la búsqueda del bien común y la creación de un espacio de deliberación para resolver ese conflicto. Esto supone también que esta naturaleza asociativa necesita de la libertad de expresión, opinión y pensamiento como elementos necesarios para ese espacio deliberativo común.

Bajo casi exactamente esos términos, los derechos de asociación y reunión son hoy premisas fundamentales en el Estado constitucional democrático. De esto se deriva la importancia que reviste una protección amplia de este derecho para el fortalecimiento de otros derechos y del sistema democrático. Las prohibiciones o restricciones para la asociación y reunión de personas pueden ser graves obstáculos a la posibilidad de reivindicar otros derechos fundamentales y promover la búsqueda de cambios o alternativas democráticas.

El artículo 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") así como los artículos 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) reconocen estos derechos y a través de la jurisprudencia nacional e interamericana se le ha dotado de elementos y contenidos específicos mediante su interpretación con base en los principios generales que rigen los derechos fundamentales (universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad) y en las obligaciones del Estado (respetar, proteger, promover y garantizar) sobre los mismos.

En este comentario se recuperan los criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ha definido respecto los elementos, límites y alcances del artículo 9 de la CPEUM y otras disposiciones constitucionales relacionados con estas libertades. Se integran a esas interpretaciones judiciales nacionales, las decisiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") ha tomado sobre la aplicación de los artículos 15 y 16 de la CADH. Aunque por cuestiones de claridad en la exposición y narrativa se menciona si la fuente jurisdiccional es la SCJN o la Corte IDH –y en las notas a pie de página se distinguen estas fuentes de manera clara– es necesario señalar que se buscó una interpretación integral de ambos preceptos como establece el 2o. párrafo del artículo 1o. constitucional. La interpretación conforme, el principio *pro persona* así como otros métodos utilizados para la interpretación de este derecho y su análisis respecto a los principios y obligaciones del Estado respecto a los derechos humanos, obliga a no sobreponer una norma sobre otra sino a hacer una integración de los elementos reconocidos en las diferentes fuentes –nacionales e interamericanas– para presentar los contenidos como un todo armonioso que defina cada una de estas libertades.

Esta forma de exposición es posible además porque la jurisprudencia nacional e internacional han tratado desde diferentes acercamientos, distintas aristas de la libertad de asociación y el derecho de reunión. Esto ha generado una interpretación amplia y complementaria. Al no existir criterios contradictorios entre las decisiones judiciales puede construirse una definición integral de estos derechos.

El derecho de asociación y de reunión, de naturaleza semejante, son diferentes en cuanto a sus elementos y formas de ejercerse. En el presente comentario se analiza primero el derecho

de asociación que ha sido interpretado y dotado de contenidos en más ocasiones tanto por la SCJN y la Corte IDH. Posteriormente se define y analiza el derecho de reunión. La exposición de ambos derechos va de lo general a lo particular señalando primero los elementos esenciales integran el derecho; posteriormente, se estudian las manifestaciones particulares y los criterios derivados de su interpretación con relación a otras disposiciones constitucionales y convencionales.

Por último, a la luz de varios acontecimientos políticos nacionales e internacionales que han demostrado claramente los embates de algunos gobiernos en contra del derecho a la protesta y a la manifestación pacífica se analizará estos derechos por considerarlos como una manifestación particular del derecho de reunión.

II. Generalidades

La libertad de asociación y el derecho de reunión¹ desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento de las sociedades democráticas² porque propician el pluralismo político e ideológico y la participación de la ciudadanía en la formación del gobierno y el control de su actuación.³

Las disposiciones comentadas reconocen el ejercicio pacífico de estos derechos en dos manifestaciones particulares:

- a) Positiva, que se actualiza cuando el particular despliega la actividad necesaria para el ejercicio del derecho; y
- b) Negativa, consistente en la abstención en el ejercicio del derecho.

En las manifestaciones positivas de estos derechos puede haber restricciones y límites basados en la preservación del orden público y relacionados con el objeto (que siempre debe de

¹ De los artículos comentados y de las diferentes sentencias y jurisprudencias analizadas se desprende un uso indistinto de las expresiones "derecho" y "libertad" para referirse a la posibilidad de asociarse y reunirse. Así aunque la Constitución haga referencia a un *derecho* de asociación y la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la *libertad* de asociación se refieren en esencia a lo mismo. Siguiendo ese criterio, para efectos de este comentario ambos términos se utilizan como sinónimos.

² CIDH, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev. *INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS*. 17 marzo 2006.

³ Acción de inconstitucionalidad 6/2004 y su acumulada 9/2004. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo XIX, Abril de 2004, p. 1029. Registro IUS. 18023. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/18023.pdf>> (8 de julio de 2013), p. 58.

ser lícito) que persiguen los diferentes tipos de asociaciones o reuniones y con las personas que pueden o no pertenecer en ellas.

Es importante mencionar que de acuerdo con la Constitución (artículo 29) y con la Convención (Artículo 27.2) estas libertades, tanto la libertad de asociación y de reunión puedan ser suspendidas en los supuestos y de acuerdo con el proceso establecido. Esta aclaración es importante porque en ambos ordenamientos se señala la prohibición de suspender los "derechos políticos". Aunque la libertad de asociarse con fines políticos es un derecho político y en una primera lectura podría suponerse que no puede suspenderse, sin embargo, aunque la Constitución no lo especifique, la CADH al señalar que los derechos políticos no pueden suspenderse remite al artículo 23 y no en al artículo 16 en el que se reconoce la libertad de asociación con fines políticos.

III. Libertad de asociación

De acuerdo con la interpretación de la SCJN,⁴ la libertad de asociación es una potestad de personas físicas y personas jurídicas colectivas que se manifiesta en la posibilidad de unirse o no para alcanzar determinados objetivos continuos y permanentes mediante la creación de un nuevo ente. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación comprende tres aspectos, derivados de la disposición del sujeto titular de hacer ejercicio o no de este derecho:

1. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente.
2. Derecho de permanecer en la asociación o a renunciar a ella.
3. Derecho de no asociarse.

A partir de este entendimiento de la libertad de asociación la SCJN estableció que la autoridad no puede prohibir ni tiene la facultad de autorizar previamente que un particular se asocie o que cree asociaciones con cualquier objeto lícito. Tampoco se podrá restringir su

⁴ Tesis P./J. 28/95. CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo: II, octubre de 1995, p. 5. Registro IUS 200279. Véase también AMPARO EN REVISIÓN 2186/2009. Sentencia definitiva del 13 enero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=113242>> (10 de julio de 2013) pág. 37.

derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni tampoco, podrá obligarlo a asociarse u obligarlo a constituir una asociación.⁵

En esa misma línea argumentativa la SCJN también ha determinado que el libre ejercicio del derecho de asociación comprende igualmente el derecho constitucional de que una asociación ya constituida esté en aptitud de realizar cualquier objeto lícito, permitido por la ley. No puede vedarse o prohibirse la realización de ese objeto, sin que se viole el derecho de asociación garantizado constitucionalmente. Limitantes como un número determinado de asociaciones con ciertos objetivos y la prohibición de constituir otras organizaciones por la existencia de otras similares son violatorias de la garantía de libertad de asociación.⁶

La prohibición de pertenecer a una asociación por la pertenencia previa a otra agrupación es violatoria de este derecho porque equivale a establecer condiciones que obligan a permanecer en un grupo, a distinguir entre miembros pertenecientes a ciertos grupos y provoca que únicamente ciertos grupos o personas puedan gozar efectivamente del derecho de asociación. En esa línea de argumentación, una norma que establezca una distinción de este tipo y obligue a la permanencia de un individuo en una asociación sería, por si sola, violatoria del artículo 9o. de la CPEUM.⁷

Una situación particular respecto de la libertad de asociación que ha sido interpretada por la SCJN⁸ se presenta con algunas asociaciones con características particulares y que realizan funciones de interés público, como los colegios de profesionistas. Un colegio de profesionistas es un ente colectivo permanente con funciones muy específicas, que debe tener representatividad suficiente de la profesión que agremia y fuerza para defender sus intereses. En este tipo de asociaciones podrían justificarse algunos requisitos, modalidades o distinciones con el objetivo de salvaguardar los bienes colectivos, objetivo constitucionalmente válido.

Así, por ejemplo, podría aceptarse como válida la exigencia un número determinado de asociados para su registro como un colegio de profesionistas, debido a que esta modalidad, en vez de coartar la libertad de asociación y el principio de igualdad, es una medida que tiende a la protección de esos derechos. Los requisitos o distinciones posibles deben ser aptas para

⁵ Amparo en revisión 1122/2006. Sentencia definitiva 28 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=83776>> 10 de julio de 2013.

⁶ Amparo en revisión 505/2007. Sentencia definitiva del 19 de septiembre de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=92752>>. (10 de julio de 2013).

⁷ *Idem*.

⁸ Amparo en revisión 295/1999. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntolD=26305>>. (10 de julio de 2013).

que este tipo de agrupaciones actúen con normalidad, eficacia y permanencia. Es decir, debe de existir una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.

Así lo ha sostenido la SCJN señalando que es posible reglamentar ciertas modalidades que deben observarse para obtener el registro como colegio de profesionistas, a fin de salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento siempre que esa reglamentación no vulnere la libertad de asociación sino que la fortalezca.⁹

Sin embargo, de acuerdo también con la SCJN, la reglamentación de otro tipo de medidas para regular a este tipo de organizaciones como establecer la renuncia previa a una organización profesional para pertenecer a otra excede los límites permitidos para dicha reglamentación. Sobre esto la SCJN ha concluido que la obligación de renunciar a una agrupación ya existente para poder pertenecer a otra constituye una violación directa a la libertad de permanecer en una asociación ya que no se advierte una relación de instrumentalidad entre el fin y la medida porque el hecho de que una persona renuncie obligatoriamente a una asociación no tiene como consecuencia necesaria el mejor y eficaz funcionamiento de otra asociación.¹⁰

En la justicia interamericana, de manera muy similar a la interpretación de la SCJN, la Corte IDH ha establecido que el derecho de asociarse protegido por el artículo 16 de la Convención Americana se manifiesta como el derecho a formar asociaciones y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse, mantenerse o separarse de una asociación.¹¹

A partir de esta primera conceptualización la Corte¹² ha desarrollado una conceptualización de la libertad de asociación en dos dimensiones. La primera dimensión abarca el derecho y la libertad individual de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho. Desde esta dimensión individual, la libertad de asociación no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar organizaciones, también abarca el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad.

La segunda dimensión, reconoce y protege el derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su

⁹ *Idem*.

¹⁰ SCJN, Primera Sala, AMPARO EN REVISIÓN 2186/2009. . . , *supra* nota 5.

¹¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72, párr. 159

¹² Corte IDH, *Caso Huila Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 69 -72.

finalidad. En esta dimensión social, dice la Corte IDH la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos. Esto lleva a concluir que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, y por lo tanto, una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.

Se deriva entonces de este derecho, la obligación estatal de garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad de asociación sin ninguna restricción. Esto incluye garantizar a las personas el ejercicio de este derecho sin temor de que serán sujetas a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de los individuos y agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses.

Este criterio ha prevalecido en las decisiones de la Corte IDH en la mayoría de los casos contenciosos presentados ante dicha instancia que coinciden en el tipo de violación a la libertad de asociación reclamada. En términos generales, la jurisprudencia de la Corte IDH ha llamado la atención sobre las obligaciones positivas del Estado respecto del derecho de asociación y de las condiciones para hacer posible el ejercicio de la esta libertad. Los casos presentados en la Corte IDH tienen la característica de que en todos ellos una persona fue víctima de una agresión, en algunos casos fatales, por su pertenencia a una asociación. Esto ha sido considerado por la Corte IDH como una omisión por parte del Estado en el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del derecho de asociación.

La Corte,¹³ al referirse a las asociaciones sindicales, ha reconocido que la libertad de asociación consiste en la facultad de constituir organizaciones y además estructurarlas internamente, desarrollar las actividades y programas de acción, sin ningún tipo de intervención de las autoridades públicas que afecte el ejercicio de este derecho. El ejercicio de este derecho, continua en la misma línea la Corte IDH, supone de forma obligada que no haya coacción alguna que obligue o no a formar parte de la asociación ya que éste debe ejercerse sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.¹⁴

En este sentido la Corte IDH ha señalado que la agresión a un miembro de una asociación, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de

¹³ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*..., *supra* nota 14, párrs. 156.

¹⁴ Aunque los criterios de la Corte IDH de derecho humanos se refieren a las libertad sindical consideramos que de acuerdo con una interpretación que busca la mayor protección de los derechos fundamentales estos criterios deben ser extensivos a las diferentes asociaciones constituidas en los términos establecidos en el artículo 16 de la CADH. Esto no quiere decir que la libertad sindical no tenga sus particularidades que serán analizadas en el apartado correspondiente a ella.

determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor. De ahí que el derecho protegido por el artículo 16 de la CADH tiene un alcance y un carácter especial que ponen de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación.¹⁵

De esta forma, la protección de la libertad de asociación implica para el Estado la obligación de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a esta libertad.¹⁶ En caso de no cumplirse con estas obligaciones positivas se estaría violando este derecho porque esta potestad de formar asociaciones se vuelve inexistente o se reduce de tal forma que no puede realizarse. La Corte IDH ha determinado que un ambiente de violencia en contra de quienes ejerzan el derecho de asociación en cualquiera de sus manifestaciones permitidas en la Convención es un obstáculo para el ejercicio de este derecho constituye una violación del artículo 16.1 de la Convención.¹⁷

Por último, respecto a cuestiones generales del derecho de asociación, la Corte IDH ha señalado que éste puede estar sujeto a restricciones previstas por ley, que persigan un fin legítimo y que, en definitiva, resulten necesarias en una sociedad democrática. Es importante destacar que de acuerdo con la Corte Interamericana, la Convención Americana al señalar en el artículo 16 que la libertad de asociación sólo puede estar sujeta a restricciones previstas por la "ley", se refiere a ésta en su sentido lógico e histórico, como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana¹⁸ y cuya elaboración es un proceso formalmente establecido que debe cumplirse a cabalidad. Respecto al fin legítimo, estos se derivan del mismo texto de la CADH como "seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás". Estos fines legítimos deben de considerarse de manera estricta para no dar lugar a medidas restrictivas. Así, por ejemplo "el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto".¹⁹ En tercer

¹⁵ La idea de las dos dimensiones de las libertades civiles se pone de manifiesto también con la libertad de expresión. Véase: Corte IDH *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-5/85 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30 y 70; y, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 párr. 108.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú...*, *supra* nota 15. párr. 76.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 147.

¹⁸ Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/869 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 26 y 27.

¹⁹ Corte IDH *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. párr. 69.

lugar, la necesidad en una sociedad democrática implica que deba de considerarse la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de restricción para alcanzar el fin legítimo.

IV. Derecho de asociación política

La libertad de asociación tiene una de sus manifestaciones particulares más importantes en el derecho de asociación política reconocido en los artículos 35 fracción III, 41 fracción I y 116 fracción IV inciso e) y la SCJN ha interpretado en conjunto estos artículos.

El artículo 35 fracción III reconoce el derecho ciudadano de asociarse individual y libremente para tomar parte en los asuntos políticos del país. Al igual que en el artículo 9, el límite al ejercicio de este derecho es que sea de forma pacífica. La manifestación particular más común en el estado constitucional democrático de este derecho de asociación política es la creación de los partidos políticos. El derecho a formar partidos políticos o afiliarse a ellos se reconoce en el artículo 41 fracción I solamente a los ciudadanos. Esta disposición establece también una protección importante al derecho de asociación en materia política y en materia laboral al prohibir la intervención de organizaciones gremiales, o con objeto social diferente, en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa. Esta protección al derecho de asociación política se establece también en el 116, IV, e) por lo que se refiere a las entidades federativas.

De acuerdo con la interpretación de la SCJN, la libertad de asociación y otras libertades –como las establecidas en los artículos 6o., 7o., 8o. y 9o. por lo que toca al derecho de reunión– en conjunto promueven y garantizan la diversidad ideológica necesaria en una democracia. La libre asociación juega un papel importante en materia política, porque permite al ciudadano la libertad de tomar parte, en forma pacífica, en los asuntos políticos del país; de ahí que el texto constitucional en diferentes disposiciones excluya al monopolio, proscriba los privilegios, prohíba la concentración del poder, condena la imposición ideológica y evita todo tipo de condicionamiento a las actividades deliberativas y participativas de los integrantes de la sociedad.²⁰

El derecho o libertad de asociación política garantiza la formación de asociaciones de diversas tendencias ideológicas, que fortalecen la vida democrática del país. Esta libertad permite

²⁰ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 28/2006 Y SUS ACUMULADAS 29/2006 Y 30/2006. Sentencia definitiva de 15 de octubre de 2010. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84232>> (10 de julio de 2013). p. 195.

que cualquier ciudadano pueda ser parte de esas organizaciones, o bien que pueda crear su propia organización o asociación.²¹

De la interpretación del derecho de asociación política que ha hecho la SCJN se concluye que esta libertad también comprende necesariamente el derecho de formar partidos políticos y el derecho de estos de participar en los procesos electorales en los términos que disponga la ley ordinaria.

En materia político-electoral esta libertad es la *conditio sine qua non* de todo Estado constitucional democrático de derecho y debe garantizarse plenamente ya que con su violación no sólo se impediría la formación de partidos políticos y de asociaciones de diversos signos ideológicos, sino que el mismo principio constitucional de sufragio universal quedaría socavado.²²

En la jurisprudencia mexicana, el TEPJF se ha pronunciado también sobre la libertad de asociación política y sobre los partidos políticos. Al respecto, el Tribunal Electoral ha establecido que para proteger el derecho de asociación política que les da origen, los partidos políticos deben regirse por los principios de representatividad ciudadana; de permanencia, ya que son entidades que se constituyen para influir políticamente en el seno de la sociedad de modo perdurable; con fuerza ideológica propia, que pretenden poner en práctica a través del sufragio democrático; sus principales finalidades son la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público; y deben guiarse por un principio de honorabilidad, por lo que se refiere al manejo de recursos.²³

Por otro lado, la SCJN ha determinado que de una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 9o., 35, fracción III y 41, fracción I, de la Ley Fundamental,²⁴ se concluye que la libertad de asociación, tratándose de partidos políticos, no es absoluta. Su creación, integra-

²¹ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/2004 Y SU ACUMULADA 9/2004..., *supra* nota 4, p. 10.

²² TEPJF Sala Superior. Tesis: S3ELJ 25/2002. 'DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. Época: Tercera. Tipo de tesis: jurisprudencia.

²³ TEPJF Sala Superior. Tesis: S3ELJ 25/2002. DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. Época: Tercera. Tipo de tesis: jurisprudencia.

²⁴ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2008 Y SUS ACUMULADAS 62/2008, 63/2008, 64/2008 Y 65/2008. Sentencia definitiva del 8 de julio de 2008. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97552>> (10 de julio de 2013). Véase también. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2010 y sus acumuladas 27/2010, 28/2010 y 29/2010. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/AI%20Votos%20concurrentes/AI_26_2010_acumuladas_concurrente.pdf> (10 de julio de 2013)

ción y participación en los procesos electorales quedará definida por las decisiones del Poder Legislativo, ya sea federal o local, que es el facultado para determinar la forma en que se organizarán los ciudadanos en materia política. Estas leyes deben hacerse conforme a criterios de razonabilidad que permitan el pleno ejercicio de ese derecho fundamental, así como el cumplimiento de los fines que persiguen los partidos políticos.²⁵

En esta línea argumentativa de la SCJN, los derechos de carácter político no son derechos absolutos o ilimitados. Es admisible la imposición de límites razonables y justificados en su ejercicio, a fin de armonizarlos con los derechos fundamentales de otros ciudadanos y con la observancia de principios esenciales del Estado constitucional democrático.²⁶

Los partidos políticos pueden participar en los procesos electorales de acuerdo con el artículo 41, párrafo segundo, fracción I, constitucional. Este derecho no puede ser vulnerado en su contenido esencial mediante las formas específicas o modalidades que establezca el legislador ordinario federal para su ejercicio. Sin embargo, la SCJN ha determinado que no puede considerarse una violación a este derecho la restricción de formar coaliciones o frentes para participar en las elecciones. En ese sentido no existe un derecho de los partidos políticos a formas coaliciones o frentes para participar en las elecciones. La SCJN ha considerado que los partidos *pueden* recurrir a determinadas formas asociativas, como la coalición, el frente y la fusión, a fin de cumplir con sus finalidades constitucionales, de acuerdo con los términos, condiciones y modalidades que establezca el legislador ordinario. Estos términos, condiciones y modalidades no deben ser arbitrarias, irracionales, desproporcionadas o que hagan nugatorio la posibilidad de participar en el proceso electoral.

El ejercicio de este derecho de formar coaliciones de acuerdo con los términos, condiciones y modalidades que establezca el legislador puede estar sujeta a un requisito temporal como lo es que no puedan hacerlo en el primer proceso electoral en el que participen. Esta restricción de ninguna manera atenta contra el pluralismo político que debe existir en todo sistema democrático. Por tanto, si se condiciona la coalición, fusión o constitución de un frente de los partidos políticos a cierto requisito de temporalidad, es válido ya que esto no es otra cosa

²⁵ Tesis: P/J. 40/2004 PARTIDOS POLÍTICOS. CORRESPONDE AL LEGISLADOR ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA SU CREACIÓN, CON APEGO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDIENTES Y CONFORME A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE PERMITAN EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época. México, Tomo: XIX, Junio de 2004, p. 867. Registro IUS: 181309.

²⁶ TEPJF SUP-JRC-61/2010 Sentencia 16 de junio de 2010. Disponible: <http://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JRC-0061-2010.pdf> (11 de julio de 2011).

mas que un régimen legal que busca precisamente que los partidos políticos cuenten con un grado de representatividad y sean permanentes.²⁷

Por último, respecto de la materia política es importante mencionar que de acuerdo con el TEPJF existe un derecho de afiliación político-electoral a los partidos políticos y agrupaciones políticas. Este es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas. Este derecho se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por tanto, con mayor especificidad que el derecho de asociación y se garantiza jurisdiccionalmente mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral.²⁸

Este derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse. Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral.

La afiliación de los ciudadanos mexicanos a esas organizaciones políticas sólo podrá realizarse en forma libre e individual y no a través de algún otro mecanismo como la afiliación gremial, prohibida en la CPEUM desde el 2007. Cada ciudadano, libre e individualmente, deberá manifestar su voluntad de pertenecer a un determinado partido político. La afiliación colectiva, es decir, la afiliación automática de un ciudadano a un determinado partido político, por la sola pertenencia a una institución, empresa, sindicato, etcétera, es violatoria de este derecho de afiliación político electoral.

En la CADH el derecho de asociación con fines políticos se establece en el artículo 16.1 y no en el artículo 23 del mismo ordenamiento que es el que reconoce los derechos políticos. Respecto a la libertad de asociación en su manifestación política particular, existen una serie de premisas derivadas de los instrumentos interamericanos de derechos humanos relativas a la democracia y a los derechos políticos. En 1991 la CIDH hizo una declaración sobre *Derechos*

²⁷ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/2004 Y SU ACUMULADA 9/2004..., *supra* nota 4.

²⁸ TEPJF Sala Superior SUP-JDC-514/2008, sentencia del 31 de julio de 2008. Disponible: <http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Serie_comentarios/21_SUP-JDC-514-2008.pdf> (10 de julio de 20013).

Humanos, derechos políticos y democracia en la reconoce la importancia del derecho a organizar partidos y asociaciones políticas que promuevan el debate libre y la lucha ideológica en las sociedades democráticas.²⁹ Por lo tanto, los gobiernos tienen la obligación de garantizar la organización de partidos políticos y otras asociaciones; así como el debate libre de los principales temas del desarrollo socioeconómico; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular.

La CIDH ha considerado también que los partidos políticos son los órganos legítimos para representar en el proceso electoral a la ciudadanía y que son institutos necesarios en la democracia.

Este criterio se complementa con otras opiniones de la CIDH que ha considerado que la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos. Sin estas organizaciones políticas, sobrevendría el caos y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultasen elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían.³⁰

Por otro lado, la Corte IDH ha determinado que el artículo 16 de la Convención protege el derecho de asociarse con fines políticos³¹ y ha establecido también que la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante instituciones que posibiliten el acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios. Esto incluye también la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.³²

V. Libertad de asociación sindical

La libertad de asociación tiene otras de sus manifestaciones más importantes en la asociación sindical o gremial. La jurisprudencia de la SCJN le ha dado contenido a la libertad sindical

²⁹ CIDH, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa", Informe 1990-1991, pp. 557-558

³⁰ CIDH, CASO 10.804 INFORME No. 21/94 (b) GUATEMALA 22 de septiembre de 1994.

³¹ Corte IDH *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, *supra* nota 14 párr. 156; *Caso Escher y otros Vs. Brasil*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de julio de 2009, Serie C. No. 200, párr. 170, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 143.

³² Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201.

establecida en el artículo 123 (Apartado A fracción XVI y Apartado B fracción X) y de esa manera se ha protegido esta manifestación particular del derecho de asociación de los trabajadores en activo³³ para la defensa de sus intereses. En el caso de la fracción XVI del Apartado A del Artículo 123, se reconoce también el derecho de los patrones a formar organizaciones.

La jurisprudencia constitucional³⁴ ha desglosado los contenidos del artículo 123 constitucional. De acuerdo con la SCJN, en este artículo se consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad. Esta libertad nace en el derecho personal de cada trabajador a asociarse y una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propias se reconoce un derecho colectivo de los trabajadores.

De acuerdo con la jurisprudencia de la SCJN, esta libertad contiene tres aspectos fundamentales que corresponden a los aspectos fundamentales de la libertad de asociación ya mencionados. Esos tres aspectos son:

1. Un aspecto positivo que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o constituir uno nuevo;
2. Un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y
3. La libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación.

A partir de esta descripción de los aspectos claves de la libertad sindical la SCJN ha considerado que las disposiciones legales que establezcan la sindicación única por dependencia gubernamental (un solo sindicato de burócratas por dependencia gubernativa que establezcan las leyes o estatutos laborales) viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores prevista en el artículo 123, apartado B, fracción X, de la Constitución Federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses.³⁵

Por otro lado, la SCJN ha sostenido que esta libertad contiene tres aristas o formas en las que puede manifestarse:

³³ CONTRADICCIÓN DE TESIS 172/2003-ss. Sentencia definitiva del 2 de febrero de 2004. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61807>> (10 de julio de 2013)

³⁴ Tesis: P/J. 43/99 SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, Mayo de 1999, p. 5. Registro IUS: 193868.

³⁵ *Idem*.

- 1) La asociación de los trabajadores o empleadores para conformar un sindicato.
- 2) La asociación de Sindicatos, para formar Federaciones.
- 3) La asociación de las Federaciones para integrar Confederaciones.

El reconocimiento de estas formas de manifestarse tiene una implicación muy importante y es que en cada una de esas aristas se presentaran los aspectos fundamentales de este derecho. Por lo que atendiendo a esta descripción de la libertad sindical, los sindicatos pueden:

1. Ingresar a una Federación o conformar una nueva.
2. No ingresar a una Federación determinada o no afiliarse a ninguna; y,
3. La libertad de separarse o renunciar a formar parte de una Federación.

Esto quiere decir, de acuerdo con las decisiones de la SCJN,³⁶ que el derecho de asociación no se limita únicamente a la creación sindicatos sino que estos a su vez tienen el derecho de constituir federaciones de sindicatos. Y a su vez, las federaciones de sindicatos el derecho de constituir confederaciones. Por lo tanto, leyes que reconozcan a una sola federación de trabajadores³⁷ contravienen el principio de libertad sindical con que cuentan los sindicatos para formar federaciones que solamente reconocen a una federación. En esta lógica argumentativa de la SCJN, se puede concluir que tampoco podrían existir confederaciones únicas ya que estas atentarían contra el derecho de las federaciones de sindicatos de formas confederaciones.

En la jurisprudencia internacional la libertad sindical, establecida también en el artículo 16.1 de la CADH y reconocida también en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 8.1,³⁸ ha sido dotada de contenidos esenciales en diferentes casos.

³⁶ Amparo en revisión 1878/ 2004. Sentencia definitiva 4 de marzo de 2005. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=70437>> (10 de julio de 2013).

³⁷ Artículo 78 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado reglamentaria del Apartado B del artículo 123 constitucional.

³⁸ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" adoptado en: San Salvador, El Salvador Fecha: 11/17/88 conf/ asam/reunion: Asamblea general - Décimooctavo periodo ordinario de sesiones. "Artículo 8 Derechos Sindicales 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que

Como ya se había mencionado, la Corte IDH considera la libertad de asociación, en materia sindical, en dos aspectos básicos. En primer lugar, la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. En segundo lugar, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. A partir de estos dos aspectos básicos, la Corte IDH concluye que la libertad de asociación en materia sindical se trata del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito, como es la defensa de los derechos de los trabajadores, pero además, este derecho de agruparse o asociarse debe hacerse sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.³⁹

Esta definición es importante porque como consecuencia de ella se establece la garantía de que las personas que se asocian con fines sindicales serán protegidas contra actos intimidatorios que inhiban la libre decisión de pertenecer a una asociación sindical. Esta reiterada decisión de la Corte IDH se fundamenta a su vez en las consideraciones del Comité de Libertad Sindical de OIT⁴⁰ que ha sostenido que todas las medidas adoptadas contra trabajadores que desearan constituir organizaciones de trabajadores al margen de la organización sindical existente son incompatibles con el principio según el cual los trabajadores deben tener el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones de su elección y afiliarse libremente a ellas. La libertad sindical significa que nadie debe sufrir perjuicio alguno en su empleo a causa de su afiliación sindical.

El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna. De lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses.⁴¹ La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona.⁴²

Es similar a este criterio de la Corte IDH, el tomado por la SCJN respecto a la cláusula de exclusión por separación establecida en los contratos colectivos y los contratos ley. De acuerdo con la jurisprudencia nacional este tipo de cláusulas que permiten que el patrón, sin respon-

los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; (...)” *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”*.

³⁹ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y Otros vs Panamá*..., *supra* nota 14, párr. 156.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y Otros vs Panamá*..., *supra* nota 14, párr. 162.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*..., *supra* nota 15, párr. 77.

⁴² Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs Perú*..., *supra* nota 15,, párr. 75.

sabilidad, remueva de su trabajo a la persona que renuncie al sindicato que tenga la administración del contrato, infringen la libertad de asociación y libertad sindical analizada pues el despido es una forma de presión o intimidación para permanecer en un sindicato en particular. Por lo tanto, las leyes que establezcan dichas cláusulas de exclusión por separación deben considerarse como violatorias de la libertad de asociación y la libertad sindical.⁴³

VI. Comunidades indígenas y derecho de asociación

En otra manifestación particular del derecho de asociación de acuerdo con la CPEUM son las comunidades indígenas reconocidas en el artículo 2o. Para que se considere una asociación de este tipo es fundamental, como lo dice la CPEUM que exista una conciencia de identidad como indígenas. A partir de este reconocimiento, las comunidades indígenas tendrán varios derechos derivados de ese carácter gregario. Entre esos derechos se considera el derecho a decidir las formas internas de convivencia y organización política, social y cultural, así como a elegir autoridades o representantes para el ejercicio de las formas de gobierno interno. La Sala Superior del TEPJF ha determinado que una interpretación sistemática y funcional de las disposiciones contenidas en el artículo 2, apartado A de la Constitución General, en conexión con el sistema democrático y con el sistema de garantías individuales y sociales tuteladas establecidos en la CPEUM⁴⁴ entre ellas la libertad de asociación, conduce a sostener que los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, así como a sus integrantes, cumplen una función complementadora, necesaria e indispensable del reconocimiento igualitario de un sistema de derechos.⁴⁵

También la jurisprudencia internacional ha reconocido que las protecciones establecidas en los artículos 15 y 16 de la CADH comprende el derecho de las personas integrantes de los grupos étnicos y culturales a reunirse y formar asociaciones de conformidad con su propia cultura, valores y derecho consuetudinario. La Corte IDH ha establecido que estos derechos en conjunción con el artículo 23 (Derechos Políticos) de la CADH, permiten a estas personas organizarse de acuerdo a sus propias formas de organización tradicional, elegir a sus repre-

⁴³ Tesis: 2a. LIX/2001 CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO QUE AUTORIZAN, RESPECTIVAMENTE, SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, SON VIOLATORIOS DE LOS ARTÍCULOS 5o., 9o. Y 123, APARTADO A, FRACCIÓN XVI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XIII, Novena Época, México, Mayo de 2001, p. 443. Registro IUS: 189779.

⁴⁴ Desarrollados, entre otros, en los artículos 1, 3, 4, 6, 7, 9, 24, 25, 26, 27, 35, 39, 40, 41, 49, 115, 116, 122 y 123 de la Ley Fundamental.

⁴⁵ TEPJF SUP-JDC-9167/2011. 2 de noviembre de 2011. Disponible: <<http://ius.scjn.gob.mx/iusElectoral/Documentos/Sentencias/SUP-JDC-9167-2011.pdf>>

sentantes de acuerdo a sus propias formas de elección y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.⁴⁶

VII. Libertad de asociación religiosa

El artículo 130 constitucional reconoce a las iglesias y a las agrupaciones religiosas como asociaciones con personalidad jurídica propia que serán reguladas por la ley y limita la intervención de las autoridades en la vida interna de estas asociaciones religiosas. Este artículo además establece una serie de restricciones a los ministros de culto religioso ya que prohíbe a estos asociarse "con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna". Esta disposición no ha sido objeto de una interpretación de la SCJN que ahonde sobre los contenidos de esta libertad en específico.

De la misma manera, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre los contenidos de los derechos establecidos en el artículo 16.1 con relación a la libertad de conciencia y religión reconocida en el artículo 12 de la CADH. Sin embargo, podemos encontrar algunos criterios orientadores de la CIDH que ha establecido nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que menoscaben tal libertad de asociación religiosa y que ésta solo puede tener limitaciones prescritas por la ley necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.⁴⁷

Así, la CIDH ha considerado que la decisión de expulsar a un grupo o asociación religiosa de un Estado de manera arbitraria constituye igualmente una violación al derecho a asociarse libremente con fines religiosos.⁴⁸

VIII. Otras disposiciones constitucionales relacionadas con la libertad de asociación

El artículo 25 constitucional reconoce algunos derechos también de asociaciones del sector social como: los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y

⁴⁶ Corte IDH *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁴⁷ CIDH. CASO 10.526. Diana Ortiz GUATEMALA. Informe de fondo. 31/96. 16 de octubre de 1996

⁴⁸ CIDH. CASO 11.610 LOREN LAROYE RIEBE STAR, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz MÉXICO. Informe de fondo No. 49/99. 13 de abril de 1999. Párr. 115

servicios socialmente necesarios. El artículo 27 establece la facultad para que los diferentes tipos de asociaciones y dependiendo de la naturaleza jurídica de ésta puede gozar del derecho de propiedad en la medida que sea necesario para su objetivos. El artículo 28 prohíbe las asociaciones que tengan por objeto obtener el alza de los precios y los acuerdos, procedimientos o combinaciones de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí. Ese mismo artículo, establece el reconocimiento de ciertos prerrogativas y tratos diferenciados para algunas asociaciones como las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores.

IX. Derecho de Reunión

Corresponde ahora enfocarse en el derecho de reunión reconocido en el artículo 9 y en el artículo 15 de la CADH. El derecho de reunión consiste en que toda persona pueda congregarse u agruparse con otras, en un ámbito privado o público, y con la finalidad lícita que se quiera, siempre que su ejercicio se lleve a cabo de manera pacífica y sin armas. Se caracteriza por una existencia transitoria, cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos.⁴⁹

De acuerdo con la interpretación hecha por la SCJN sobre el derecho de reunión, esta garantía se constituye con las siguientes características:

- a) Congregación de sujetos, sin constituir una persona moral distinta.
- b) La persecución de un objetivo común temporal y aleatorio que una vez verificado pone fin a la reunión.⁵⁰

De acuerdo con la SCJN, es importante señalar la libertad de reunirse o congregarse con sus semejantes para cualquier objeto lícito y de manera pacífica, no puede estar en pugna con las buenas costumbres y las normas de orden público. En tanto que los individuos ejerzan su derecho de reunión bajo estas condiciones, el Estado tiene la obligación de abstenerse de coartar ese derecho.⁵¹

⁴⁹ AMPARO EN REVISIÓN 2186/2009..., *supra* nota 11.

⁵⁰ Tesis P/J. 40/2004 ..., *supra* nota 27.

⁵¹ AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1204/2005. Referencia: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=75805>> (10 de julio de 2013)

De acuerdo con la CIDH,⁵² por medio del derecho de reunión las personas pueden intercambiar opiniones y expresar la crítica política y social de las actividades de las autoridades en un espacio público de participación.⁵³ Este intercambio de ideas y reivindicaciones sociales, supone el ejercicio de derechos conexos como los derechos a asociarse, manifestarse, expresarse e informarse.⁵⁴ Todos esos derechos son "elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático inclusivo de todos los sectores de la sociedad".⁵⁵

Respecto al derecho de reunión, se han establecido algunos principios importantes a nivel internacional. Por ejemplo se considera que los Estados pueden regular el uso del espacio público fijando por ejemplo requisitos de aviso previo. Estas regulaciones no pueden comportar exigencias excesivas que hagan nugatorio el ejercicio del derecho sino que deben tener por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad.⁵⁶

Una de las formas de violación más comunes al derecho de reunión es la detención de participantes en manifestaciones pacíficas. La criminalización *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión es inadmisibles ya que ésta puede generar un efecto amedrentador en el ejercicio del derecho de reunión para protestar o como una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina.

El amedrentamiento de la reunión y la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas ejercitan estos derechos, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente.

⁵² OEA/Ser.L/V/II.124..., *supra* nota 3.

⁵³ Supremo Tribunal Constitucional Español, Sentencia 66/1995, Foja 3. (Mencionado en el Informe de la Comisión citado en el que se señala que la CIDH comparte dicho criterio).

⁵⁴ Ambos derechos contemplados en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana.

⁵⁵ OEA/Ser.L/V/II.124..., *supra* nota 3, párrafo 55.

⁵⁶ En el Informe antes citado se cita la opinión del Comité de Derechos Humanos de la ONU al sostener que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión). Comité DH, *Caso Kivenmaa c. Finlandia*, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>> Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

De manera consecuente con este criterio, la Corte IDH⁵⁷ ha considerado que el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo. Cuando se busca terminar con una concentración de personas debe justificarse a partir de la protección de las personas. Cualquier acción del Estado que al desplegar un operativo de seguridad en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes. En ese sentido el uso legítimo de la fuerza pública implica, entre otros factores, que ésta debe ser tanto necesaria como proporcionada con respecto a la situación, es decir, que debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persiga, así como tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas.

De acuerdo con la Corte IDH, el grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado aceptable con los parámetros internacionales debe ser de la fuerza "absolutamente necesaria". El Estado no debe utilizar la fuerza en forma desproporcionada ni desmedida contra individuos que no representan una amenaza, en tal caso, el uso de la fuerza resulta desproporcionado. Por esa razón, la Corte IDH ha considerado la implementación de procedimientos claros y protocolos de prevención y de conducta para fuerzas de seguridad en cuanto a hechos que amenacen el orden público.

De ninguna manera, ha dicho la Corte IDH se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida u otros derechos mediante los que se cause un efecto amenazante o represivo respecto al ejercicio del derecho de reunión.

Los Estados deben tomar medidas orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad frente a las manifestaciones del derecho de reunión para evitar que se produzcan excesos y garantizar que en caso de que se usen medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.

X. Derecho de reunión con motivos religiosos

Por último, respecto al derecho de reunión vale la pena señalar que el artículo 24 restringe el ejercicio de este derecho en materia religiosa porque establece que los actos religiosos

⁵⁷ Corte IDH, *Caso del Caracazo. Reparaciones* (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

deben de realizarse dentro de los espacios privados y solamente de forma excepcional podrán realizarse espacios públicos de acuerdo con la ley reglamentaria. Esta disposición es restrictiva del derecho de reunión con fines religiosos que inhibe tanto el ejercicio del derecho de reunión como de la libertad de conciencia y de religión. Por el contrario, el artículo 12 de la CADH en relación con el 15 del mismo instrumento que se viene analizando establecen criterios más protectores de ambos derechos y por lo tanto, de acuerdo al artículo 1o. Constitucional deberá de atenderse a dicho criterio internacional.

XI. Conclusiones y prospectiva

De las disposiciones comentadas se desprende la importancia que la jurisprudencia nacional e internacional le ha dado a las libertades de asociación y de reunión. Las tendencias en ambos casos ha sido una interpretación amplia de los alcances respecto al ejercicio de estas libertades.

Los elementos, límites y alcances definidos por la SCJN y la Corte IDH son complementarios. Esto permite una conceptualización de estos derechos cuyas lecturas pueden ser tan amplias que fundamentan a su vez a los partidos políticos como las formas de asociación mas importantes en las sociedades democráticas y que al mismo tiempo da lugar a la decisión judicial a favor de las autonomías de las comunidades indígenas de optar por formas tradicionales representación política. La clave en esta diversidad de posibilidades interpretativas radica en conocer los elementos esenciales de estos derechos para poder dar una lectura adecuada a los casos particulares en los que deban aplicarse.

Por último, a manera de prospectiva, la libertad de asociación y de reunión serán decisivas en las transformaciones democráticas de la sociedad. Recientes actos políticos acontecidos en diversas latitudes provocaron la ocupación de espacios públicos para el ejercicio del derecho de reunión con fines políticos.⁵⁸ Las plazas públicas en diferentes capitales del mundo se llenaron de ciudadanos en ejercicio de estos derechos por medio de los cuáles también reivindicaban otros derechos civiles y políticos.

A partir de estas reuniones públicas y se han formado asociaciones civiles y políticas que juegan un papel determinante y progresivo en las democracias contemporáneas cuya tendencia es ampliar los espacios de participación ciudadana. En la medida que una sociedad se

⁵⁸ Movilizaciones político sociales realizadas en el año de 2011, 2012 y 2103 en diferentes ciudades del mundo como Egipto, Chile, Nueva York, Madrid, México, Brasil, etc.

polítice, la libertad de asociación en todas sus manifestaciones y el derecho de reunión se vuelven piezas claves en la transformación social y en la consolidación de las democracias ya que son las herramientas necesarias para el debate y la deliberación colectiva.

Vale la pena hacer notar, y así también lo demuestran los hechos recientes, que las nuevas tecnologías y las nuevas formas de comunicación puedan dotar de nuevos elementos y contenidos al derecho de reunión y asociación. En los movimientos político-sociales arriba mencionados las redes sociales electrónicas jugaron un papel fundamental en la organización de estos movimientos. Estas redes funcionaron como espacios de reunión virtual en los que personas pueden agruparse para conseguir ciertos objetivos en particular. Es fundamental considerar estos elementos tecnológicos y de comunicación en las interpretaciones futuras del derechos de asociación y de reunión como medios para su ejercicio.

La protección más amplia de estos derechos garantiza sociedades democráticas y plurales. Las interpretaciones futuras deben mantener la tendencia de ampliar cada vez más los alcances de estas libertades en todas sus posibles manifestaciones particulares.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios Nacionales

- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2010 y sus acumuladas 27/2010, 28/2010 y 29/2010. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/PLENO/AI%20Votos%20concurrentes/AI_26_2010_acumuladas_concurrente.pdf> (10 de julio de 2013)
- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 61/2008 Y SUS ACUMULADAS 62/2008, 63/2008, 64/2008 Y 65/2008. Sentencia definitiva del 8 de julio de 2008. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=97552>> (10 de julio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 6/2004 y su acumulada 9/2004. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo XIX, Abril de 2004, p. 1029. Registro IUS. 18023. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/Ejecutorias/18023.pdf>> (8 de julio de 2013).
- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 28/2006 Y SUS ACUMULADAS 29/2006 Y 30/2006. Sentencia definitiva de 15 de octubre de 2010. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=84232>> (10 de julio de 2013).
- Amparo en revisión 1878/ 2004. Sentencia definitiva 4 de marzo de 2005. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=70437>> (10 de julio de 2013).
- AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1204/2005. Referencia: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=75805>> (10 de julio de 2013)
- AMPARO EN REVISIÓN 2186/2009. Sentencia definitiva del 13 enero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=113242>> (10 de julio de 2013).
- Amparo en revisión 1122/2006. Sentencia definitiva 28 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=83776>> 10 de julio de 2013.

- Amparo en revisión 505/2007. Sentencia definitiva del 19 de septiembre de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=92752>>. (10 de julio de 2013).
- Amparo en revisión 295/1999. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=26305>>. (10 de julio de 2013).
- CONTRADICCIÓN DE TESIS 172/2003-SS. Sentencia definitiva del 2 de febrero de 2004. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61807>> (10 de julio de 2013).
- Tesis P/J. 28/95. CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo: II, octubre de 1995, p. 5. Registro IUS 200279.
- Tesis: P/J. 40/2004 PARTIDOS POLÍTICOS. CORRESPONDE AL LEGISLADOR ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA SU CREACIÓN, CON APEGO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDIENTES Y CONFORME A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE PERMITAN EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena Época. México, Tomo: XIX, Junio de 2004, p. 867. Registro IUS: 181309.
- Tesis: P/J. 43/99 SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, Mayo de 1999, p. 5. Registro IUS: 193868.
- Tesis: 2a. LIX/2001 CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN POR SEPARACIÓN. LOS ARTÍCULOS 395 Y 413 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO QUE AUTORIZAN, RESPECTIVAMENTE, SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y EN LOS CONTRATOS-LEY, SON VIOLATORIOS DE LOS ARTÍCULOS 5o., 9o. Y 123, APARTADO A, FRACCIÓN XVI, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIII, Novena Época, México, Mayo de 2001, p. 443. Registro IUS: 189779.
- TEPJF Sala Superior. Tesis: S3ELJ 25/2002. DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. Época: Tercera. México.

- TEPJF Sala Superior. Tesis: S3ELJ 25/2002. DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. Época: Tercera. Tipo de tesis: jurisprudencia.
- TEPJF SUP-JRC-61/2010 Sentencia 16 de junio de 2010. Disponible: <http://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JRC-0061-2010.pdf> (11 de julio de 2011).
- TEPJF Sala Superior SUP-JDC-514/2008, sentencia del 31 de julio de 2008. Disponible: <http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Serie_comentarios/21_SUP-JDC-514-2008.pdf> (10 de julio de 20013).
- TEPJF SUP-JDC-9167/2011. 2 de noviembre de 2011. Disponible: <<http://ius.scjn.gob.mx/lusElectoral/Documentos/Sentencias/SUP-JDC-9167-2011.pdf>>

2. Criterios internacionales

- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72, párr. 159
- Corte IDH, *Caso Huila Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 3 de Marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 69 -72.
- Corte IDH *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-5/85 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- Corte IDH. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/869 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH *Caso Escher y otros Vs. Brasil*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C. No. 200

- Corte IDH *Caso Kwas Fernández Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH, *Caso del Caracazo. Reparaciones* (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95.

La libertad de circular
libremente y elegir
residencia en relación
con los migrantes

Loretta ORTIZ AHLF*

* Profesora de la Universidad Iberoamericana e Investigadora y profesora de la Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO: I. *Sistema jurídico mexicano*. II. *Instrumentos internacionales obligatorios para México que regulan la libertad de circulación y residencia*. III. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Migrante; situación migratoria; irregular; circulación; residencia; legal estancia; amparo; garantía de audiencia; aviso consular; denuncia; justicia penal; justicia laboral; justicia civil; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Comisión Nacional de Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. Sistema jurídico mexicano

En México la equiparación entre nacionales y extranjeros, resulta evidente si se parte del artículo 1o. de la CPEUM, que establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. En dicho precepto también se establece la prohibición de discriminar por origen étnico o nacional. En adición, el artículo 33 de la CPEUM especifica quiénes son considerados como extranjeros y reitera dicha equiparación entre los nacionales y los extranjeros.

A pesar de ello, la legislación secundaria atinente al estándar mínimo derechos de los extranjeros es contraria a la CPEUM y a los tratados celebrados por México. Desgraciadamente la jurisprudencia sobre la materia mantiene los conceptos de violación tanto de normas constitucionales como de los tratados en materia de derechos humanos celebrados por México.

1. Conceptualización de migrante irregular en el sistema jurídico mexicano

A partir del decreto del 25 de mayo del 2011¹ se derogó el capítulo II de la Ley General de Población (en adelante LGP) relativo a migración y se expidió la Ley de Migración (en adelante LM).

¹ DOF 25/05/2011 Decreto por el que se expide la Ley de Migración y se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Población, del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos

Anteriormente, la LGP en su artículo 44 precisaba que *"inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado"*.² Con base en la anterior definición se podía conceptualizar al inmigrante irregular como el extranjero que se interna a México ilegalmente.

En la LM ya no se contemplan los conceptos de inmigrado, no inmigrado o inmigrante, simplemente se habla de migrantes. En el artículo 3o. Fracción XVII de dicha ley se define al migrante como el "individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación".³

En el mismo artículo fracción XXVII se señala que la situación migratoria es la "hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país [...] Se considera que el extranjero [...] tiene situación migratoria irregular cuando haya incumplido con las mismas".⁴

Con base en la anterior definición puede conceptualizarse al migrante irregular como el extranjero que se interna a México ilegalmente.

Los requisitos para internarse legalmente a México de conformidad con el artículo 37 de la LM son los siguientes:

- I. Presentar en el filtro de revisión migratoria ante el Instituto los documentos siguientes:
 - a. Pasaporte o documento de identidad y viaje que sea válido de conformidad con el derecho internacional vigente, y
 - b. Cuando así se requiera, visa válidamente expedida y en vigor, en términos del artículo 40 de esta Ley; o
 - c. Tarjeta de residencia o autorización en la condición de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias.

Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de la Ley de Inversión Extranjera, y de la Ley General de Turismo.

² Artículo 44, Derogado, Ley General de Población, publicada en el DOF del 26 de diciembre de 1990, última reforma publicada en el DOF del 9 de mayo de 2012.

³ Artículo 3o. Fracción XVII, Ley de Migración, publicada en DOF del 25 de mayo de 2011, última reforma publicada en el DOF del 7 de junio del 2013.

⁴ Artículo 3o. Fracción XXVII, Ley de Migración, *supra* nota 4.

- II. Proporcionar la información y los datos personales que las autoridades competentes soliciten en el ámbito de sus atribuciones.

Del artículo 43 de la LM se desprenden otros requisitos, ya que prevén supuestos que de actualizarse, autorizan a las autoridades migratorias a negar la expedición de visa, la internación regular a territorio nacional o la permanencia. Dichos supuestos son:

- I. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudieran comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;
- II. Cuando no cumplan con los requisitos establecidos en esta ley, su reglamento y otras disposiciones jurídicas aplicables;
- III. Cuando se dude de la autenticidad de los documentos o de la veracidad de los elementos aportados;
- IV. Estar sujeto a prohibiciones expresas de autoridad competente, o lo prevean otras disposiciones jurídicas.⁵

Con esta ley se dio un paso importante a efecto de reparar los daños jurídicos que estaban siendo infringidos a los migrantes en su tránsito por México. Se les reconocen los vínculos familiares, laborales o de negocios que pudieran ya haber adquirido durante su ilegal estancia en México.

Otro elemento novedoso es que se le reconoce una participación activa a los organismos no gubernamentales y asociaciones civiles pro-defensoras de los derechos humanos de los migrantes. Esta ley pone un freno a los abusos de los agentes de migración, pues de aquí en adelante no podrán ejercer su función persecutoria generalizada en contra de los migrantes, sino que solo podrán hacerlo en determinados lugares y zona geográfica, que deberán ser claramente especificadas en una orden por escrito expedida por el Instituto, en donde se especifique el responsable de la diligencia.⁶

⁵ Artículo 43, Ley de Migración, *supra* nota 4.

⁶ Artículos 71-76 y 81, Ley de Migración, *supra* nota 4.

2. Jurisprudencia del Poder Judicial Federal

a. Legal estancia y acceso al amparo

A pesar del artículo 1o. constitucional, no sujeta el ejercicio de los derechos a gozar de legal estancia en el país y de que los tratados celebrados por México exigen que se garanticen de manera efectiva a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado Mexicano los derechos humanos regulados en dichos instrumentos internacionales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) negaba el derecho de audiencia a un migrante bajo el argumento jurídico de que éste goza de expectativas de derechos.

Sin embargo, la tesis más reciente al respecto refleja un cambio favorable tal como se muestra a continuación:

EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establecía que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga su capítulo I, título I, con algunas salvedades (derecho de petición, asociación en materia política, sujetarse a las disposiciones en materia de migración e inmigración, así como la posibilidad de su expulsión por entrometerse en asuntos políticos de la Nación). Ulteriormente, esta tutela fue ampliada con la citada reforma constitucional, en la que se modificaron los numerales 1o., 11 y 33, favoreciendo entre otros sectores, a aquéllos, como es con el reconocimiento de la garantía de **audiencia** previa frente a su posible expulsión del país. Congruente con esa dinámica, los extranjeros no son personas con algún estatus de protección menor de derechos humanos, por lo que deben gozar plenamente de la tutela judicial efectiva, prevista tanto en sede internacional (artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), como en el ámbito nacional (artículo 17 de la Constitución Federal), optando por privilegiar el acceso a la justicia y, por ende, limitando los casos en que por excepción, no puedan ser oídos. De ahí que debe garantizarse su capacidad de intervención como parte en el juicio sin que el tribunal pueda limitarla por el hecho de haber nacido en el **extranjero**, o no hablar bien el español, pues implicaría un obstáculo injustificado, desproporcionado y carente de razón, al reducir su margen de tutela efectiva. Máxime que al armonizar el citado artículo 25 con el 1, numeral 1, de la referida convención, debe

privilegiarse el margen de la tutela judicial y su efectividad, sin que pueda discriminarse por motivos de origen nacional. Por tanto, deben dictarse las medidas conducentes para garantizarles dicho acceso y posibilidad de ser escuchados por los tribunales nacionales, al tener el derecho de asistir directamente al juicio en que sean parte y, si por alguna razón existiera una situación, factor o elemento que impidiera la comunicación material entre el tribunal y el justiciable, como es el idioma, o que el compareciente no dominara suficientemente el español, corresponde al Estado, como garante de tales derechos básicos, el proveer las medidas necesarias e idóneas para permitirle el ejercicio pleno de tal derecho, ya que el acceso al tribunal no sólo debe ser formal, sino también material, real y eficaz, pues de lo contrario, no habría la participación igualitaria en los foros jurisdiccionales, porque los extranjeros, por su condición, verían reducido su acceso a la justicia, cuestión que no es conforme al estándar internacional y nacional de tutela.⁷

Dicha tesis representa un esfuerzo de armonización del orden jurídico interno con los estándares internacionales y establece la necesidad de dictar medidas conducentes para la efectiva garantía de los derechos humanos de los migrantes tal como se contempla en el artículo 1o. constitucional.

Como parte de las medidas previstas por parte del Estado Mexicano, la LM contempla en el artículo 68 formalidades para la correcta presentación de los migrantes en situación irregular, ésta sólo puede realizarse por el Instituto Nacional de Migración y deberá constar en actas sin poder exceder en ningún caso del término de 36 horas contadas a partir de su puesta a disposición.

El artículo 69 de la misma ley enumera la información que las autoridades migratorias deberán proporcionar a los migrantes al momento de su presentación. De acuerdo con la ley se les debe informar lo siguiente:

- Sus derechos y garantías.
- El motivo de su presentación.

⁷ Tesis III.3o.T.4K(10a.), EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México,

- Los requisitos establecidos para su admisión al país, los derechos y obligaciones previstos en ley.
- Se deberá notificar de manera inmediata de su presentación al consulado del país al cual pertenezca.
- La información sobre la posibilidad de regularizar su situación migratoria.
- La información sobre la posibilidad de constituir garantía cuando se busque la estancia regular, en lo que se dicta sentencia definitiva.⁸

Recientemente, la SCJN se pronunció al respecto en diversas tesis en que interpretó el artículo 36 primer párrafo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁹ y la OC 16/99,¹⁰ instrumentos que establecen la obligación del Estado de dar aviso al consul del país del que el migrante sea nacional y resaltó de manera constante la importancia de la notificación, el contacto y la asistencia consular como medidas esenciales para garantizar el derecho fundamental a una defensa adecuada y efectiva de los extranjeros. Como ejemplo las siguientes tesis:

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. "...En esta resolución, la Corte Interamericana estableció que el derecho a la asistencia consular es parte del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo, por lo que debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los **extranjeros** la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo...".¹¹

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO

⁸ Artículo 69, Ley de Migración, *supra* nota 4.

⁹ Convención de 24 de abril de 1963, firmada por México el 7 de octubre de 1963, ratificada el 18 de mayo de 1965, publicada en DOF el 11 de septiembre de 1968.

¹⁰ *Infra*, nota 30.

¹¹ Tesis 1a. CLXIX/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 530, Reg. IUS. 2003539.

JURÍDICO MEXICANO. En el marco de un sistema democrático, una vez que una persona se encuentra en territorio de un Estado del cual no es nacional, dicho Estado está obligado a concederle un estándar mínimo de derechos. Uno de ellos, cuya importancia resulta trascendental, es la posibilidad de que el extranjero sea asistido por algún miembro de la delegación consular de su país en el territorio en el que se encuentre. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho derecho se encuentra consagrado, tanto en el artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, como en el artículo 128, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales...¹²

Asimismo, el artículo 70 de la Ley de Migración señala que "[t]odo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio. [...] Durante el procedimiento administrativo migratorio los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas".¹³

Cabe recordar en relación con la jurisprudencia de la SCJN, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Vélez Loor vs Panamá, donde precisa que

los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁴

¹² Tesis 1a. CLVIII/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 533, Reg. IUS. 2003542.

¹³ Artículo 70, Ley de Migración, *supra* nota 4.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97.

Nuestro ordenamiento jurídico puede regular de manera diversa a los nacionales y extranjeros atendiendo a una determinada política migratoria, siempre y cuando no se violen sus derechos humanos. Este mismo sentido debe atribuirse al artículo 1o. constitucional, por cuanto obliga a las autoridades a respetar los derechos humanos de toda persona, aunque ciertos derechos pueden limitarse a los extranjeros cuando dichas limitaciones no sean arbitrarias y sean necesarias para mantener el orden público.

3. Legal estancia y justicia penal

En el ámbito de la justicia penal, se observa que los migrantes en situación irregular suelen renunciar a su derecho de denunciar la comisión de un delito, por temor de que el Ministerio Público lo detenga y entregue a las autoridades migratorias. La anterior situación se ha mermado con la derogación de tipos penales que daban pie a la detención de los migrantes, ejemplo de esto el artículo 156 del Código Penal Federal que señalaba: "Al extranjero expulsado de la República que vuelva a ésta, se le impondrá de uno a dos años de prisión y se le expulsará después de hacer efectiva esta sanción".¹⁵

Asimismo, la LM en el artículo 66 establece que "...El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria".

De cualquier manera, el temor a la deportación persiste, de lo anterior, que son pocas las sentencias que aluden al derecho de acceso a la justicia penal de los migrantes en situación irregular, una de ellas es la siguiente:

DENUNCIA O QUERELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUESTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos distingue entre los nacionales y extranjeros, al señalar que todo individuo que se encuentra en territorio mexicano goza de las garantías que otorga la propia Constitución, con las limitaciones que en ella se establecen; por otro lado, el numeral 33 dispone que los extranjeros tienen derecho a las garantías que otorga en su Capítulo I, Título Primero, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el dispositivo 17, segundo párrafo, de la misma Ley Fundamental, en la cual señala que toda persona tiene el derecho a que se le administre justicia por

¹⁵ Artículo 156, Derogado, Código Penal Federal, publicado en DOF el 14 de agosto de 1931, última reforma publicada en DOF del 7 de junio de 2013.

tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. En consecuencia, todo extranjero que sufra una lesión en su esfera jurídica, se encuentra legitimado para denunciar o querellarse aun cuando en el caso de que no compruebe su legal estancia en el país.¹⁶

4. Legal estancia y acceso a la justicia laboral

En lo atinente al reclamo de los derechos laborales de los inmigrantes en situación irregular, cabe recordar que el ahora derogado artículo 74 de la LGP, disponía: "Nadie deberá dar ocupación a extranjeros que no comprueben previamente su legal estancia en el país y sin haber obtenido la autorización específica para prestar ese determinado servicio".¹⁷

La citada disposición vulneraba las garantías constitucionales contenidas en los artículos 5o. y 11 de la CPEUM y diversas disposiciones convencionales de los tratados suscritos por México. Dicha prohibición ya no se encuentra reproducida de en la Ley de Migración.

Desde el 2008, la evolución jurisprudencial ha sido en el sentido de reconocer los derechos laborales de los extranjeros sin atender a su situación migratoria, como ejemplo la siguiente sentencia:

TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. De lo dispuesto por los artículos 1, 18, 25, 35, y 54, párrafo 1, de la "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", la cual satisface los requisitos atinentes para ser considerada como tratado internacional, se desprende que los trabajadores extranjeros tienen los mismos derechos laborales que los nacionales, con independencia de que se trate de trabajadores documentados o en situación regular o indocumentados o en situación irregular; luego, como según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un tratado internacional se ubica jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, de ello se sigue que la situación irregular de esos

¹⁶ Tesis XX.2o.13 P, DENUNCIA O QUERELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIII, marzo 2001, p. 1740, Reg. IUS. 190190.

¹⁷ Artículo 74, Derogado, Ley General de Población, publicada en el DOF de 22 de diciembre de 1990.

trabajadores, no les impide acudir en demanda ante los tribunales correspondientes para reclamar prestaciones derivadas de la conclusión del trabajo, incluyendo el despido injustificado, toda vez que tal convenio les otorga el correspondiente derecho, sin que ello implique, en modo alguno, su regularización migratoria o la de sus familiares.¹⁸

En la tesis más reciente se señala expresamente el derecho de cualquier extranjero a desempeñar cualquier actividad lícita y gozar de los derechos laborales pudiendo acudir ante las autoridades correspondientes sin necesidad de acreditar su legal estancia en el país.

TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. De acuerdo con los artículos 1o. y 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las personas extranjeras gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, con independencia de su situación migratoria, de acuerdo con los artículos 1, 18, 25, 35, y 54, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los **Trabajadores** Migratorios y de sus Familiares, así como en la jurisprudencia 2a./J. 230/2007 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, página 221, de rubro: "**TRABAJADORES EXTRANJEROS. LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES FEDERALES O LOCALES PREVISTA EN EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN DE REQUERIRLOS PARA QUE ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS, NO ES EXIGIBLE A LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE**"; de esta forma, si un extranjero al igual que un nacional goza de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales, tiene el derecho a dedicarse a cualquier actividad lícita dentro del territorio nacional, con la garantía de no ser privado del producto de su trabajo,

¹⁸ Tesis III.1o.T.97 L, TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 2457, Reg. IUS. 168532.

salvo por resolución judicial, de acuerdo con el artículo 5o. constitucional y, por consiguiente, también goza de los derechos laborales previstos en el artículo 123, apartado A, de la propia Constitución Política, incluso, para el caso de suscitarse algún conflicto respecto de tales derechos, puede acceder a los órganos jurisdiccionales en materia de trabajo para exigir el respeto y cumplimiento de aquéllos, conforme al artículo 17 constitucional.¹⁹

5. Legal estancia y acceso a la jurisdicción civil

En lo atinente al ámbito civil a pesar de que el artículo 1o. de la CPEUM dispone que gozan, de las garantías todo individuo que se encuentra en territorio nacional, el derecho de acceso a la jurisdicción civil de los inmigrantes en situación irregular en México se encontraba obstaculizado con fundamento en el artículo 67 de la LGP que establecía la obligación de las autoridades de todos los niveles de gobierno, de los notarios públicos y de los corredores de comercio o cualquiera que substituya en sus funciones, de exigir a los extranjeros, como requisito previo a cualquier trámite ante ellos, que acreditaran su legal estancia en el país.²⁰

Dicha disposición era claramente violatoria de derechos humanos, por lo que en la nueva regulación contenida en la LM, se acotó la obligación impuesta a las autoridades, de la siguiente manera:

Artículo 65. Los extranjeros deberán acreditar su situación migratoria regular en el país, en los actos jurídicos en los que se requiera de la intervención de los notarios públicos, los que substituyan a éstos o hagan sus veces, en lo relativo a cuestiones inmobiliarias, y los corredores de comercio.

Esto resulta congruente con la tesis antes citada,²¹ en el sentido de permitir a cualquier migrante sin necesidad de acreditar su legal estancia en el país el acceso a la justicia no sólo civil, sino de cualquier tipo.

¹⁹ Tesis I.3o.T.248 L(9a.), TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4712, Reg. IUS. 160338.

²⁰ Artículo 67, Derogado, Ley General de Población, *op. cit.*

²¹ *Supra* nota 7.

II. Instrumentos internacionales obligatorios para México que regulan la libertad de circulación y residencia

El derecho de circular libremente y a elegir residencia en el territorio de México se encuentra regulado básicamente en las Declaraciones Universal (DUDH) y Americana (DADH),²² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³ (PIDCP), la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares,²⁴ Convención sobre los Derechos del Niño,²⁵ y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH).²⁶ La Declaración Universal reconoce el derecho de circular libremente a toda persona en cambio la Declaración Americana contempla como titular del derecho tan sólo al nacional.

²² AGNU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 271 A (III), 10 de diciembre de 1948. Art. 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 de su país." OEA, *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Resolución 2 de mayo de 1948. Art. 19 "Toda persona tiene derecho de fijar su residencia en el territorio de un Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". Ambos instrumentos obligan al Estado Mexicano por cuanto sus normas constituyen normas consuetudinarias obligatorias o normas de *ius cogens* (imperativas).

²³ AGNU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Art.12-1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2.- Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuándo éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral pública, o los derechos y las libertades de los terceros y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

²⁴ OEA, *Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares*. Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

²⁵ OEA, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre 1990. Ratificación de México, 21 de septiembre de 1990, publicada en el D.O.F. de 25 de enero de 1991. La Convención establece en su artículo 9, que los Estados Parte velarán para que "el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad" y el artículo 10 de manera clara se especifica: "De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o sus padres para entrar en un Estado Parte, o para salir de él a los efectos de reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expedita. Los Estados garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traiga consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".

²⁶ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Resolución B-32, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Art. 22-1. 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. 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar al mismo.

Por su parte, el PIDCP y la CADH hacen extensiva la libertad de tránsito y de residencia a toda persona que se halle legalmente en el territorio.

La diferencia principal entre los dos últimos instrumentos se centra en que la CADH permite limitar la libertad de circulación y residencia cuando lo exija el orden público o la prevención de actos delictivos, a determinadas zonas específicas. Cabe aclarar que la interpretación de dichas disposiciones por los órganos quasi-jurisdiccionales y jurisdiccionales internacionales en evidencia ha ido evolucionando para llegar a la conclusión de que el titular del derecho es toda persona.

1. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

a. Observación General No. 15

Estrechamente vinculado con el ejercicio de la libertad de circulación y residencia se encuentra el controvertido concepto de legal estancia en un país, concepto determinado por el derecho interno, en razón de que inmigrante en situación irregular, es el no nacional que carece de legal estancia en un país de conformidad con el derecho interno. El PIDCP no otorga a la persona, el derecho a ingresar a un Estado y a permanecer en él, la decisión sobre este punto corresponde a los Estados de conformidad con el derecho internacional público aunque la anterior determinación se encuentra sujeta a ciertos límites, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas precisó sobre este punto:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso respecto a cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean cuestiones de discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respecto de la vida en familia.²⁷

De esta forma, se reconoce que los indocumentados a pesar de carecer de legal estancia en un país, no se les puede privar de su derecho a la libertad, del acceso a la justicia, a un trato digno, no discriminatorio y respecto de su vida de familiar. En nuestro país una de las formas más comunes y reiteradas de vulnerar la libertad de circulación y residencia a uno de los

²⁷ Comité CCPR, Observación General No. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, CCPR 11/04/1986, 11 de abril de 1986, párr. 9.

grupos más vulnerables "los indocumentados" es precisamente mediante la detención en estaciones migratorias, por un tiempo indeterminado, sin gozar del derecho de acceso a la justicia en los términos que regulan los instrumentos internacionales y sin gozar en dichas estaciones de las condiciones necesarias para garantizar un trato digno para la persona.

b. Observación General No. 27

En primer lugar señala la Observación 27 que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional aunque es una materia que se ubica dentro del ámbito interno de regulación de los Estados, el ejercicio de dicha facultad se encuentra limitada al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Puntualiza que la situación de ilegalidad de un extranjero puede ser convalidada y si es así ya no puede ser considerada irregular, por tal motivo *"se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 del Pacto"*.²⁸

La Observación precisa que cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 del PIDCP debe ser cuidadosamente circunstanciado y los Estados en los Informes que rindan al Comité deben justificar esas diferencias de trato. Cualquier diferencia de trato es considerada sospechosa y la carga de la prueba recae sobre el Estado que la aplica. En el caso de los Estados federales, la obligación de garantizar los derechos de libre tránsito y circulación, abarca a todas las entidades federativas, con el propósito de que las personas puedan desplazarse por todo el territorio de los mismos y ejercer su derecho de libre circulación sin sufrir vulneraciones a sus derechos por actos de las autoridades federales o locales.

El Comité en su Observación detalla las conductas que las autoridades estatales realizan y que claramente se identificaban como contrarias al artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señala entre otras las siguientes:

- La negativa al solicitante de acceso a las autoridades competentes.
- El impedir el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer los derechos contenidos en el artículo 12 del Pacto.

²⁸ Comité CCPR, Observación General No. 27, *Artículo 12- La libertad de circulación*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 4.

- La exigencia de formularios especiales para obtener los documentos oficiales de solicitud de pasaporte.
- La exigencia de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- La exigencia de la descripción exacta del itinerario.
- La expedición de pasaportes condicionada al previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que se viajen juntos miembros de la familia.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de intimidación física, detención, pérdida de empleo o expulsión de los hijos de la escuela o universidad.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. Opinión Consultiva OC/16

La política gubernamental de criminalizar la migración irregular ocasiona diversas violaciones graves de los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular. Entre otras violaciones se les priva del derecho a la libertad, deniega el derecho de acceso a la justicia, reciben un trato indigno y discriminatorio y se les impide residir y circular en el territorio de un Estado. A estas violaciones graves de los derechos humanos se suma el hecho de la falta de notificación al Cónsul de su nacionalidad, funcionario que en caso de ser notificado en tiempo oportuno, aseguraría la debida asistencia legal y un traductor que asistiría al detenido o privado de la libertad.

En relación a la problemática antes mencionada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") mostró un carácter innovador y creativo de enorme importancia, al determinar que gozaba de competencia para responder la solicitud de Opinión Consultiva hecha por México y determinar que la materia objeto de la misma era materia

vinculada con los derechos humanos. Determinó la Corte IDH, que era competente para atender a la solicitud formulada por México, a pesar de que la Convención de Viena de Relaciones Consulares no constituye un tratado en materia de derechos humanos, en razón de que su artículo 36, contenía un derecho humano fundamental, del que deben gozar los extranjeros, cuyo cumplimiento efectivo se torna en indispensable para el caso de los inmigrantes en situación irregular, para asegurar su debido proceso legal en caso de detención o privación de la libertad.

La OC/16²⁹ fue solicitada en relación al derecho de información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Dicha opinión fue solicitada por México en razón de la pena de muerte impuesta judicialmente a mexicanos por gobierno de los Estados Unidos y no informar su detención al Cónsul de México.

En la consulta se plantearon 10 preguntas concernientes a la interpretación de la Convención de Viena de Relaciones Consulares, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La Corte, en el interés de la justicia reformuló la consulta, a efecto de interpretar la Convención Americana en lugar de la Carta y la Declaración. El procedimiento suscitó un interés sin precedente. Además de las observaciones de la Comisión, la Corte recibió escritos y escucho los argumentos orales de ocho naciones, incluyendo a Estados Unidos, 18 organismos no gubernamentales, académicos e individuos que participaron con *amicus curiae*.³⁰ En su opinión OC/16 la Corte puntualizó respecto del derecho a la asistencia consular que éste debe proveerse “sin dilación”, esto “...significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante autoridad”.³¹

La OC/16, establece con claridad que el extranjero goza del derecho fundamental de asistencia consular el cual le permite acceder a la justicia. La no observancia del derecho contemplado en el artículo 36 de la Convención de Viena de Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal del extranjero. A pesar de la existencia de la obligación de notificación consular previa o inmediata a la detención de los extranjeros, con dicha

²⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de noviembre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, No. 16.

³⁰ *Ibidem*, Transcripción de la audiencia pública de 12 y 13 de junio de 1998, pp. 58 y s.s.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra* nota 30.

Opinión se dimensiona la notificación consular en el ámbito de la protección de los derechos humanos en específico en relación al derecho fundamental de acceso a la justicia.³²

En caso de no cumplirse con la referida obligación además de generar la responsabilidad internacional, por el incumplimiento de la obligación convencional, en lo relativo a los derechos humanos en específico al derecho de circulación y residencia se vulnera el mismo por cuanto se priva de la libertad al inmigrante indocumentado sin otorgarle el derecho de acceso a la justicia. Cabe agregar, que el artículo 36, de la Convención de Viena de Relaciones Consulares y la OC/16, no distinguen entre inmigrantes regulares e irregulares por lo tanto la obligación del Estado, deberá cumplirse en igualdad de condiciones tanto si es un inmigrante regular o como un irregular.

b. Opinión Consultiva OC/18

A raíz de la vulneración del derecho de libre circulación y residencia de los mexicanos indocumentados en los Estados Unidos por recibir un trato discriminatorio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva, solicitada por México el 10 de mayo de 2002, que en su parte medular dispone:

El principio fundamental de igualdad y no discriminación forman parte del derecho internacional general, en cuanto tal es aplicable a todo Estado, independiente de que sea Parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive con particulares.³³

La importancia de la OC-18 constituye sin lugar a dudas, la determinación de que el principio fundamental de respeto al derecho de igualdad y no discriminación constituye una norma de *ius cogens*. Al realizar dicha determinación la referida norma se transforma en imperativa para todos los Estados de la Comunidad Internacional, con lo cual se obliga a los Estados a garantizar de manera efectiva los derechos humanos de los inmigrantes regulares y de los que

³² Véase: Cançado Trindade, Antônio A., "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999 of the Inter- American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", Madrid, Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, No. 18, 2007, pp. 292 y ss.

³³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, No. 18, párrs. 27-30.

se encuentran en una situación irregular, sin realizar distinción alguna, con lo que se amplía el estándar mínimo de derechos, al obligar a los Estados a garantizar a todos los extranjeros de manera efectiva el derecho de libre circulación y residencia sin recibir un trato discriminatorio. La violación de ese estándar presupone una violación grave en contra de los claros deberes de diligencia de las naciones.

3. Caso Vélez Loor Vs. Panamá

El Caso Vélez Loor se origina por la detención en Panamá del Sr. Tanquilino Vélez Loor de nacionalidad ecuatoriana, originada por su situación migratoria irregular, sin la posibilidad de ser oído, ejercer su derecho de defensa, ser torturado, así como recibir un trato inhumano desde el inicio de la privación de su libertad el 11 de noviembre de 2002 hasta su deportación a la República del Ecuador el 10 de septiembre de 2003.

En la Sentencia de la Corte IDH se precisa:

Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respeto a personas que no sean nacionales suyos, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

En este sentido, la Corte ha establecido que las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes esenciales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues "son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos" y sufren a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y "diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado" (con relación a los nacionales o residentes). Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva "una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado", y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades

estructurales). Del mismo modo, los perjuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad. Finalmente, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de migrantes quedan muchas veces en la impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan en ilusorios un efectivo acceso a la justicia.³⁴

Continúa la Sentencia:

Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan los estados deban respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.³⁵

La Jurisprudencia de la Corte IDH cubre así una laguna del derecho internacional general en lo referente a los migrantes en situación irregular, a partir de la misma los Estados se encuentran obligados, independiente de la legal estancia de los migrantes, a garantizar de manera efectiva, en condiciones de igualdad y no discriminación las normas internacionales en materia de derechos humanos. Como efecto colateral se limita la enorme discreción de los Estados en esta materia.

III. Conclusiones

1. Si bien se han llevado a cabo medidas de carácter legislativo y judicial, estas han resultado insuficientes, en México siguen siendo vulnerados los derechos de circulación y residencia de los migrantes en situación irregular, como se señaló desde el *Informe sobre la Detención Arbitraria en México* que calificó las detenciones realizadas a dichos migrantes, como arbitrarias y violatorias de sus derechos fundamentales.³⁶

³⁴ Corte IDH. *Vélez Loor vs Panamá*, *supra* nota 15, párrs. 97 y 98.

³⁵ *Ibidem*, párr. 100.

³⁶ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo Sobre la Detención Arbitraria Acerca de su Visita a México*, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

Precisamente, el Informe de monitoreo del año en curso, realizado en 2011 y 2012 por "Sin Fronteras"³⁷ en diversas estaciones migratorias en México, asevera que las reformas antes aludidas no sólo no han generado un cambio favorable, sino, una regresión en la protección de los derechos humanos y confirma la persistencia de dicha situación. Destacan las siguientes:

- La elevación a rango constitucional de la disposición de detención administrativa migratoria.
- Aumento de temporalidad de la detención administrativa migratoria a personas extranjeras desde 15 hasta 60 días hábiles. (en caso de interponer recurso de amparo o revisión el plazo se amplía hasta que se alcance sentencia definitiva).³⁸

Algunos de los datos obtenidos del monitoreo son los siguientes:

- Referente al debido proceso, en la actualidad no se tiene acceso a una representación legal.
- No se permite la libertad provisional bajo custodia a favor de persona física.
- Persisten los malos tratos, los migrantes en situación irregular son objeto de abusos, estafas, intimidación y uso indebido de fuerza.
- En la mayoría de los centros de detención no se les provee de las herramientas de información básica e indicación de los procedimientos para permanecer en el país legalmente. El inmigrante no es informado sobre las razones de su detención, no tiene acceso a un abogado defensor, un traductor cuando lo requiera y no se le comunica del derecho a la asistencia consular.
- Se priva de la libertad a niños, niñas y adolescentes y sus declaraciones son obtenidas sin la presencia de su representante legal o quien ejerza la patria potestad.
- En la mayoría de las estaciones migratorias la atención médica es precaria.³⁹

³⁷ Sin Fronteras, IAP, Informe "Ser Migrante no me hace ser delincuente" Monitoreo a las estaciones migratorias de Iztapalapa, Distrito Federal y Villahermosa y Tenosique, Tabasco, 2011-2012.

³⁸ Ibidem, pág 89.

³⁹ Ibidem, pág 89 y anexos.

Las detenciones realizadas a los migrantes en situación irregular son contrarias a las obligaciones adquiridas por el Gobierno de México de conformidad con los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Desgraciadamente las autoridades administrativas mexicanas involucradas en los asuntos migratorios, realizan sus actividades al margen de la legalidad y con absoluta impunidad, vulnerando el derecho contemplado en el artículo 11 constitucional y diversos derechos contemplados en los tratados en materias de derechos humanos ratificados por México, generando con su actuación la responsabilidad del Estado Mexicano, al incumplir diversas obligaciones internacionales que adquirió a raíz de la celebración de diversos instrumentos.

Atestigua la anterior afirmación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos⁴⁰ que desde 2004 detectó que en la detención y aseguramiento de las personas indocumentadas participan miembros de instituciones que no tienen competencia en asuntos migratorios, como los miembros del Ejército y Armada de México, cuestión también detectada en el Informe más reciente ya citado de "Sin Fronteras".⁴¹

Las autoridades que aseguran a los extranjeros decomisan o destruyen los documentos de viaje bajo el argumento de que portan visas falsas, a pesar de que éstas se otorgaron por la Embajada de México en su país. También les roban sus pocas pertenencias, los extorsionan o violan a las mujeres.⁴²

3. Como resultado de la Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita del 25 de julio al 2 de agosto de 2011, se manifestó la preocupación al respecto:

...Sin perjuicio de los avances señalados, la Relatoría expresa su profunda preocupación por la grave situación de seguridad que viven los migrantes, tanto extranjeros como mexicanos, en su tránsito por México... Durante su tránsito por territorio mexicano, los migrantes son víctimas de asesinatos, desapariciones, secuestros y violaciones sexuales. Asimismo, los migrantes extranjeros son víctimas de discri-

⁴⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Migración, Transición Democrática y Derechos Humanos-Fascículo 6, México, 2004, p. 33.

⁴¹ *Supra*, nota 37.

⁴² Comisión Nacional de Derechos Humanos, Migración, transición Democrática y Derechos Humanos-Fascículo 6, México, 2004, pp. 30,31 y 32.

minación...En general, las personas que brindaron estos testimonios a la CIDH indicaron que no han denunciado estas situaciones a las autoridades por temor a sufrir represalias de parte de la delincuencia organizada o de agentes estatales.

...En este sentido, la aprobación de la nueva Ley de Migración, si es reglamentada e implementada adecuadamente, podría constituir un primer paso hacia la resolución de algunos de estos problemas, pero también generará nuevos desafíos que sólo podrán ser resueltos a través de la coordinación internacional con otros Estados, especialmente los que están geográficamente cerca de México.⁴³

Algunas de las cuestiones pendientes de regular adecuadamente en la Ley de migración son las siguientes:

- Incorporación del principio de excepcionalidad en la detención a fin de evitar restringir el derecho a la libertad y a la libre circulación, mediante la aplicación de medidas alternativas menos lesivas. Volviendo a la detención la *última ratio*.
- No se hace referencia a solicitantes de asilo como personas que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad.
- No existe mecanismo eficaz de canalización de niños, niñas y adolescentes no acompañados al DIF. Cuando estén acompañados, se debería de prever mecanismo fuera de la estación migratoria en conjunto con sus familiares en aras de verdaderamente privilegiar la unidad familiar.⁴⁴

El análisis de la realidad contrastado con la legislación y la jurisprudencia demuestra que a los migrantes irregulares por carecer de legal estancia en el país siguen siendo el blanco perfecto para la delincuencia organizada y toda clase de malos tratos estando en situación de extrema vulnerabilidad.

⁴³ CIDH, *Relatoría sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Comunicado de Prensa de 2 de agosto de 2011. Disponible en: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/082.asp> >

⁴⁴ Sin Fronteras, IAP, *Informe "Ser Migrante no me hace ser delincuente" Monitoreo a las estaciones migratorias de Iztapalapa, Distrito Federal y Villahermosa y Tenosique, Tabasco, 2011-2012*, pp. 81-88.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Tesis III.3o.T.4K(10a.), EXTRANJEROS. SU DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA SE ENCUENTRA GARANTIZADO POR EL ESTADO MEXICANO, POR LO QUE ÉSTE DEBE PROVEER LAS MEDIDAS NECESARIAS E IDÓNEAS PARA PERMITIRLE SU EJERCICIO PLENO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México,
- Tesis 1a. CLXIX/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 530, Reg. IUS. 2003539.
- Tesis 1a. CLVIII/2013, DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. SU FUENTE Y JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XX, tomo 1, mayo 2013, p. 533, Reg. IUS. 2003542.
- Tesis XX.2o.13 P, DENUNCIA O QUERRELLA. LOS EXTRANJEROS SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, AUN CUANDO NO ACREDITEN SU LEGAL ESTANCIA EN EL PAÍS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIII, marzo 2001, p. 1740, Reg. IUS. 190190.
- Tesis III.1o.T.97 L, TRABAJADORES EXTRANJEROS. CON INDEPENDENCIA DE SU SITUACIÓN MIGRATORIA, TIENEN LOS MISMOS DERECHOS LABORALES Y DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL QUE LOS TRABAJADORES NACIONALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 2457, Reg. IUS. 168532.
- Tesis I.3o.T.248 L(9a.), TRABAJADORES EXTRANJEROS. TIENEN DERECHO A DEDICARSE A CUALQUIER ACTIVIDAD LÍCITA DENTRO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, Y A GOZAR DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE, EN CASO DE CONFLICTO, PUEDEN ACCEDER A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA LABORAL PARA EXIGIR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial*

de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro IV, enero de 2012, tomo 5, p. 4712, Reg. IUS. 160338.

2. Criterios internacionales

- Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de noviembre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, No. 16.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A, No. 18.

Propaganda religiosa:
comentario a la
jurisprudencia relativa al
Artículo 24 Constitucional

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL*

* Es Licenciado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, y Maestro en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Es profesor-investigador de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Todas las opiniones presentadas en este capítulo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan la posición institucional de la UIA.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Caso 1. Stephen Orla Searfoss*. III. *Caso 2. (Testigos de Jehová)*. IV. *Caso 3. Yurécuaro*. V. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Libertad de credo religioso; Libertad religiosa; Objeción de Conciencia; Libertad de expresión; Libertad de imprenta; Derecho Internacional de los Derechos Humanos Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I. Introducción

De la producción jurisprudencial todavía escasa relativa al artículo 24 constitucional y al examen de su contenido –posteriores a la reforma constitucional sobre materia religiosa de 1992– se han seleccionado las tres sentencias que consideramos de mayor relevancia para hacerlas objeto de nuestros comentarios, aclarando que, como se verá más adelante, sólo la primera se propone el análisis directo y sistemático del artículo 24 constitucional, esto es, sobre el derecho a la libertad religiosa que está contenido en él, las otras dos lo eluden por razones equívocas, una lo toca de manera tangencial, y la otra, lo ignora, por no darse cuenta siquiera de la naturaleza del problema que se plantea. Hemos de advertir que en esos tres casos se han abstraído solamente aquellos elementos o datos que consideramos absolutamente conducentes a nuestro fin, de tal manera que otros, aunque pudieran ser relevantes para las sentencias respectivas, no lo eran para nuestro propósito, los dejamos de lado.

II. Caso 1. Stephen Orla Searfoss¹

1. Antecedentes y consideraciones previas

En la Ciudad de Toluca, Estado de México, el día trece de febrero de dos mil seis, la autoridad municipal correspondiente impuso una multa al ciudadano Stephen Orla Searfoss como

¹ Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (20 de junio de 2013).

sanción por repartir papeles en la vía pública. Según consta en el expediente del caso, uno de los documentos repartidos era una octavilla en la que se invitaba a asistir a un concierto gratuito, el otro documento es un cuadernillo que contiene el Evangelio según San Juan. La autoridad municipal fundó la referida sanción en el artículo 123, fracción X del Bando municipal emitido por el Ayuntamiento de Toluca, el treinta de enero de dos mil seis, que dispone lo siguiente:

Artículo 123. Se impondrá multa de 1 a 50 días de salario mínimo a quien:

(...)

X. Sin permiso, pegue, cuelgue, distribuya o pinte propaganda de carácter comercial o de cualquier otro tipo en edificios públicos, portales, postes de alumbrado público, de la Comisión Federal de Electricidad, de la Compañía de Luz y Fuerza, de teléfonos, de semáforos; pisos, banquetas, guarniciones, camellones, puentes peatonales, pasos a desnivel, parques, jardines y demás bienes del dominio público federal, estatal o municipal.

El ciudadano mencionado promovió juicio de amparo ante el Juez de Distrito competente contra las autoridades y por los actos que señaló en su demanda, reclamando la inconstitucionalidad del artículo 123, fracción X, del referido Bando, argumentando que era violatoria desde la perspectiva de los derechos protegidos por los artículos 6, 7 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), relativos de la libertad de expresión, libertad de imprenta, derecho a la información y libertad de credo religioso. Previos los trámites correspondientes, el Juez dictó sentencia en la que negó el amparo respecto de las cuestiones de constitucionalidad alegadas.

En su sentencia, el Juez de Distrito considera que la multa que se le impuso al quejoso con fundamento en el artículo 123, fracción X del Bando Municipal referido, no conforma ninguna restricción al ejercicio de su libertad de expresión, ya que responde al hecho de que estuvo distribuyendo propaganda de carácter religioso en la vía pública sin contar con el permiso correspondiente, contra lo ordenado por dicho artículo. Asimismo, el Juez considera que el artículo reclamado tampoco viola la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 de la Constitución. Este derecho garantiza en su opinión la libre profesión de una creencia religiosa y la práctica de devociones o actos de culto en los templos o en los domicilios particulares existentes para ese propósito, de conformidad de las leyes vigentes. A su juicio el quejoso no estaba ejerciendo su derecho de libertad religiosa porque no se encontraba en los espacios destinados especialmente para ese fin. El juzgador concluye que "permitir el disfrute de este de-

recho en cualquier lugar, implicaría imponerle la obligación correlativa al Estado de proporcionarles a todos los individuos de determinado credo los elementos necesarios para el ejercicio del mismo, lo que contradiría la ideología de la Constitución Federal". El Juez fundamentó su sentencia en antiguas tesis interpretativas sobre libertad de expresión y libertad de imprenta, claramente inaplicables a este caso.

Inconforme con dicha resolución el quejoso interpuso recurso de revisión, que fue turnado al correspondiente Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. Los Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") el ejercicio de la facultad de atracción respecto de dicho recurso de revisión, y, en su momento, la Primera Sala de la SCJN resolvió ejercer dicha facultad de atracción, correspondiéndole al segundo de ellos ser el ministro ponente.

Debe hacerse notar en este punto el hecho de que la Suprema Corte haya decidido atraer un asunto en el que se ventilaba un problema de constitucionalidad, aparentemente de no especial importancia, por tratarse de una disposición de un simple reglamento administrativo. Sin embargo, la Sala se dio cuenta de la gran trascendencia del asunto en tanto se hallaba en juego un derecho humano de la mayor jerarquía axiológica, como lo es el derecho a la libertad religiosa, en sus dimensiones externas referentes a las libertades de expresión, de difusión, de imprenta y de información. Con evidente actitud de apertura y conciencia de responsabilidad como garante de los derechos fundamentales, la Suprema Corte aprovecho la oportunidad que se le presentaba para analizar el contenido del artículo 24 constitucional, con una visión nueva y una nueva sensibilidad para abordar sin prejuicios ni condicionamientos históricos el citado derecho de libertad religiosa. De este análisis riguroso configuraría la Sala dos tesis interpretativas –que no dudamos en calificar de históricas– y que estimamos que adelante serán la pauta a seguir para la solución de las cuestiones relacionadas con este derecho fundamental y un punto de partida para un ulterior desarrollo del mismo. En nuestro comentario hemos preferido hacerlo sobre la sentencia y no sólo sobre las tesis, porque nos parece que aquella contiene valiosos elementos conceptuales e interpretativos que no necesariamente están recogidos en éstas últimas, lo cual, por otra parte, es explicable por el carácter sintético y conciso de las tesis.

En su oportunidad, la Primera Sala dictó resolución en la que revoca la sentencia recurrida y ampara al quejoso en contra de la aplicación de la fracción X del artículo 123 del citado Bando, respecto de la parte del precepto que prevé la imposición de una multa a quien "distribuya [...] propaganda comercial o de cualquier otro tipo en bienes y espacios que pertenezcan al dominio público federal, estatal o municipal".

En la referida sentencia, como ya se anticipó arriba, se involucran las libertades de expresión e imprenta y el derecho a la información, que protegen los artículos 6 y 7, y la libertad de creencias religiosas y de culto, que tutela el artículo 24, los cuales son correlativos entre sí. Ahora bien, dado que el objeto central de nuestro comentario está orientado a este último derecho y su consiguiente interpretación que del referido dispositivo se hace en esta importante resolución de la Suprema Corte, vamos a considerar de manera primordial la parte de la sentencia que se refiere a él, sólo haciendo alusión a las otras en la medida en que lo consideremos de utilidad para la mejor comprensión de lo que nos compete.

Comencemos por precisar que las cuestiones que se propone resolver la Primera Sala son las siguientes: ¿es constitucional una norma municipal que exige solicitar permiso previo a las autoridades municipales para difundir o repartir documentos en la vía pública (en el caso, ya se dijo, una octavilla en la que se invita a un concierto de música y un cuadernillo que difunde el Evangelio según San Juan)? ¿Vulnera la norma municipal cuestionada las libertades de expresión e imprenta y/o la libertad religiosa, de modo que a dicha Sala le corresponda conceder el amparo de la justicia federal?

Con evidente acierto la sentencia pone de manifiesto el enlace entre el ejercicio de las libertades de expresión e imprenta, por un lado, y de la libertad religiosa, por otro. A las primeras las considera como indisociables de la segunda (con independencia, aunque no se explicitó en la sentencia, de que dichas libertades sean también inherentes al derecho a la libertad religiosa, considerado como un derecho autónomo). En efecto, la resolución de la Primera Sala consideró que "la actividad pacífica de difundir pensamientos y actividades, como la que el quejoso realizaba en las calles de la ciudad de Toluca, en ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos a expresarse libremente mediante la difusión de material impreso, y a vivir su experiencia religiosa y difundirla a los demás de forma pacífica, se ve suprimida por una norma reglamentaria municipal que le obliga a solicitar un 'permiso' previo a unas autoridades municipales a quienes la norma concede una total discreción para conceder o negarlo, con lo cual violenta los derechos y libertades contenidas en los artículos 6, 7, y 24 de nuestra Carta Magna".

Es decir, la emisión de una norma como la contenida en el citado Bando municipal, no constituye un medio constitucionalmente admisible porque, junto con medidas que podrían estar justificadas, incluye otras que no están a la vista de esos objetivos, erigiéndose en una previsión sobre-incluyente que impone condiciones injustificadas a la libre expresión y difusión de escritos, obstaculizando al mismo tiempo el ejercicio normal de la libertad religiosa. Por ello, la sentencia considera que una norma que establezca la exigencia de un permiso previo para que los ciudadanos puedan difundir mensajes y documentos sobre cualquier

materia, adolece de inviabilidad constitucional, porque se traduce en realidad en la permisión a la autoridad de que se trate para efectuar la censura previa, la cual está explícitamente prohibida por el artículo 7 de la Constitución. Lo anterior supondría invariablemente, a juicio de la Suprema Corte, "un desconocimiento de los términos en los que la Constitución consagra las libertades de expresión e imprenta y, para la categoría de casos en los que lo expresado tenga una dimensión religiosa, también de la libertad religiosa".

2. La libertad religiosa y sus diferentes facetas

Para reforzar el argumento de la Constitución, la Sala no tiene reservas en acudir y aplicar también la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"), que en su artículo 13 dispone, entre otras cosas, que la libertad de pensamiento y expresión, de que debe gozar toda persona, "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro elemento de su elección", y el cual, en su ejercicio, "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deban estar expresamente fijadas por la ley [...]".²

Es de observarse cómo desde el principio de su despliegue argumentativo la Sala va conformando el derecho a la libertad de expresión, en general, y a la libertad de expresión religiosa, en particular, desde una perspectiva nueva. Una faceta que aparecía desdibujada, si no es que desvirtuada, en nuestra hermenéutica constitucional, y que consiste en el hecho de que la libertad de expresión de las ideas religiosas protege, como dice la sentencia en cuestión, "no solamente el acto *estático* de expresar o comunicar lo que uno estime conveniente, sino la actividad consistente en *divulgar* lo expresado por cualquier medio y a las personas que uno desee". Y prosigue la sentencia: "Destacar este elemento es una operación casi redundante, pues el mismo está implícito en la propia idea de expresarse o comunicar, y es un factor sin el cual la libertad de expresión no podría cumplir las funciones anteriormente descritas".

Hace hincapié la sentencia en comento que en la Constitución, la misma consagración de la libertad de imprenta en un artículo separado (art. 7) de la libertad de expresión (art. 6) es un testimonio elocuente del carácter esencial de la difusión del mensaje. A este respecto, y en esta línea –hay que insistir en ello– de franca apertura a los derechos humanos, la sentencia

² OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978, art. 13.

trae a colación una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte Interamericana"), en la que se subraya la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión del mismo del siguiente modo:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado (art. 13 de la Convención), la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.³

Como se aprecia, la Suprema Corte en el caso presente ejerce un cierto control de convencionalidad al hacer referencia a la Convención Americana. Empero, no deja de llamar la atención que como una especie de justificación por el paso dado por la Sala en el sentido hacer alusión directa a la CADH, en una nota de pie de página de la sentencia, dice lo siguiente:

El hecho de que el objeto primario de nuestra decisión sea el análisis de la *constitucionalidad* de una norma del bando no hace impertinente las referencias al derecho internacional de los derechos humanos y en particular a las previsiones del Pacto de San José, que en este caso son no sólo compatibles sino complementarias de las previsiones constitucionales.

Es importante recordar que, conforme a las reformas sobre derechos humanos de 11 de junio de 2011, posterior a la sentencia lo cual le da mayor mérito a ésta, se estableció la obligación dirigida a "todas las autoridades en el ámbito de sus competencias" consistente en que: "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (artículo 1º, párrafos segundo y tercero).

Con gran acuciosidad la sentencia va analizando el contenido del artículo 24, de forma que va obteniendo todos los elementos para construir un concepto del derecho a la libertad religiosa, que se distancia de la interpretación tradicional de raigambre "privatista" y ya anacrónica, como la que siguió el Juez de Distrito, que le negó el amparo al quejoso.

³ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65.

A este respecto, y para captar con mayor nitidez las dos interpretaciones del artículo 24, y consecuentemente, las dos concepciones del derecho humano a la libertad religiosa, esto es, la del Juez de Distrito, por un lado, y la de la Suprema Corte, por el otro, conviene considerar ambas.

El Juez de Distrito considera que el referido derecho garantiza la libre profesión de una creencia religiosa y la práctica de devociones o actos de culto en los templos o en los domicilios particulares existentes para ese propósito, de acuerdo con las leyes vigentes, en consecuencia de lo cual la actividad por la que, con fundamento en el artículo del Bando impugnado fue sancionado el quejoso, "no se encuentra protegido por este derecho, dado que se trató de la distribución de propaganda religiosa en la vía pública", y en su opinión "el quejoso no estaba ejerciendo su derecho de libertad religiosa porque no se encontraba en los espacios destinados especialmente para ese fin". El juzgador concluye que "permitir el disfrute de este derecho en cualquier lugar, implicaría imponerle la obligación correlativa al Estado de proporcionarles a todos los individuos de determinado credo los elementos necesarios para el ejercicio del mismo, lo que contradiría (sic) la ideología de la Constitución Federal".

El anterior planteamiento, en nuestra opinión, pone en evidencia la falta de creatividad del juez y la inercia de citar como sustento de su argumentación diversas tesis aisladas, sin tomar en cuenta, por una parte, la moderna formulación que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), postulan respecto al derecho de libertad religiosa, y aun sin percatarse de que las tesis aisladas sobre libertad expresión y libertad de imprenta, que cita el juez en apoyo de su decisión, pertenecen a la quinta época de la Suprema Corte y, por tanto, son anteriores a las reformas constitucionales de 1992 en materia religiosa, que expandieron, así haya sido insuficientemente, la cobertura de este derecho.

La Suprema Corte, en contraste las anteriores ideas, señala en su sentencia que "el primer párrafo del artículo 24 constitucional consagra en sus términos nucleares la libertad religiosa." Atinadamente, en nuestra opinión, se usa el término de libertad religiosa, a pesar de que el citado dispositivo constitucional habla de creencia religiosa, es decir, hace intercambiables ambos términos, pero utilizando preferentemente el primero, lo cual tiene la ventaja de incorporar a nuestra terminología el vocablo más usual en DIDH. En general, se ha caracterizado al derecho a la libertad religiosa, como de mayor amplitud y con pluralidad de dimensiones, en tanto que el de la libertad de creencias religiosas, se le asigna una órbita más restringida, generalmente como la libertad de pensamiento y de culto religiosos, sin una verdadera proyección en lo social, que es como lo concebía el liberalismo del siglo XIX.

Considera la sentencia que "la libertad religiosa comprende la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere, libertad que también incluye la de cambiar de creencias religiosas". Y enseguida continúa en su análisis, de la siguiente manera:

El artículo 24 encierra, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa ('todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrade') como la dimensión externa de la misma ('y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley').

En puridad, continúa la sentencia, al utilizarse en la primera frase la palabra 'profesar' la norma encierra ya desde ese momento una referencia simultánea a la dimensión interna y a la externa, puesto que 'profesar' significa tanto 'creer o sentir algún afecto, inclinación o interés' como 'ejercer algo con inclinación voluntaria y continuación en ello', según el diccionario de la Real Academia Española, que viene a recoger en este punto un doble significado ampliamente entendido y difundido en el uso ordinario del vocablo.

Precisa la sentencia que:

"la dimensión o la faceta *interna* de la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica, y aunque es difícil de definir de un modo que sea general y a la vez útil, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino".

Solamente acotaríamos aquí que la expresión "libertad ideológica", resulta un tanto extraña en nuestra terminología constitucional usual y a la de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que utilizan las de libertad de pensamiento o de ideas. El vocablo libertad ideológica, que entendemos proviene del constitucionalismo español (art. 16.1 de la Constitución española: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto..."), consideramos que es un término anfibológico y, por tanto, de incierta utilidad emplearlo.

La sentencia advierte certeramente que la libertad religiosa "no significa, sin embargo, que nuestro texto constitucional proteja sólo el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas". Y prosigue:

Así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o.

Por nuestra parte, podríamos añadir, que el derecho de libertad religiosa en su faceta interna es una inmunidad de coacción, de tal manera que a nadie se le obligue a actuar contra su conciencia y a nadie se le impida a actuar conforme a ella, y esta inmunidad o protección corresponde con los mismo títulos legítimos a los creyentes de cualquier denominación religiosa como a los no creyentes, sean indiferentes, escépticos, agnósticos o ateos. Y la razón de esto es que el derecho a la libertad religiosa –como todos los derechos humanos– se fundan en la dignidad humana. Por consiguiente, el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona respecto de la verdad, sino en su misma naturaleza. Éste es el principio fundamental común reconocido doctrinalmente por el DIDH como por los tratados internacionales sobre la materia.

En su operación analítica la Sala señala que:

...desde muchas perspectivas puede considerarse que, en esta vertiente interna, la libertad religiosa es ilimitada, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad: su pensamiento.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que sería más adecuado utilizar el término *conciencia* en lugar de *pensamiento*, porque la conciencia es el arcano inviolable en donde la persona toma las decisiones de fondo que orientarán toda su vida, esto es, las opciones fundamentales que son inmunes a toda coacción externa. Sin embargo, añade la sentencia:

...es sabido que existen poderosos medios por los cuales el Estado y los particulares influyen y moldean de hecho las creencias de las personas, y aunque ello es, en cierta medida, un rasgo normal e implícito de la vida en sociedad, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados, el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible, no pueda descartarse que la citada dimensión interna de la libertad religiosa pueda ser sacada a colación en una determinada instancia de control de la constitucionalidad de normas y actos.

De la lectura del párrafo anterior se puede inferir, en nuestra opinión, que la sentencia está aludiendo implícitamente a la objeción de conciencia. Debe advertirse que la conciencia protegida es siempre la conciencia individual y no una determinada creencia religiosa o concepción ética. Nos parece que la sentencia apunta ya a considerar la objeción de conciencia como dimensión de la libertad religiosa y, por tanto, implicada en el artículo 24 de nuestra Constitución,⁴ que podría servir de base a ulteriores y necesarios desarrollos jurisprudenciales. Hay que decir que el legislador ya se adelantó a los jueces en el tema, como puede constatarse en las leyes de salud del Estado de Jalisco y del Distrito Federal, que contienen disposiciones explícitas y puntuales sobre la referida cuestión.

Empero, en donde la interpretación del artículo 24 constitucional realizada por la Suprema Corte, adquiere la mayor trascendencia y novedad, es en la relativa a la proyección externa de la libertad religiosa, que se distancia de los criterios anteriores que había venido sosteniendo en las escasas ocasiones en que había abordado dicha cuestión, como se puede apreciar en el siguiente párrafo:

En el contexto del presente asunto (como ya se ha dicho, repartir a la ciudadanía un documento que contiene un texto religioso, y una invitación a asistir a un concierto), en cualquier caso, nos interesa más la dimensión o proyección *externa* de la libertad religiosa. Esta proyección es múltiple, y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, o la libertad de enseñanza.

En forma contundente, la sentencia afirma la concatenación del derecho de libertad religiosa, con otros derechos y libertades inherentes a aquél, y de esta manera la Suprema Corte empieza a darle un nuevo contenido o, si se quiere, un desarrollo cualitativo, al citado precepto, para ponerlo en consonancia con los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos que ha suscrito México.

Lo anterior constituiría la primera tesis interpretativa que se desprende de la sentencia objeto de nuestros comentarios, y que en resumen consiste en sostener que el derecho a la libertad

⁴ A este respecto es importante señalar que la jurisprudencia española ha venido sentando el criterio de que el derecho a la libertad ideológica y religiosa consagrado en el artículo 16 de la Constitución de 1978 implica el derecho de objeción de conciencia. Sobre el particular, puede señalarse la sentencia del Tribunal Supremo que a continuación se transcribe en su parte relativa : "[...] puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español". La referida sentencia aparece reproducida en Andrés-Corsino Álvarez, *El Derecho Eclesiástico Español en la Jurisprudencia Postconstitucional 1978-1990*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 56.

religiosa consagrada en el artículo 24 constitucional, tiene diversas facetas, su proyección externa es múltiple y su ejercicio se conecta e incide con otras libertades como la de expresión, la de reunión y asociación, la de enseñanza, inherentes al derecho a la libertad religiosa. La Constitución menciona de manera específica solamente uno de las expresiones externas de esta libertad fundamental, que es la "libertad de culto", pero de ninguna manera debe entenderse que es la única dimensión externa –privada o pública, individual o colectiva– de este derecho fundamental. Para confirmar y aun precisar más esta interpretación, como se verá más adelante, la Corte analiza el tercer párrafo del citado dispositivo constitucional, para distinguir claramente la diferencia entre el acto de culto y el acto religioso de diversa índole.

3. Distinción entre la libertad religiosa y la libertad de culto

Enseguida la sentencia pasa a ocuparse a la libertad de culto (del lat., *cultus*, cultivado), que va a conformar la segunda tesis interpretativa. La libertad de culto es una de las dimensiones externas consustanciales a la libertad religiosa, como lo reconoce la sentencia los siguientes términos: "Una proyección típica y específica a la que la Constitución alude expresamente es la libertad de *culto*, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas".

Hay que señalar que la distinción entre la libertad religiosa y de culto –como la establece el art. 24 en comento– tiene una razón de ser preferentemente histórica. Hoy día, sin embargo, se entiende que la libertad religiosa incluye, entre sus manifestaciones más típicas, la libertad de culto y que no existe un verdadero reconocimiento de la libertad religiosa, si no se reconoce igualmente la libertad de culto. No puede considerarse, por tanto, dos derechos de contenido distinto, sino que la libertad de culto debe estimarse como un aspecto de la libertad religiosa.

He aquí el núcleo central de la tesis sustentada en la sentencia tocante a la libertad de culto:

La libertad religiosa tutelada por el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene una vertiente interna [...] y una vertiente externa a la que alude particularmente dicho precepto constitucional al establecer que 'todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley'. Así, la regla específica del párrafo tercero del citado artículo, según la cual los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos y los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria, se aplica a un subconjunto

muy preciso de manifestaciones externas de la libertad religiosa, pues por actos de culto público hay que entender no sólo los externos sino también los colectivos o grupales, y además pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. En efecto, no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de 'culto público', ya que, por ejemplo, llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, es símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente, de la persona que los lleva, y en esa medida son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público. Análogamente, el hecho de que varias personas lleven dichos símbolos conjuntamente no convierte a esa coincidencia en un acto de culto público, como tampoco lo serían otras expresiones o vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa u organizar una excursión privada a un lugar sagrado; sino que los actos de culto público son los específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y prácticas que las diferentes religiones reconocen como manifestaciones institucionalizadas o formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas preestablecidas por ellas.⁵

Como se desprende de dicha tesis, al mencionar expresamente el artículo 24 una sola faceta externa de la libertad religiosa, o sea, la libertad de culto público, de ninguna manera agota todas las proyecciones de este derecho, porque existen una multiplicidad de actos religiosos que públicamente se pueden realizar con toda libertad, sin que estén constreñidos a los templos.

4. Comentario final

En la sentencia, como se ha visto, se hace referencia a la libertad de conciencia, como un elemento implícito de la libertad religiosa, de tal manera que en su operación interpretativa del primer párrafo del artículo 24, la Sala dio por supuesta la existencia del ámbito inviolable de la conciencia, pero no consideró necesario desarrollar el concepto, por no estar explicitado en el texto del precepto en cita. Sin embargo, cabe señalar que en todas las anteriores interpretaciones –en los diversos niveles de la judicatura federal– el criterio que privó fue sumamente restrictivo, sometido a un determinismo histórico del liberalismo decimonónico, que resulta ya anacrónico en nuestros tiempos porque no se concilia con la nueva realidad

⁵ Tesis: 1a. LXI/2007 (9a.), LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, pág. 654. Reg. IUS. 173252

de una sociedad pluralista ni, sobre todo, con las exigencias ineludibles que imponen los derechos humanos, fundados en la dignidad del hombre. Si tradicionalmente se puso el acento más en la restricción que en la libertad, la sentencia en cita, por el contrario, lo pone en la libertad, sin dejar de reconocer las limitaciones, como las de cualquier derecho humano que se exterioriza en la sociedad, y sin poder entrar aquí en el análisis particular de ellas, se puede decir que este derecho debe ejercitarse dentro del orden público, que es el conjunto fundamental de normas, derechos y obligaciones, instituciones y procedimientos esenciales para el orden jurídico de la sociedad. No poco acierto constituye que la Sala haya utilizado en su análisis de la norma de referencia los principios hermenéuticos *pro personae* y *pro libertatis*, que no pueden ya ignorarse en tratándose de los derechos fundamentales.

III. Caso 2. (Testigos de Jehová)⁶

1. Antecedentes y comentario previo

El asunto se refiere a una contradicción de tesis cuya resolución compete a la Suprema Corte. De las resoluciones relacionadas se desprende que los Tribunales Colegiados Cuarto y Primero en Materia de Trabajo del Primer Circuito, partiendo de las condiciones generales de trabajo del personal de la Secretaría de Educación Pública, se han pronunciado en torno a un mismo tema, referente a si incurre en causa de cese el profesor que se abstiene de rendir honores a la bandera y entonar el himno nacional, llegando a conclusiones opuestas, pues el Cuarto Tribunal Colegiado sostiene que tales hechos sí constituyen faltas de probidad e incumplimiento a dichas condiciones generales de trabajo, mientras que el otro Tribunal Colegiado afirma que con tales disposiciones no se demuestra que sea obligación de un profesor rendir honores a la bandera nacional y entonar el himno nacional, ni que su omisión dé origen a su cese, con lo cual queda configurada la presente contradicción de tesis.

La Cuarta Sala de la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis a favor del Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito, considerando en síntesis, que:

...resulta evidente que el maestro, por su profesión y la calidad de trabajo que desempeña, está obligado a fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la bandera nacional y a entonar respetuosamente el himno nacional, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y

⁶ Ejecutoria: 4a./J. 41/94 (8a.), *Semanario Judicial de la Federación*, México, Octubre de 1994, Tomo XIV, p. 99. Registro IUS. 2140.

sociales que nos unen y nos identifican como nación. Por ello, el profesor que en los actos cívicos que está obligado a organizar o a participar en su centro de trabajo, se abstiene de rendir honores a la bandera y de entonar el himno nacional, incurre en las causas de cese previstas en el artículo 46, fracción V, incisos a) e i), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que con esa conducta incumple una obligación derivada de la ley y de las condiciones generales de trabajo que rigen su relación laboral, además de que no procede rectamente en las funciones que tiene encomendadas.

Como se aprecia, la litis consiste en resolver si el trabajador incurrió o no en falta de probidad, que se derivaría del incumplimiento de una obligación laboral y, en su caso, si procede o no la sanción correspondiente, el cese.

Según se infiere de sus respectivas sentencias, ninguno de los Tribunales Colegiados ni la Cuarta Sala, advirtieron en que en el fondo se trataba de una cuestión relativa a derechos humanos, en el caso, al derecho a la libertad religiosa. Tampoco el profesor cesado lo alegó en su demanda, pues su defensa la sustentó en otras razones, que para el caso son irrelevantes precisarlas, y su condición de Testigo de Jehová, no se manifestó sino como consecuencia de su "comparecencia" ante un funcionario de la Secretaría de Educación Pública que intervino en el trámite administrativo, y que en su parte conducente dice que el maestro (David Miranda Prado) declaró lo siguiente:

...es cierto que durante las ceremonias cívicas no me encuentro presente porque mi religión me lo prohíbe ya que pertenezco a los Testigos de Jehová [...] es cierto que no estuve con mis alumnos el día 30 de abril 'día del niño' porque mi religión me lo prohíbe ya que no podemos estar participando en los días festivos y celebraciones según mi religión [...] Y agrega el acta que "cuando fue interrogado por el funcionario que actúa, éste le preguntó que si pertenecía a los Testigos de Jehová, contestando el de la voz que < sí > y que si no hacía los honores a los símbolos patrios era por motivos de conciencia, que desea aclarar que respecta a los símbolos patrios pero que no les rinde adoración, lo que considera es distinto".

Es decir, se le sometió a un interrogatorio para obtener la confesión de que pertenecía a los Testigos de Jehová, y como consecuencia de su convicción religiosa, se abstuvo de participar en diversas ceremonias que tenían que ver con la rendición de honores a los símbolos patrios. Paradójicamente, lo que debiera de haber sido la causa del otorgamiento del amparo promovido contra la autoridad administrativa que había decretado su cese, sirvió de sustento para no otorgárselo. Y, además, quedó integrada la jurisprudencia aludida, a todas luces injusta. En nuestra opinión los juzgadores –cada uno en su momento– debieron haber inte-

grado en la litis la cuestión que involuntariamente puso de manifiesto el funcionario aludido, en el sentido de que la verdadera naturaleza del conflicto planteado era determinar si el profesor podría ser eximido del cumplimiento de la obligación de venerar a los símbolos nacionales en virtud de que su conciencia religiosa se lo impedía de manera imperativa. En ese caso lo procedente hubiera sido analizar el derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 24 constitucional y analizar si su despliegue da para proteger –nosotros consideramos que sí– el derecho de abstenerse por razones de creencias religiosas a realizar los actos que se han indicado arriba.

En realidad se trataba aquí de un típico caso de objeción de conciencia, que ni los jueces captaron ni se ha abordado en nuestra jurisprudencia, pero que es uno de los fenómenos más interesantes y complejos de nuestro tiempo, el cual tampoco se ha tratado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁷ La reflexión jurídica, que ha aportado un abundante material al tema en cuestión, coincide en considerar unánimemente que la objeción de conciencia es un elemento esencial al derecho a la libertad religiosa. En términos generales, se entiende que la objeción de conciencia es la negativa obedecer un mandato de autoridad, por considerar que de hacerlo se infringiría una lesión grave a la propia conciencia. Ahora bien, si la objeción de conciencia es consubstancial a la libertad religiosa, resultaría indiscutible que ella se encuentra implícita en el artículo 24 constitucional, y deberá declararlo así la jurisprudencia, a partir de la tesis interpretativa de dicho precepto en el caso *Stephen Orla Searfoss*.⁸

El derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 24 constitucional, implica necesariamente que los individuos que profesan una religión puedan actuar de acuerdo con lo que ordena el credo que profesan. De esta manera surge para el Estado la obligación de respetar, reconocer y garantizar el derecho de las personas creyentes para cumplir con lo prescrito por su religión, es decir, la libertad religiosa significa también que las personas puedan actuar en sociedad conforme a sus creencias religiosas. Aunque, el artículo 24 de nuestra Constitución no menciona expresamente la libertad de conciencia en materia religiosa, aunque sí de manera implícita, como lo ha inferido correctamente la sentencia en el caso mencionado en el párrafo anterior, de cualquier manera sí lo establecen los instrumentos internacionales, los que, deben aplicarse a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional sobre derechos humanos el 10 de junio de 2011), así el documento modélico de todos los de su espe-

⁷ La referida Corte dictó una sentencia el 5 de febrero de 2001, (Caso Olmedo Bustos y otros), relativa a la prohibición de las autoridades de Chile para exhibir la película "La Última Tentación de Cristo", que solamente de manera tangencial tocó el problema de la libertad de conciencia y religiosa, y mediante la cual, en sus puntos resolutive, entre otras cosas, declaró que el Estado violó la libertad de expresión y pensamiento consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la misma Convención.

⁸ Amparo en Revisión 1595/2006..., *supra* nota 1.

cie, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 18. "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión..."), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.1 "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión..."), la Convención Americana (art. 12.1 "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión..."), la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o las convicciones (art. 1.1 "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...").⁹

Adicionalmente en el caso que nos ocupa se pueden configurar violaciones, además de a la libertad religiosa y a la prohibición de no discriminación, al derecho al trabajo, que consagra el artículo 5o. constitucional, así como los artículos 2o. y 6o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales, y 6o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹⁰

Conviene traer a colación a este respecto la histórica opinión del juez Jackson de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, expresada en 1943, con motivo de la discusión en dicho Tribunal de la orden del Consejo de Educación del Estado de West Virginia en el sentido de que fuera obligatoria en todas las escuelas públicas la ceremonia de saludo a la bandera. Los niños que desobedecieran debían ser expulsados de la escuela, y podía procederse contra los padres por considerarse que los niños estaban "ilegalmente ausentes":

Aquí – expresó el juez Jackson – nos encontramos con una obligación impuesta a los estudiantes de declarar una creencia. No se trata simplemente de enseñarles el saludo a la bandera para informarles de lo que es o incluso lo que significa. De lo que se trata es de si el lento camino, fácilmente abandonado, para suscitar lealtades, constitucionalmente puede ser substituido por el atajo de un saludo, y un slogan obligatorio [...] Hay que observar también el saludo y la invocación a la bandera obligatoria requieren la afirmación de una creencia y de una actitud de espíritu. No está claro que la disposición se proponga hacer que los alumnos abandonen las convicciones contrarias que pudieran tener y se sometan en contra de su voluntad al ceremonial prescrito, o si sería aceptable que simularan

⁹ AGONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948, art. 18; AGONU. *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*. Resolución 36/55. 25 de noviembre de 1981, art. 1.1; AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 18; OEA. *Convención Americana...* *supra* nota 2.

¹⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, art. 5; AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, arts. 2 y 6; OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, art. 6.

conformidad con palabras sin convencimiento y con un gesto vacío de sentido [...] Para mantener el saludo obligatorio a la bandera tendríamos que decir que un 'Bill of rights' que garantiza el derecho del individuo a decir lo que piensa da al mismo tiempo a las autoridades públicas la posibilidad de obligarle a manifestar lo que no piensa [...] Aquellos que empiezan por eliminar coactivamente las discrepancias, pronto se encuentran exterminando a los discrepantes. La unificación obligatoria de opiniones no consigue sino la unanimidad del cementerio [...]. Y concluye así la intervención del juez Jackson: "Pero la libertad de discrepar no se limita a cosas de escasa importancia. Esa sería una mera sombra de libertad. La prueba fundamental es el derecho discrepar en cosas que alcanzan al corazón del orden existente."¹¹

Del análisis de dicha sentencia prescindiremos de todos los elementos que no sean relevantes para el objetivo propuesto, que es el de evidenciar la omisión de la Sala de no captar la verdadera índole del problema a resolver, el cual, más allá de determinar si se probó o no el incumplimiento de una obligación cívico-escolar por parte de un maestro perteneciente a la confesión religiosa Testigos de Jehová, consistía, a nuestro parecer, en un problema de ejercicio del derecho a la libertad religiosa y que, si bien es cierto, que no lo alegó clara y directamente el interesado, la Sala debió de haber suplido la deficiencia de la queja, en virtud de que: a) se trataba de un trabajador, b) estaba en juego un derecho humano fundamental que se había violado, y c) la propia autoridad responsable, o sea, la Secretaría de Educación Pública, se había encargado de acreditar en autos, aunque para favorecer su pretensión probatoria, la condición de testigo de Jehová del quejoso y ésta ser la causa por la que se abstenía de manera pasiva y respetuosa de rendir honores a la bandera y entonar el himno nacional.

IV. Caso 3. Yurécuaro¹²

1. Antecedentes del asunto

El mes de noviembre de 2007 se efectuaron elecciones en Yurécuaro, Michoacán, para elegir al ayuntamiento de ese municipio. El Consejo Municipal Electoral declaró la validez de las elecciones y otorgó la constancia de mayoría al PRI.

¹¹ Un resumen amplio de la intervención del juez Jackson puede verse en "El Derecho de Ser Hombre", Ediciones Sígueme, Salamanca, UNESCO, París y Colsubsidio, Bogotá, España, 1973, pp. 270 y ss.

¹² TEF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral. SUP-JRC-604/2007. Sentencia definitiva de 23 de diciembre de 2007. Disponible en: < <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2007/JRC/SUP-JRC-00604-2007.htm> > (19 de junio de 2013). Un resumen de la sentencia puede verse en Atienza Rodríguez, Manuel, "Reflexiones sobre tres sentencias del tribunal Electoral. Casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro", *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie: Comentarios a las sentencias del tribunal*, México, núm. 19, México, 2009, y la sentencia íntegra en el CD que viene anexo a la referida publicación.

Inconformes con los resultados de la elección, el PAN y la Coalición "Por un Michoacán Mejor", interpusieron sendos recursos de inconformidad, aduciendo que el candidato del PRI había utilizado en su campaña símbolos religiosos, así como expresiones y fundamentaciones de carácter religioso en la propaganda electoral, violando con ello la prohibición del artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán. Los medios de impugnación se radicarón ante el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, el cual dictó resolución declarando la nulidad de la elección. Inconforme con el fallo, el PRI interpuso demanda de juicio de revisión constitucional electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que resolvió confirmar la sentencia en el sentido de declarar la nulidad de la elección.

El referido Tribunal, fundó su sentencia en que de las probanzas existentes en autos, quedó demostrado que el candidato del Partido Revolucionario Institucional realizó propaganda electoral y proselitismo acompañado de símbolos religiosos; e incluso, en uno de sus discursos da las gracias a las instituciones religiosas que lo apoyaron; que en el artículo 130 de la Ley Fundamental, efectivamente como se resolvió en la sentencia reclamada, se recoge de manera absoluta el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, y que, como se desprende en ese dispositivo, es evidente que la razón y fin de la norma de referencia es regular las relaciones entre las iglesias y el estado, preservando su separación absoluta e intentando asegurar que, de ninguna manera, puedan contaminarse unas con otras.

Por ello, se argumenta en la sentencia, a través de este principio de la separación Iglesia-Estado, se garantiza que ninguna de las fuerzas políticas o sus candidatos puedan coaccionar moral o espiritualmente a ciudadano alguno a efecto de que se afilie o vote por ella, con lo cual se garantiza la libertad de conciencia de los ciudadanos participantes en el proceso electoral y se consigue mantener libre de elementos religiosos al proceso de renovación y elección de los órganos del Estado.

Lo anterior, sigue diciendo la sentencia, equivale a que lo dispuesto en el artículo 130 constitucional, justifica y sustenta el contenido de la fracción XIX del invocado artículo 35, conforme con las características y espíritu de la disposición constitucional en análisis, el cual a su vez atiende el mandato de Supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de la Ley Suprema. Sobre estas bases, la prohibición establecida en el artículo 35, fracción XIX, de la ley local es concordante con ese mandato constitucional, puesto que impide que en cuestiones relacionadas con el proceso electoral para la renovación de los órganos del poder público, se inmiscuyan cuestiones de carácter meramente religioso, contrariando

los principios consagrados en la Constitución federal. Lo anterior no contraviene lo dispuesto en el artículo 24 de la propia Constitución, que consagra la libertad religiosa, sólo que la misma está acotada para los partidos políticos y candidatos, para no crear inequidad en la contienda.

Independientemente del sentido de la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral, consideramos que es necesario fijarse en dos aspectos esenciales, en los que dicho juzgador sustentó su sentencia. El primero, cuando afirma que el referido artículo 35 del Código Electoral del Estado de Michoacán, que prohíbe utilizar símbolos religiosos, no contraviene la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 constitucional, ya que la misma, según dice, "está acotada para los partidos políticos y candidatos, para evitar la inequidad en la contienda". En realidad es errónea dicha aseveración porque ni expresa ni implícitamente se encuentran tales acotaciones en el referido precepto. Tampoco se encuentran en ninguno de los instrumentos internacionales sobre la materia; al contrario, en todos éstos, sin excepción, se establece una amplia libertad religiosa.

El otro aspecto de la sentencia de mérito, vinculado íntimamente al anterior, es el relativo a la interpretación que hace la Sala del "principio histórico de la separación de las iglesias y el Estado" inserto al principio del artículo 130 de la Constitución. En la sentencia se asevera que en dicho precepto se recoge de manera "absoluta" el principio histórico de la separación del estado y las iglesias, y que es "evidente" que la razón y fin de ello, como se desprende en ese dispositivo, es regular las relaciones entre las iglesias y el estado, preservando su separación "absoluta" e intentando asegurar que, de ninguna manera, puedan contaminarse unas con otras.

En primer lugar, hay que hacer notar, que el adjetivo "absoluto" no se encuentra incluido en la formulación del "principio histórico de la separación de las iglesias y el Estado" del artículo 130, sino que es una inferencia del juzgador, y que, en nuestra opinión, tampoco resulta "evidente", que la razón de esa separación obedezca a que no se contaminen las relaciones entre ambos y se garantice la libertad de conciencia de los ciudadanos.

Creemos que la jurisprudencia debe asumir plenamente la doctrina moderna del Estado constitucional democrático de Derecho que reconoce que el Estado y las iglesias, son, obviamente, organizaciones de naturaleza distinta, cada una con sus propios fines y con sus propios ámbitos de competencia, pero que afirma, al mismo tiempo, que esta separación de la entidad política y de la entidad religiosa, no significa ignorancia recíproca, ni que no deban entrar en relaciones entre sí. Al contrario, por su propia naturaleza el Estado y las iglesias deben cooperar conjuntamente para el bien de las personas. Por su constitución y por la diná-

mica de sus fines, están naturalmente ordenados para que operen, conjuntamente, en armonía. El elemento humano del Estado y el de las iglesias es el mismo. Si entran en conflicto ambas instituciones el daño es para las personas que las forman.

En las reformas de 1992 al artículo 130, entre otros, se emplea el término "separación", al que se le califica como "principio histórico". Esto es, algo que ha venido existiendo y que tiene carácter esencial en la conformación misma del Estado mexicano y, por ello mismo, el mencionado dispositivo lo confirma como el principio orientador de todas las normas sobre la materia y, por la misma razón, "las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley".

Ahora bien, en el nuevo contexto histórico y político, y conforme a las nuevas tendencias legislativas y jurisprudenciales –aunque en estas últimas apenas se empiezan a recoger– este principio debe conjugarse con el del derecho a la libertad religiosa, los cuales no son excluyentes sino complementarios. Sin embargo, hay que advertir que el primero –el de la "separación"– es consecuencia del segundo –el de la "libertad". Aunque el planteamiento de los redactores de las reformas citadas fue equívoco en su origen, por cuanto el acento lo pusieron en el efecto y no en la causa, al intérprete, al comentarista, le corresponde hacer evolucionar y subsanar el error de origen del planteamiento e invertir –sin excluir– el orden jerárquico de dichos principios. En otros términos, el criterio supremo que debe orientar todas las cuestiones relativas a la regulación jurídica del fenómeno religioso debe ser el del derecho humano a la libertad religiosa.

Debe entenderse, por otra parte, que esto no menoscaba en forma alguna el principio de laicidad del Estado. Al contrario, la laicidad se actúa cuando existe el sereno y pacífico reconocimiento por parte del Estado de la decisiva y peculiar aportación social que supone el complejo de valores espirituales, éticos y culturales que genera el factor religioso en orden al bien común de toda la sociedad. Como resultado de esa maduración del Estado sobre su propia identidad y naturaleza, entiende que la laicidad no es una definición religiosa del Estado, ni una actitud de defensa de su soberanía ante la antigua unión entre el trono y el altar, ni el método decimonónico de obtener la separación Iglesia-Estado.

Si esto es así, si el Estado mismo tiene a su cargo la eficaz tutela del derecho fundamental de libertad religiosa, en los términos y con las dimensiones sociales, consagrados en los instrumentos internacionales sobre la materia, entonces parecería que la sentencia –al margen de que hubiera declarado la nulidad de la elección– no interpreta adecuadamente el artículo 130 constitucional a la luz del nuevo concepto de laicidad (que comúnmente se denomina laicidad abierta), y por ende, de Estado laico, sino más bien sigue las pautas ideológicas de la laicidad decimonónica que pretendía que la separación de ambas entidades –la Iglesia

y el Estado— corrieran como dos líneas paralelas que nunca tuvieran puntos de contacto, es decir, una separación de carácter "absoluto", como lo señala la sentencia, la cual considera, además, que con ello se garantiza que la actividad política no se "contamine" con elementos de carácter religioso.

Sobre este punto, el prestigiado jurista español Manuel Atienza (quien repudia el término de laicidad abierta y reivindica el de laicidad negativa), en su análisis de la misma sentencia, y partiendo de un concepto de laicidad distinto al que nosotros proponemos, señala que:

...la sentencia interpreta el artículo 130 de la Constitución mexicana en el sentido de que lo que ahí se defiende es una separación 'absoluta' entre la Iglesia y el Estado.

Pues bien, continúa Atienza, si 'absoluta' se entiende en el sentido de que el Estado debe ser neutral y que las Iglesias no deben gozar de privilegios (deben sujetarse a la ley), no hay, en mi opinión, nada que objetar". "Pero lo que no parece aceptable, continúa el citado actor, es que por 'absoluta' se entienda que las Iglesias (y, en particular, la Iglesia Católica) no puedan defender (como el resto de la gente, organizada en agrupaciones o individualmente) las doctrinas que tengan a bien en relación con cuestiones como el divorcio, el aborto, la homosexualidad, la eutanasia, etc., estrechamente ligadas a su credo religioso y que tienen un claro significado político, de manera que poseen la capacidad de influir en las preferencias electorales de los ciudadanos.

Y añade el mismo autor:

Por supuesto, nadie tiene por qué seguir esas doctrinas y, en mi opinión, está bastante justificado combatir las opiniones que al respecto mantiene la Iglesia Católica. Pero lo que no se ve es que haya que prohibirles difundirlas o, por así decirlo, "hacer política".¹³

Para evitar que se le pudiera atribuir alguna tendencia religiosa, antes de iniciar sus comentarios, Atienza hace una especie de "declaración ideológica". "Con el propósito de aclarar que

¹³ Atienza Rodríguez, Manuel, *supra* nota 12, p. 54.

lo que me mueve a criticar la decisión del tribunal no es ningún tipo de inclinación religiosa. No soy creyente, ni tampoco agnóstico. Soy ateo".¹⁴

Por último, conviene advertir, en cuanto la argumentación de la sentencia en cuestión, en el sentido de que la razón para prohibir el uso de símbolos religiosos tiene como fin que el elector participe en política de manera racional y libre, en el fondo implica una desconfianza en el discernimiento y madurez de la gente para emitir su voto en forma consciente, es decir, se trataría de un paternalismo ejercido por Estado.

En este mismo orden de ideas es pertinente referirnos a los comentarios de Manuel Atienza, quien considera que en la sentencia

...se incurre en cierta contradicción cuando al mismo tiempo que se predica 'la neutralidad, la imparcialidad y la no valoración positiva o negativa de lo religioso en cuanto tal', se afirma también – prosigue el mencionado comentarista – que la razón para prohibir el uso de símbolos religiosos es 'que el elector participe en política de manera racional y libre...y no atendiendo a cuestiones subjetivas y dogmáticas, como son los símbolos religiosos'.

Podría pensarse – continúa – que hay una forma de interpretar los dos conjuntos de afirmaciones anteriores de manera coherente: reconociendo que el estado (a través de una serie de normas jurídicas) debe actuar en forma paternalista, esto es, debe proteger a la gente contra ella misma, contra la tendencia a no votar *de manera consciente y razonada*, precisamente por influencia de la religión (de los símbolos religiosos)".

Pero reconocer esto, concluye Atienza, supone reconocer que el estado no es neutral: paternalismo y neutralidad parecen conceptos verdaderamente antitéticos.¹⁵

V. Conclusiones

De la todavía escasa jurisprudencia relativa al artículo 24 constitucional, posterior a la reforma constitucional de 1992 en materia de libertad religiosa, se han seleccionado las tres sentencias que consideramos de mayor relevancia para hacerlas objeto de nuestros comentarios, de las cuales sólo la primera se propone el análisis directo y metódico del artículo 24

¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵ *Ibidem*.

constitucional (caso Stephen Orla Searfoss) , esto es, sobre el derecho a la libertad religiosa que está contenido en él, las otras dos lo eluden por razones equívocas, una lo toca de manera tangencial y la otra, lo ignora, por no darse cuenta siquiera de la naturaleza del problema que se plantea.

El caso Stephen Orla Searfoss reviste una singular trascendencia porque por primera vez la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza una operación analítica rigurosa y sistemática del contenido del artículo 24 constitucional, sin prejuicios ni condicionamientos históricos y bajo una nueva perspectiva que corresponde a la concepción moderna del derecho humano a la libertad religiosa, que supera al muy restrictivo y ya inadmisibles criterio de la jurisprudencia histórica, que inercialmente se venía sosteniendo en gran medida en las tesis jurisprudenciales.

De la sentencia del referido caso se desprendieron dos tesis interpretativas, la primera de las cuales en resumen consiste en sostener que el derecho a la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 constitucional, tiene diversas facetas, su proyección externa es múltiple y su ejercicio se conecta e incide con otras libertades como la de expresión, la de reunión y asociación, y la de enseñanza, inherentes al derecho a la libertad religiosa. Se precisa en dicha tesis que aun cuando el precepto constitucional de referencia menciona de manera específica solamente una de las expresiones externas de esta libertad fundamental, que es la "libertad de culto", de ninguna manera debe entenderse que es la única dimensión externa –privada o pública, individual o colectiva– de este derecho fundamental. Para confirmar y aun precisar más esta interpretación, como se verá enseguida en la exposición de la segunda tesis, la Corte analiza el tercer párrafo del citado dispositivo constitucional, para distinguir claramente la diferencia entre el acto religioso de culto público y el acto religioso de diversa índole.

En efecto, el núcleo central de la segunda tesis sustentada por la Corte consiste en considerar que la libertad religiosa tutelada por el citado artículo 24 constitucional tiene una vertiente interna y una vertiente externa, a esta última alude dicho precepto al establecer que la libertad de actos religiosos de culto público, los cuales se celebrarán ordinariamente en los templos. Ahora bien, esta norma no debe interpretarse en forma restrictiva, sino que debe de aplicarse a un subconjunto muy preciso de manifestaciones externas de la libertad religiosa, pues por actos de culto público hay que entender no sólo los externos sino también los colectivos o grupales, y demás pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. En efecto, no todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de 'culto público', ya que, por ejemplo, varias personas se pongan de acuerdo para ostentar símbolos de su filiación religiosa, son una manifestación externa de la libertad religiosa, pero no constituyen actos de culto público. Análogamente, tampoco lo serían otras expresiones o

vivencias colectivas de ciertas creencias religiosas, como fundar una escuela privada con orientación religiosa, pero todos ellos caen dentro de la esfera de la libertad religiosa.

El caso de los Testigos de Jehová, que denominamos de esa forma por ser casi exclusivamente los miembros de dicha confesión religiosa los que están involucrados en este y en otros casos similares, la sentencia referida, revela un desconocimiento del contenido y las proyecciones de la libertad religiosa, que no sólo se reduce al culto religioso y a determinadas manifestaciones de las creencias religiosas, sino que abarca la integralidad del hombre y, consecuentemente, la profesión plena de sus convicciones religiosas, que pueden expresarse en ideas y actitudes, como la de no rendir culto a los símbolos patrios por razones religiosas, y que pueden parecer inadmisibles a la mentalidad y a la sensibilidad de la mayor parte de la población, por considerar equívocamente que las mismas son denotativas de falta de patriotismo y de amor al País.

El referido caso es relevante, por razones negativas, toda vez que la sentencia analizada es omisiva, en cuanto reduce el problema planteado a una cuestión de carácter administrativo y laboral de incumplimiento de la obligación de los profesores –sin distinción de creencias– a saludar a la bandera y a cantar el himno los días lunes y en las celebraciones cívicas de la escuela de que se trate y, como consecuencia de la cual, procedería la sanción consistente en el despido del maestro incumplidor de la norma, a quien la Suprema Corte de Justicia de la Nación le negó el amparo solicitado. A la Corte le pasó inadvertido que en realidad se trata de un problema de ejercicio de la libertad religiosa y, específicamente, de sus dimensiones inherentes, como es la objeción de conciencia, que no ha sido tratada en absoluto por nuestros tribunales federales, y que debe entenderse como la negativa a obedecer una orden de una autoridad por considerar que de hacerlo se lesionaría de forma grave la propia conciencia.

El caso Yurécuaro, se refiere a la sentencia pronunciada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en virtud de la cual se declara nula la elección para elegir autoridades municipales en ese municipio de Michoacán, en diciembre de 2007, fundándose en que el PRI había utilizado símbolos religiosos durante la campaña, violando con ello la prohibición contenida en el artículo 35 del Código Electoral de esa entidad federativa.

Independientemente del sentido de la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral, consideramos que el caso es relevante en la argumentación del Tribunal se hicieron interpretaciones de los artículos 24 y 130 de nuestra Constitución, que consideramos erróneas, por lo menos parcialmente, Respecto del artículo 24 por que se le atribuyó que establecía "acotaciones" para que no se usaran símbolos religiosos en las campañas, y en cuanto al artículo

130, porque se infirió de su texto que la separación del Estado y la Iglesia, debía ser de carácter "absoluto" para que no se contaminaran entre sí.

Asimismo, nos permitimos plantear nuestra propuesta en el sentido de que la jurisprudencia debe asumir plenamente la doctrina moderna del Estado constitucional democrático de Derecho que reconoce que el Estado y las iglesias, son, obviamente, organizaciones de naturaleza distinta, cada una con su propios fines y con sus propios ámbitos de competencia, pero que afirma, al mismo tiempo, que esta separación de la entidad política y de la entidad religiosa, no significa ignorancia recíproca, ni que no deban entrar en relaciones entre sí. Al contrario, por su propia naturaleza el Estado y las iglesias deben cooperar conjuntamente para el bien de las personas. Por su constitución y por la dinámica de sus fines, están naturalmente ordenados para que operen, conjuntamente, en armonía. El elemento humano del Estado y el de las iglesias es el mismo. Si entran en conflicto ambas instituciones el daño es para las personas que las forman.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: 4a./J. 41/94 (8a.), *Semanario Judicial de la Federación*, México, Octubre de 1994, Tomo XIV, p. 99. Registro IUS. 2140.
- Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia definitiva 29 de noviembre de 2006. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>> (20 de junio de 2013).
- TEF. Juicio de Revisión Constitucional Electoral. SUP-JRC-604/2007. Sentencia definitiva de 23 de diciembre de 2007. Disponible en: <<http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2007/JRC/SUP-JRC-00604-2007.htm>> (19 de junio de 2013).
- Tesis: 1a. LXI/2007 (9a.), LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, pág. 654. Reg. IUS. 173252.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Los derechos político
electorales establecidos en
el Artículo 35 Constitucional
y su interpretación por el
Poder Judicial de la
Federación

Iván CASTILLO ESTRADA*

* Agradezco las observaciones y el tiempo que se tomaron en leer este comentario a Joel Reyes Martínez, Arianne León Rivera, Sergio Amaro Cervantes y, de manera especial, a Fernando España García.

SUMARIO: I. *Derechos de participación política*. II *Discontinuidad discursiva*. III. *Derechos político electorales*. IV. *Suspensión de derechos político electorales*. V. *Requisitos para el ejercicio de los derechos políticos electorales*. V. *Conclusión*

PALABRAS CLAVE: Democracia; Derechos político-electorales; sistema de medios de impugnación en materia electoral; Derecho de asociación política; Derecho de réplica, libertad de expresión e información en materia electoral; Cargos de elección popular; Medios de impugnación.

I. Derechos de participación política

En la actualidad podemos afirmar que la democracia es la única forma de gobierno que permite el desarrollo de los derechos fundamentales. La base de esa idea consiste en que sólo en un régimen en el cual los ciudadanos sean quienes adopten las decisiones rectoras de la vida en sociedad, a partir de la libre e igual participación, permite garantizar el respeto de todas las formas de vida y de los derechos de cada uno de los miembros de la colectividad.

En ese sentido, la democracia puede ser entendida como un procedimiento, el cual tiene por objeto "*reducir las muchas voluntades individuales a una única voluntad colectiva de manera que no solamente las primeras identifiquen a la segunda como una voluntad no extraña a ellas, no impuesta, sino que también la voluntad colectiva o general surja de las voluntades individuales como de sus fuentes originarias*".¹ Desde esta perspectiva, la participación de los ciudadanos en el juego democrático permite dotar a las decisiones adoptadas, aunque no sean compartidas, como legítimas, pues todos estuvieron en aptitud de participar en la deliberación y elección.

¹ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 29.

Sin embargo, siguiendo a Norberto Bobbio,² no bastan las reglas procedimentales para afirmar que se vive en una democracia, sino que es indispensable la existencia de diversas condiciones, entre las cuales destaca la necesidad de que los ciudadanos tengan opciones reales para elegir o decidir entre alguna de ellas, para lo cual deben estar garantizados los derechos *inviolables* del individuo.

Al referirse a la calidad de una democracia y a su avance, Bobbio señala que no debe responderse a la pregunta ¿cuántos votan? sino ¿dónde votan?, en alusión a los espacios en que la ciudadanía participa en la toma de decisiones que la involucren. Mientras más espacios de deliberación mayor será el grado de democracia.

Así, una democracia real y sólida será aquella que garantice no sólo el derecho de votar, sino sobre todo, la que permita la mayor participación posible de todas las personas en los espacios públicos de toma de decisiones que afecten en cualquier medida su vida.

En este sentido, los derechos político electorales (en adelante DPE) deben ser entendidos como instrumentos del derecho de participación política, con un componente individual y uno social, cuyo objetivo final es la adopción de las decisiones más legítimas e incluyentes.³

II. Discontinuidad discursiva

La pretensión de este trabajo colectivo, comentar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) a partir de la jurisprudencia *integrada* de los órganos jurisdiccionales con competencia constitucional y convencional, para conocer el tamaño o dimensión actual de los derechos es, sin duda, un trabajo no sólo interesante, sino indispensable en nuestro sistema jurídico, máxime si se considera el nuevo marco constitucional que tenemos a partir de la reforma al artículo 1o.⁴ y la muy comentada sentencia del expediente Varios 912/2011, conocida como caso Radilla.⁵

² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 214.

³ Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127, párr. 197.

⁴ Reforma publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁵ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.

También vale la pena comentar que, el gravísimo caso de desaparición forzada del que fue objeto Rosendo Radilla ha sido relegado a un segundo plano, pues el comentario generalizado sobre esa resolución es respecto de las implicaciones en la reconfiguración del sistema jurídico a partir de las consideraciones expuestas por la SCJN.

Lograr ese objetivo parece cosa sencilla, si se parte de la base de que las cosas deben funcionar así: se reconoce la existencia de un derecho fundamental, se hace explícito a través del lenguaje, ese lenguaje se inviste de norma del más alto rango jerárquico, se establecen las garantías para su defensa, y a partir de ahí, ese derecho se expande a través del contenido incorporado mediante las sentencias en donde se ve implicado.

En esas condiciones, *pensar* los DPE no debe representar mayores dificultades, porque el alcance exacto de las palabras utilizadas para su reconocimiento y su despliegue en el mundo deóntico debe conocerse siguiendo las líneas jurisprudenciales trazadas desde su incorporación y hasta el momento de realizar esa métrica.

No obstante, todo se complica debido a la forma en la que se estudia y aplica el derecho en nuestro país, en donde ni los estudiantes ni los operadores jurídicos tenemos la cultura de analizar el contenido de los derechos fundamentales a través de las líneas jurisprudenciales, y la razón es sencilla: esas líneas simplemente no existen.

Ciertamente, la mayoría de las veces, en las escuelas de derecho se enseña que, para saber cuál es la verdadera dimensión de los derechos debe acudir a la ley o, en el mejor de los casos, a las tesis emitidas por los órganos facultados para emitir jurisprudencia obligatoria. Raramente se acude a los tratados internacionales que son obligatorios para los órganos del Estado y, mucho menos, a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte").

Además, en las pocas ocasiones en que los jueces invocan el derecho previsto en los instrumentos internacionales o se utilizan los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace sólo como referencia para apoyar la decisión asumida con el marco jurídico previsto en las leyes, o bien, se cita por igual derecho comparado de forma totalmente asistemática sin explicar las razones por las cuales se acude a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de tal o cual país.

La situación se complica cuando se trata de dimensionar a los DPE porque, además de las razones indicadas, en ocasiones la SCJN y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante TEPJF) tienen *opiniones* encontradas sobre el contenido de los derechos, y al ser ambos órganos terminales con competencia para emitir criterios obligato-

rios para los demás órganos,⁶ generan un estado de incertidumbre sobre la interpretación que debe darse a esos derechos.

Por último, también debe destacarse que, tristemente, a partir de la aplicación de criterios supuestamente amparados en la teoría del garantismo jurídico, el TEPJF ha generado confusión y falta de seguridad jurídica ante los criterios cambiantes que asume en la resolución de los conflictos que se le presentan.⁷

En esa virtud, en este comentario muchas veces lo que se evidenciará es precisamente esa discontinuidad en el lenguaje de los derechos que se manifiesta en las variaciones de lo que, los órganos terminales, pomposamente, denominan Verdad Jurídica (así, con mayúsculas), por lo cual quizá no se alcance a plenitud el fin perseguido y, después de su lectura, probablemente existan más dudas sobre la dimensión actual de los DPE.

III. Derechos político electorales

1. Marco constitucional y convencional

El artículo 35 de la CPEUM establece los derechos de participación política de votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley, asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país y votar en las consultas populares.

Ahora bien, el núcleo esencial de esos derechos se conoce, en principio, a partir de la interpretación sistemática de la CPEUM, pues a partir de ella es posible dimensionar sus contenidos mínimos, pues diversas normas constitucionales los integran. Así, los artículos 41, 116 y 122, en lo que interesa, disponen que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, que el sufragio debe ser universal, libre, secreto y directo, y es derecho exclusivo de la ciudadanía formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos.

⁶ A diferencia de la jurisprudencia emitida por la SCJN y por los Tribunales Colegiados de Circuito, la emitida por el TEPJF, en términos de lo dispuesto por el artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, también es obligatoria para las autoridades administrativas.

⁷ Salazar, Pedro, et. alt. *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p.187 y Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (coords.), *Democracia sin garantes*, México, UNAM, 2009, p. 150.

De igual manera, a través del establecimiento de un sistema de medios de impugnación, previsto en los artículos 41 fracción VI, 60 y 99, se pretende asegurar la exigibilidad y respeto de esos derechos, pues se precisa que uno de los objetivos del establecimiento de esos mecanismos jurisdiccionales es, precisamente, garantizar la protección de los DPE de votar, de ser votado, de asociación y afiliación para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Para su ejercicio real, desde la CPEUM se prevé la existencia de organismos administrativos electorales, tanto federal como locales, dotados de autonomía y de facultades necesarias para garantizar la efectiva realización de esos derechos, a través de la organización de comicios, elaboración de documentación electoral, dotación de recursos a los partidos políticos, establecimiento de mecanismos de capacitación, etcétera, así como la obligación de las legislaturas de emitir normas para su correcto ejercicio.

En segundo lugar, su contenido mínimo se integra con la Convención Americana de Derechos Humanos⁸ (en adelante CADH), que establece,⁹ en su artículo 23.1, lo siguiente:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Asimismo, los artículos 1 y 25 de la CADH establecen el deber de los Estados de 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, así como de establecer un

⁸ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁹ En otros instrumentos internacionales también existe el reconocimiento de estos derechos, por ejemplo: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Carta Democrática Interamericana (artículo 28), y Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (artículos I, II y III).

recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la CPEUM, la ley o la CADH, así como de establecer las garantías para su eficacia.

Con base en ese marco jurídico constitucional y convencional es posible distinguir que los derechos de participación política en materia electoral son de votar, ser votado y asociación;¹⁰ su núcleo esencial se integra con los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas, de sufragio igual, libre, secreto, directo y universal, así como de libertad de asociación para formar partidos políticos y para afiliarse a ellos, además, como parte esencial de esos derechos, es la existencia de garantías judiciales¹¹ y administrativas para su defensa y ejercicio real.

La afirmación de que los anteriores elementos constituyen un *núcleo esencial* y en consecuencia, en un estado democrático debe respetarse, no es simplemente retórica, sino que su importancia radica en que, a partir de su reconocimiento, ese contenido mínimo se convierte en *coto vedado*,¹² es decir que, salvo en condiciones graves, la producción normativa tiene que dirigirse hacia la realización efectiva de esos elementos, y nunca en sentido de reducirlos. En ese sentido, deben destacarse tres aspectos que deben tomarse en cuenta en la regulación de esos derechos:

- **Deber de garantía.** El Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.¹³

La obligación anterior implica, en palabras de la Corte IDH

¹⁰ El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales prevé como derecho político electoral de los ciudadanos el derecho de observación en las elecciones (artículo 5, apartado 4).

¹¹ Como recuerda Robert Alexy "(la) justiciabilidad plena, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad." Alexy, Robert, *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 336.

¹² Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del coto vedado", *Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa* No. 6-1989, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_12.pdf.

¹³ Corte IDH. *Caso Yatama vs. ...*, *supra*, nota 4, párr. 195. El tema central de la controversia del presente caso fue sintetizado por la propia Corte IDH en el párrafo 214 de la resolución, en los siguientes términos: "la Ley Electoral No. 331 de 2000 sólo permite la participación en los procesos electorales a través de partidos políticos (*supra* párr. 124.20). Esta forma de organización no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Se ha probado que YATAMA logró obtener personalidad jurídica para participar como partido político en las elecciones municipales de noviembre de 2000, cumpliendo los requisitos correspondientes (*supra* párr. 124.28). Sin embargo, los testigos Brooklyn Rivera Bryan y Jorge Teytom Fredrick, y la perito María Dolores Álvarez Arzate, enfatizaron que el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica."

*que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.*¹⁴

Al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en ese caso, la Corte IDH consideró que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad.

Por lo anterior, se consideró que la restricción de participar a través de un partido político, que es una forma de organización ajena a los usos, costumbres y tradiciones, de las víctimas, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, se tradujo en una violación a la CADH.

En términos similares, el TEPJF ha establecido a través de su jurisprudencia que no basta el reconocimiento normativo de los derechos de las comunidades indígenas para elegir a sus autoridades conforme con sus derechos, sino que las autoridades electorales están obligadas a proveer lo necesario y razonable para que éstas elijan a sus dirigentes, a partir de la procuración de las condiciones que permitan llevar a cabo la celebración de los comicios.¹⁵

- **Prohibición de establecer restricciones indirectas.** De igual manera, en el caso Yatama, la Corte IDH estableció que la reglamentación de esos derechos o las decisiones dictadas en aplicación de la CADH en ningún caso deben convertirse un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o su ejercicio se vuelva nugatorio, de tal manera que se les prive de su contenido esencial.¹⁶

¹⁴ *Ibidem.*, párr. 201. En el caso, la Corte consideró que las víctimas se encontraban en una situación de debilidad, pues se trataba de personas pertenecientes a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad.

¹⁵ TEPJF. Tesis de Jurisprudencia 15/2008. COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTORIDAD ELECTORAL DEBE PROVEER LO NECESARIO PARA LLEVAR A CABO LAS ELECCIONES POR USOS Y COSTUMBRES (LEGISLACIÓN DE OAXACA), *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 2, No. 3, 2009.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Yatama vs. ...*, *supra*. nota 4 párr. 204.

En este orden, se consideró que, si bien el sistema de partidos políticos es esencial para el desarrollo de la democracia, la exigencia de participar a través de ellos en una contienda no debe ser absoluta, pues debe permitirse la participación de organizaciones diversas, cuando sea pertinente y necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación.¹⁷

- **Proporcionalidad de las limitaciones.** También la Corte estableció que en la reglamentación de esos derechos se deben observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad propios de una sociedad democrática, lo cual implica que las restricciones deben encontrarse en una ley, no ser discriminatorias, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que las torne necesarias para satisfacer un interés público imperativo, si existen varias opciones, deben ser las menos restrictivas y ser proporcionales con el objetivo perseguido.¹⁸

En relación con este tema, destaca que la Corte IDH enfatiza que, de acuerdo con el 23.2 de la CADH se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1) de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. Asimismo, consideró que en la reglamentación debe garantizarse la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo.

En síntesis, consideró que las condiciones permitidas para suspender o limitar esos derechos deben ser graves, explícitas, restrictivas y adecuarse a los principios de razonabilidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Como se aprecia, esos deberes en la regulación de los DPE son coincidentes con el concepto de coto vedado, pues, por un lado tienden a generar su expansión en la producción de las reglas para su ejercicio, y por el otro, aseguran que las restricciones o limitaciones a esos derechos deben ser extraordinarias y ajustarse a los parámetros permitidos en una democracia, sobre todo tomando en consideración la proporcionalidad en sentido amplio de las mismas.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 215 a 217.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 206.

El desarrollo jurisprudencial permite *medir la dureza* y tamaño de ese núcleo, es decir, verificar si a partir de los criterios interpretativos utilizados en la resolución de controversias o en el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de normas, la corteza se ha mantenido firme, sin intromisiones, y cuál es la dimensión de cada derecho: permanece igual, se ha expandido o se ha reducido.

Previamente a la realización de ese estudio, es necesario precisar dos aspectos que, en la actualidad, marcan las pautas para la aplicación de estos derechos fundamentales, pues a partir de ellos se puede conocer en mejor medida la fuerza vinculante de los precedentes:

- a. A partir de la resolución del expediente identificado como Varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla)¹⁹ la SCJN estableció que los puntos resolutivos y los criterios contenidos en resoluciones de la Corte IDH son obligatorios para todos los órganos jurisdiccionales del Estado, mientras que el resto de la jurisprudencia emitida por ese órgano tiene el carácter de *orientadora* en todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona, de conformidad con el artículo 1o. de la CPEUM.²⁰
- b. Al resolver la contradicción de criterios identificada con la clave 6/2008, la SCJN estimó que las consideraciones que el Tribunal Pleno realice en las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, dictadas en acciones de inconstitucionalidad, son obligatorias para el TEPJF.²¹

Si bien esos criterios no se comparten del todo, porque en ambos la SCJN parte de una interpretación tradicional, por no decir conservadora, en el sentido de remarcar posiciones jerárquicas a partir del *lugar* formal que, en su concepto, ocupa ese órgano dentro del sistema jurídico mexicano, deben ser considerados cuando se trata de conocer el *tamaño* del dere-

¹⁹ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010..., *supra* nota 6.

²⁰ Idem. "las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio... el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional..."

²¹ Tribunal Pleno de la SCJN, 6/2008, CONTRADICCIÓN DE TESIS de entre las sustentadas por la SSTE PJF y la Primera Sala de esta SCJN, al resolver, respectivamente, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 85/2007, y la contradicción de tesis 29/2007-PS, 26 de mayo de 2011. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23180&Clase=DetalleTesisEjecutorias> (1 de julio de 2013).

cho, pues son las pautas a las cuales deben ajustarse los órganos jurisdiccionales situados, formalmente, por debajo de la SCJN.

2. Contenido de los DPE

A continuación se destacarán los rasgos principales que integran a esos derechos, a partir del marco normativo señalado así como de la interpretación de la SCJN, el TEPJF y la Corte IDH.

a. Derecho a votar

Consiste en el derecho de la ciudadanía para participar en cualquiera de las votaciones públicas que se celebren para la toma de las decisiones políticas trascendentes, tales como elegir a los titulares del poder ejecutivo y a los miembros del legislativo, así como para participar en los mecanismos de democracia directa. En ese sentido, la Corte IDH ha considerado que entre las formas de participación política se encuentra la de *"influir en la formación política estatal a través de mecanismos de participación directa"*.²²

Para el ejercicio de este derecho político electoral se requieren como elementos indispensables, en términos de la legislación, contar con credencial para votar y estar inscrito en la lista nominal de electores; sin embargo, además de tales instrumentos, se requiere para su adecuado desarrollo, la realización de un conjunto de actos encomendados a la autoridad administrativa encargada de organizar las elecciones, que se llevan a cabo, ordinaria y generalmente, durante la etapa de preparación de la elección.

El control de la regularidad de esos últimos actos, conforme a la interpretación de la normatividad vigente, se encomendó a los partidos políticos a través del ejercicio de acciones tuitivas de intereses difusos,²³ y no a los ciudadanos, pues se tuvo en cuenta, principalmente, que la

²² Corte IDH, *Caso Yatama vs. . .*, *supra* nota 4. párr. 196.

²³ TEPJF. Tesis. S3ELJ 15/2000. PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES. La interpretación sistemática de las disposiciones de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en relación con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y especialmente los principios rectores en la materia electoral federal consignados medularmente en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hacen patente que los partidos políticos nacionales están facultados para deducir las acciones colectivas, de grupo o tuitivas de intereses difusos que sean necesarias para impugnar cualquier acto de la etapa de preparación de los procesos electorales, por las siguientes razones: Para la consecución de los valores de la democracia representativa, se requiere la elección de los gobernantes mediante el ejercicio del sufragio universal, libre, secreto y directo de la ciudadanía. Para hacer posible el ejercicio del derecho activo y pasivo del voto con esas calidades, se hace indispensable la organización de los procesos electorales, cuya primera etapa es, precisamente, la preparación de las condiciones necesarias para hacer realidad dicho objetivo. Si los actos preparatorios son de carácter instrumental respecto al ejercicio del derecho al sufragio que se lleva a cabo en la jornada electoral, es indudable que las

labor de los tribunales se vería rebasada y no podría resolver en tiempos razonables el cúmulo de impugnaciones que se pudieran presentar por cada ciudadano de manera individual.

Respecto a los mecanismos de democracia directa, como la consulta popular, la Sala Superior del TEPJF (en adelante SSTEPJF) ha considerado que sí pueden ser objeto de tutela jurisdiccional, al sostener que *"los instrumentos o procesos de democracia directa, como el plebiscito, quedan comprendidos dentro de la materia propiamente electoral, en la medida que constituyen modelos a través de los cuales el pueblo ejerce su soberanía en actos de gobierno, cuando los poderes públicos someten al voto de la ciudadanía una determinada propuesta o alternativa de acción pública para que la apruebe o rechace"*.²⁴

La reforma constitucional en materia indígena²⁵ tuvo importantes implicaciones en materia electoral, en especial en lo relativo al ejercicio del sufragio. En la fracción III del apartado A del

deficiencias, irregularidades o desviaciones de tales actos preparatorios, afectan el interés de cada uno de los ciudadanos que pueden votar en los comicios que posteriormente se deben celebrar. Sin embargo, la ley no confiere a los ciudadanos ninguna acción jurisdiccional para la defensa de ese interés, ni en forma individual ni en conjunto con otros ciudadanos, sino que sólo les otorga acción respecto de algunas violaciones directas al citado derecho político, y ni siquiera les permite invocar en estos casos como agravios las violaciones cometidas durante el proceso electoral, como causantes de la conculcación directa del derecho político, ya que tiene establecido que los actos preparatorios se convierten en definitivos e inimpugnables al término de esa etapa del proceso electoral. Las circunstancias apuntadas ubican a los intereses de los ciudadanos en los actos de preparación del proceso electoral en condición igual a los que la doctrina contemporánea y algunas leyes denominan intereses colectivos, de grupo o difusos, que tienen como características definitorias corresponder a todos y cada uno de los integrantes de comunidades de personas indeterminadas, comunidades que crecen y disminuyen constantemente, carecen de organización, de representación común y de unidad en sus acciones, y respecto de cuyos intereses colectivos, de grupo o difusos, se han venido diseñando acciones jurisdiccionales con el mismo nombre, pero dotadas de cualidades acordes con su finalidad y naturaleza, y por tanto, diferentes a las de las acciones tradicionales construidas para la tutela directa de derechos subjetivos claramente establecidos y acotados, acciones individuales que se conceden solamente a los sujetos que se puedan ver afectados directa e individualmente por determinados actos. En consecuencia, en procesos jurisdiccionales nuevos, como los de la jurisdicción electoral, se deben considerar acogidos estos tipos de acciones, cuando se produzcan actos que afecten los derechos de una comunidad que tenga las características apuntadas, y que sin embargo no se confieran acciones personales y directas a sus integrantes para combatir tales actos, siempre y cuando la ley dé las bases generales indispensables para su ejercicio, y no contenga normas o principios que las obstaculicen. En la legislación electoral federal mexicana, no existen esos posibles obstáculos, porque sólo exige que los actores tengan un interés jurídico, como se advierte, por ejemplo, en el artículo 40, apartado 1, inciso b) de la primera ley citada, pero no se requiere que este interés derive de un derecho subjetivo o que el promovente resienta un perjuicio personal y directo en su acervo puramente individual, para promover los medios de impugnación válidamente. Para este efecto, los partidos políticos son los entes jurídicos idóneos para deducir las acciones colectivas descritas, porque tal actividad encaja perfectamente dentro de los fines constitucionales de éstos, en cuanto entidades de interés público, creadas, entre otras cosas, para promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, en cuyos procesos se deben observar invariablemente los principios de constitucionalidad y legalidad, mismos a quienes se confiere la legitimación preponderante para hacer valer los medios de impugnación en esta materia, según se ve en los artículos 13, apartado 1, inciso a); 35, apartados 2 y 3; 45, apartado 1, incisos a) y b), fracción I; 54, apartado 1, inciso a); 65, apartado 1, y 88, apartado 1, todos de la citada ley de medios de impugnación. Jurisprudencia 15/2000, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 4, Tercera Época, Año 2001. Registro IUS 920804. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/920/920804.pdf>> (1 de julio de 2013).

²⁴ SSTEPJF, SUP-JRC-118/2002, Juicio de revisión constitucional electoral, 30 de agosto de 2002.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001.

artículo 2o. constitucional, se reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas para elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno, esto es, el derecho positivo reconoce y legitima los métodos de elección mediante usos y costumbres de los pueblos indígenas.

Sin embargo, el propio texto constitucional establece limitantes, en el sentido de que se debe garantizar la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, y una segunda, consistente en que el ejercicio de este derecho tiene que ser en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

Esta última limitante es tan amplia que genera un reconocimiento limitado de los usos y costumbres de elección de los pueblos indígenas, pues estos colisionan frecuentemente con los principios constitucionales rectores de las elecciones, de modo que, en realidad, la reforma constitucional no dotó de verdadera autonomía para el ejercicio de los derechos de participación política de esos pueblos. A partir de esa limitación la SSTEPJF consideró que, elecciones realizadas por usos y costumbres, cuando se vea afectado algún principio de la universalidad del sufragio son contrarias a la CPEUM y a la CADH.²⁶

- **Sufragio igual.** Implica que el peso y valor del voto de todos los electores es igual, y no debe ser diferenciado. Bajo este principio de igualdad de sufragio, se postula la igualdad cuantitativa de los votos de los electores. Igualmente es relevante para organizar las elecciones, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales. Para que la igualdad cuantitativa de los votos permanezca garantizada, se debe tener cuidado en la distribución de las circunscripciones electorales con el fin de lograr, por ejemplo, una relación igual entre la población (o el electorado) y el número de diputados que se deben elegir de acuerdo con la proporción nacional (clave de representación).²⁷
- **Sufragio libre.** Este principio es una exigencia fundamental de la elección misma; sin él no existiría en absoluto una elección de dirigentes ni la adopción de una postura frente a una decisión política trascendente, y significa que el acto de la emisión del voto debe ser ejercido sin coerción y sin presión, además de contar con toda la información necesaria para la emisión del sufragio.

²⁶ SSTEPJF, SUP-JDC-013/2002, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 5 de junio de 2002.

²⁷ SSTEPJF, SUP-JDC-243/2000, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 24 de enero de 2001.

En este sentido, una condición necesaria para garantizar efectivamente la libertad del voto es que la ciudadanía cuente con la información en relación con los diversos aspectos implicados en un contexto electoral, como pueden ser las fuentes de financiamiento de los precandidatos²⁸ y candidatos, la regulación de encuestas y sondeos de opinión, etcétera.

De igual manera, el TEPJF ha considerado que constituyen actos de presión, y por tanto atentan contra este principio, la inclusión de símbolos o elementos religiosos en la propaganda electoral,²⁹ así como las reuniones de organismos sindicales con la finalidad de llevar a cabo proselitismo electoral.³⁰

- **Sufragio secreto.** Este principio exige que la decisión del elector, en forma de emisión del voto, no sea conocida por otros. El principio de voto secreto se opone a todas las formas de emisión abierta (voto por escrito) o emisión pública (por mano alzada o aclamación). En realidad, este principio es complementario de la libertad del sufragio, en tanto la secrecía se instituye como una garantía para que su emisión se encuentre exenta de cualquier presión.

El TEPJF ha considerado que la secrecía del voto no sólo debe protegerse en el momento de la emisión del sufragio, respecto de por cual opción política se inclina el ciudadano, sino que la garantía de ese principio abarca la protección de información proporcionada por los propios ciudadanos en posesión de la autoridad administrativa electoral respecto de si ejerció o no el sufragio.³¹

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 14/2004 y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004, 15 de junio de 2004. Disponible en <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/2004/14-15-16_04.pdf> (1 de julio de 2013).

²⁹ TEPJF. Jurisprudencia 39/2010, PROPAGANDA RELIGIOSA CON FINES ELECTORALES. ESTA PROHIBIDA POR LA LEGISLACIÓN. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, TEPJF, Cuarta Época, Año 3, Número 7, 2010, pp. 35 y 36.

³⁰ SSTEJF, SUP-JRC-415/2007 y acumulados, Juicios de revisión constitucional electoral, 19 de diciembre de 2007.

³¹ TEPJF. Tesis LXIV/98. "VOTO. SU CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO SE TRANSGREDEN SI SE REVELAN DATOS PROPORCIONADOS POR LOS CIUDADANOS, FUERA DE LAS HIPÓTESIS LEGALES PERMITIDAS. Poner a disposición de las instituciones investigadoras y ciudadanos interesados en consultar y analizar la documentación continente de cierta información que identifique a determinados ciudadanos y así, poner en conocimiento, inicialmente, de los interesados en la consulta y luego, de ser el caso, de la sociedad en general, información legalmente considerada confidencial, entraña la revelación de datos proporcionados directamente por los ciudadanos, bajo el amparo del principio de confidencialidad; en concreto, aquéllos que condujeran a tener conocimiento de qué ciudadano ejerció o no el derecho y obligación de sufragar, lo que transgrede, tanto el apuntado principio, como el relativo al del secreto del voto, emanado de los artículos 35, fracción I y 36, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y consagrado por el numeral 4, párrafo 2, del Código Electoral; entendido este último principio, no sólo en cuanto a la preferencia del elector por determinado candidato y partido político, sino a todas las circunstancias que rodean el sufragio, desde su ejercicio o abstención, hasta los aspectos de inclinación política. Alguna de

- **Sufragio universal.** Conforme a este principio, todo ciudadano tiene el derecho de elegir y ser elegido independientemente de sexo, raza, lengua, ingresos o propiedad, profesión, estamento o clase social, educación, religión o convicción política.

En relación con este principio, el TEPJF ha establecido a través de la jurisprudencia que, un elemento indispensable para no socavar la universalidad del sufragio es la existencia de mecanismos y garantías necesarias para que la ciudadanía se asocie para la formación de partidos políticos.³²

- **Sufragio directo.** Significa que entre el elector y la persona por la cual se vota o la decisión que se adopta no existe intermediario alguno.

No obstante, el TEPJF ha reconocido la constitucionalidad de los procedimientos de elección que se realizan a través del voto indirecto al interior de los partidos políticos, al señalar que se trata de una forma de participación democrática.³³

esa información sólo podría proporcionarse, conforme al párrafo 3, del artículo 135 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, cuando se trate de juicios, recursos o procedimientos en que el Instituto Federal Electoral fuere parte, para cumplir con las obligaciones previstas en ese código, por la Ley General de Población en lo referente al Registro Ciudadano o por mandato de juez competente." *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Tercera Época, Año 1998, pp. 90 y 91.

³² TEPJF. Jurisprudencia 25/2002. "DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. El derecho de asociación en materia político-electoral es un derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación del gobierno. La libertad de asociación, que subyace a ese derecho, constituye una *conditio sine qua non* de todo Estado constitucional democrático de derecho, pues sin la existencia de este derecho fundamental o la falta de garantías constitucionales que lo tutelen, no sólo se impediría la formación de partidos políticos y de asociaciones de diversos signos ideológicos, sino que el mismo principio constitucional de sufragio universal, establecido en forma expresa en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución federal, quedaría socavado; por lo tanto, el derecho de asociación en materia político-electoral está en la base de la formación de los partidos políticos y asociaciones políticas. Sobre el particular, es necesario dejar establecido que todo ciudadano mexicano tiene derecho a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; específicamente, es derecho de los ciudadanos mexicanos constituir partidos políticos nacionales y agrupaciones políticas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 90.; 35, fracción III; 41, fracciones I, párrafo segundo, *in fine*, y IV; y 99, fracción V, de la Constitución federal, así como 50., párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así, en ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral, los ciudadanos pueden formar partidos políticos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley. El ejercicio de la libertad de asociación en materia política prevista en el artículo 90. constitucional está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos, lo cual es acorde con lo previsto en el artículo 33 de la Constitución federal. Asimismo, si el ejercicio de esa libertad política se realiza a través de los partidos políticos, debe cumplirse con las formas específicas que se regulen legalmente para permitir su intervención en el proceso electoral". *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, páginas 21 y 22.

³³ SSTEPJF, SUP-JDC-1583/2007, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 28 de septiembre de 2007.

b. Derecho a ser votado

El derecho a ser votado consiste en la facultad del ciudadano a ser postulado por un partido político como candidato, o bien de manera independiente, para un cargo de elección popular, cuando ha cumplido con los requisitos establecidos por el ordenamiento vigente (residencia, edad, entre otros), así como la garantía de contar con los medios instrumentales y materiales para contender, ocupar y desempeñar el cargo.³⁴ También se ha incluido el derecho a ocupar un cargo público en las autoridades electorales de las entidades federativas, como magistrados y consejeros electorales.³⁵

Es conveniente precisar que, a partir de una interpretación extensiva del derecho a votar, en su vertiente de ocupar el cargo para el cual se fue electo, el TEPJF ha considerado que también incluye el derecho a recibir los sueldos y prerrogativas inherentes a él.³⁶

c. Derecho de asociación

El derecho de asociación político-electoral constituye una especie de la asociación en materia política, pues se refiere, en principio, a la prerrogativa de los ciudadanos de organizarse en partidos y agrupaciones políticas. Además, incluye todos los derechos relacionados vinculados con la pertenencia a esas instituciones, tales como conservar o ratificar su afiliación, desafiliarse, ocupar cargos al interior, etcétera.³⁷

³⁴ TEPJF. Jurisprudencia 27/2002. "DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. Los artículos 34, 39, 41, primero y segundo párrafos; 116, párrafo primero, fracción I y 115, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran, en el contexto de la soberanía nacional, ejercida a través de los Poderes de la Unión y el sistema representativo, como potestad del pueblo para gobernarse a sí mismo, el derecho a ser votado, que mediante las elecciones libres, auténticas y periódicas, integran en los candidatos electos el ejercicio de dicha soberanía. Este derecho a ser votado no implica para el candidato postulado, únicamente la contención en una campaña electoral y su posterior proclamación de acuerdo con los votos efectivamente emitidos, sino el derecho a ocupar el cargo que la propia ciudadanía le encomendó. Así, el derecho a votar y ser votado, es una misma institución, pilar fundamental de la democracia, que no deben verse como derechos aislados, distintos el uno del otro, pues, una vez celebradas las elecciones los aspectos activo y pasivo convergen en el candidato electo, formando una unidad encaminada a la integración legítima de los poderes públicos, y por lo tanto susceptibles de tutela jurídica, a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, pues su afectación no sólo se resiente en el derecho a ser votado en la persona del candidato, sino en el derecho a votar de los ciudadanos que lo eligieron como representante y ello también incluye el derecho de ocupar el cargo". *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, pp. 26 y 27.

³⁵ Artículo 79.2 de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

³⁶ SSTEJF, SUP-JDC-410/2008, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 27 de agosto de 2008.

³⁷ TEPJF. Jurisprudencia 24/2002. DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES. El derecho de afiliación político-electoral establecido en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto en el artículo 50., párrafos 1 y 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a

En un principio se consideró que este derecho se concretaba a la posibilidad de formar partidos políticos y agrupaciones políticas, sin incluir al conjunto de derechos que se adquieren dentro de las organizaciones, de participar en las decisiones internas, ocupar los puestos directivos, elegir a sus candidatos, etcétera, de modo que se consideró improcedente el juicio de protección para combatir actos u omisiones de los órganos de los partidos políticos; después se fijó el criterio de que la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, cuando se imputara la violación a un partido político, debía realizarse mediante la promoción de la queja correspondiente, ante el Consejo General del IFE, el cual, al resolverla, además de sancionar al partido, debía restituir al ciudadano en el goce y disfrute del derecho político-electoral violado, y por último se estableció que los partidos políticos sí podían ser directamente señalados como parte demandada en este tipo de juicios.³⁸

En la reforma constitucional de trece de noviembre de dos mil siete, esa construcción jurisprudencial se llevó al texto de la CPEUM, al incluir expresamente en el artículo 99, fracción V, la posibilidad de impugnar actos de partidos políticos, siempre y cuando se agoten previamente las instancias intrapartidistas. No obstante, tanto en la legislación secundaria³⁹ como en la jurisprudencia se estableció que, cuando por diversas circunstancias que pudieran conducir a hacer irreparable la violación alegada, el afectado podrá acudir directamente a las autoridades jurisdiccionales, *per saltum*, siempre que acredite haber desistido previamente de la instancia partidista, si es que la hubiere iniciado.

Como parte esencial de este derecho fundamental, la normativa que rijan la vida interna de los partidos políticos debe ajustarse a los cánones del estado constitucional de derecho, por lo

la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas, y si bien el derecho de afiliación libre e individual a los partidos podría considerarse como un simple desarrollo del derecho de asociación en materia política, lo cierto es que el derecho de afiliación –en el contexto de un sistema constitucional de partidos como el establecido en el citado artículo 41 constitucional– se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por tanto, con mayor especificidad que el derecho de asociación y está garantizado jurisdiccionalmente mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral previsto en el artículo 41, fracción IV, primer párrafo, *in fine*, en relación con lo dispuesto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución federal. Además, el derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; en particular, el derecho fundamental de afiliación político-electoral consagrado constitucionalmente faculta a su titular para afiliarse o no libremente a un determinado partido político, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse. Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral." *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, pp. 19 y 20.

³⁸ González Castillo, Leonel, *Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 219.

³⁹ Artículo 10.1 inciso d) de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

cual, el TEPJF se ha ocupado de establecer los requisitos mínimos para considerar a un partido como democrático, como un modo de garantizar el derecho de asociación política de los ciudadanos integrantes de los mismos, pues su afiliación no implica una disminución o anulación de sus derechos, sino por el contrario, una ampliación y potencialización hacia el interior del partido. Esos requisitos son los siguientes:⁴⁰

1. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los afiliados, y su garantía por órganos y procedimientos eficaces.
2. La existencia de una asamblea u órgano equivalente, representativa de la voluntad del mayor número posible de afiliados.
3. La existencia de procedimientos de elección, en condiciones de igualdad.
4. Adopción de la regla de mayoría, como criterio en la toma de decisiones.
5. Mecanismos de control del poder.
6. Procedimientos disciplinarios, con las garantías del debido proceso.
7. Los mecanismos para lograr y difundir una cultura cívica democrática.

d. Derecho de observación electoral

El artículo 5 del COFIPE establece como derecho exclusivo de los ciudadanos mexicanos participar como observadores de los actos de preparación y desarrollo del proceso electoral, así como de los que se lleven a cabo el día de la jornada electoral, siempre y cuando obtengan su acreditación ante la autoridad electoral.

Entre los requisitos que se exigen para poder ejercer este derecho de participación política son estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; no ser, ni haber sido miembro de dirigencias nacionales, estatales o municipales de organización o de partido político alguno en los últimos tres años anteriores a la elección; no ser, ni haber sido candidato a puesto de elección popular en los últimos tres años anteriores a la elección, y asistir a los cursos de ca-

⁴⁰ TEPJF. Jurisprudencia 3/2005. ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. Compilación Oficial, Tercera Época, México, pp. 120 a 122.

pacitación, preparación o información que impartan el IFE o las propias organizaciones a las que pertenezcan bajo los lineamientos y contenidos que dicten las autoridades competentes del IFE.

Asimismo, entre los límites para el ejercicio de ese derecho, en la propia legislación se señala que no pueden sustituir u obstaculizar a las autoridades electorales en el ejercicio de sus funciones ni interferir en el desarrollo de las mismas; hacer proselitismo de cualquier tipo o manifestarse en favor de partido o candidato alguno; externar cualquier expresión de ofensa, difamación o calumnia en contra de las instituciones, autoridades electorales, partidos políticos o candidatos, ni declarar el triunfo de partido político o candidato alguno.

En congruencia con la proporcionalidad de las limitaciones permitidas según la jurisprudencia de la Corte IDH, el TEPJF ha establecido que la sola militancia a un partido político no puede servir de base para negar el derecho de observación electoral, bajo el argumento de que, en términos de la legislación está garantizado que su actuar debe ser imparcial y sin que exista posibilidad de que favorezcan a algún instituto político.⁴¹

e. Mecanismos procesales de control de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad en materia electoral

Como se estableció, como parte del núcleo esencial de los DPE se encuentra el contar con mecanismos jurisdiccionales que garanticen su respeto irrestricto, y en ese sentido, en la CPEUM se prevé la existencia de un sistema de medios de impugnación en materia electoral que, junto con la acción abstracta de inconstitucionalidad, pretende ser integral, esto es, que cualquier vulneración a esos derechos sea justiciable.

Sobre ese tema, la Corte IDH al dictar resolución en el caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos⁴² estableció que es obligación del estado establecer recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos, de tal suerte que toda persona que sea titular de un derecho que estime violado debe tener la posibilidad real de interponerlo, y que el mismo sea eficaz, esto es, que a través de él se pueda proporcionar una reparación al derecho humano de que se trate.

⁴¹ TEPJF. Tesis IV/2010. OBSERVADOR ELECTORAL. EL DERECHO DEL CIUDADANO A PARTICIPAR EN EL PROCESO ELECTORAL CON TAL CARÁCTER, NO SE RESTRINGE POR LA SOLA MILITANCIA A UN PARTIDO POLÍTICO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, pp. 44.

⁴² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No 184.

El tema central de la controversia del presente caso fue sintetizado por la propia Corte IDH en los párrafos 107 y 112 de la resolución, en los siguientes términos:

En el presente caso, la presunta víctima reclamó una violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley de carácter electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político. La Corte deberá determinar si el juicio de protección era un recurso accesible para la presunta víctima. Como se observó, el amparo era un recurso improcedente en razón de la materia (supra párr. 91) y por otra parte la acción de inconstitucionalidad tampoco estaba disponible para una persona particular como el señor Castañeda Gutman, ya que se trata de un recurso extraordinario limitado, entre otros aspectos, en su legitimación activa (infra párr. 128) (...) conforme al artículo 79 [de la LGSMIME], condiciona la procedencia del mismo cuando se alega la negativa indebida de registro a una candidatura de elección popular, lo cual se traduce en que el juicio para la protección de los derechos político-electorales sólo sea accesible, en lo que respecta a dicho aspecto del derecho político de ser votado, a las personas que fueron propuestas por un partido político, y no a toda persona titular de derechos políticos.

En relación con el tema de la posibilidad de participar como candidato independiente en los comicios, esencialmente, la Corte IDH siguió el precedente del caso Yatama, y precisó que Castañeda no se encontraba en una situación análoga a la de las víctimas de aquél caso, pues *se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato*.⁴³

En cuanto a la existencia de un recurso efectivo en el sistema jurídico mexicano para analizar la compatibilidad de disposiciones legales en materia electoral con la CPEUM, la Corte precisó que "... toma nota y valora positivamente lo informado por el Estado en su escrito del 27 de noviembre de 2007 en el cual señaló que "[...] el 13 de noviembre de 2007 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional a diversos preceptos de la CPEUM, entre los que se encuentra el artículo 99, en el que están desarrolladas las atribuciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación". Agregó que

⁴³ *Ibidem*, párr. 172.

[...] a partir de esta reforma, además de las atribuciones que ya ejercía el Tribunal Electoral para la garantía de los derechos políticos, [...] dicho órgano jurisdiccional y sus salas regionales podrán de manera expresa declarar la inaplicación de preceptos legales que se estimen contrarios a la Constitución Federal con efectos particulares, lo que además deja sin efecto ulterior cualquier criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido sobre el particular". Asimismo, el Tribunal observa que los representantes afirmaron que dicha reforma "[...] subsana una deficiencia jurídica, que fue la que provocó la violación" sufrida por el señor Castañeda Gutman y que quedaba por delante su reglamentación legal.⁴⁴

Sobre esa base, la Corte IDH determinó ordenar al Estado Mexicano que, en un plazo razonable, completara la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.⁴⁵

Una consideración que destaca en la sentencia es que, en contradicción con lo resuelto en el caso Yatama, en donde se estableció que las limitaciones a los DPE sólo pueden ser las establecidas en el artículo 23.2 de la CADH, la CrIDH señaló que *"no es posible aplicar a[l] sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana"*.⁴⁶

f. Vinculación de DPE con otros derechos fundamentales

Para el desarrollo adecuado de los derechos políticos es necesaria la vigencia plena de otros derechos fundamentales, sin lo cual no puede estimar que se ejerzan en toda su intensidad, especialmente los siguientes:

- **Derecho político de petición.** El derecho fundamental de petición, establecido en el artículo 8o. constitucional, se traduce en una obligación de las autoridades y los partidos políticos de dar respuesta, en un breve término,⁴⁷ a solicitudes hechas por la

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 230.

⁴⁵ La reforma a la legislación secundaria se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2008.

⁴⁶ Caso Castañeda Gutman, *supra* nota 43., párr. 161.

⁴⁷ TEPJF. Jurisprudencia 32/2010. "DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA EXPRESIÓN "BREVE TÉRMINO" ADQUIERE CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO. —El derecho fundamental de petición, previsto en el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a la autoridad la obligación de responder

ciudadanía, o por los propios partidos políticos, y forma parte de los derechos encaminados a formar en la ciudadanía una opinión informada para el adecuado ejercicio de las demás libertades, y para que los institutos políticos desarrollen de manera completa su función.

- **Derecho a la información.** El TEPJF ha considerado que a través de la jurisdicción electoral es posible tutelar el ejercicio de este derecho, siempre y cuando se encuentre vinculado con algún derecho político electoral.⁴⁸
- **Derecho a la libre expresión o difusión de las ideas.** Este derecho es fundamental para el ejercicio de los derechos político-electorales, tanto en la sociedad en general, como al interior de los partidos, porque si la finalidad de los derechos electorales consiste en llevar una propuesta política determinada al gobierno, es necesario darla a conocer para que los ciudadanos estén en condiciones de optar por ella. También es necesario garantizar un espacio para acoger las opiniones contrarias a una postura determinada o las deficiencias y quejas en su implementación.

Sobre estos últimos dos derechos, vale la pena destacar la jurisprudencia emitida por el TEPJF debido a que a través de ésta se han ampliado considerablemente los derechos político-electorales, a partir de la expansión de la libertad de expresión y el derecho a la información:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO.—El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce con el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del Estado de garantizarla, derecho que a la vez se consagra en los numerales 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones integradas al orden jurídico nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitu-

al peticionario en "breve término". La especial naturaleza de la materia electoral implica que esa expresión adquiera una connotación específica, más aún en los procesos electorales, durante los cuales todos los días y horas son hábiles, aunado a que la legislación adjetiva electoral precisa plazos brevísimos para la interposición oportuna de los medios de impugnación. Por tanto, para determinar el "breve término" a que se refiere el dispositivo constitucional, debe tomarse en cuenta, en cada caso, esas circunstancias y con base en ello dar respuesta oportuna." *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 7, 2010, pp. 16 y 17.

⁴⁸ TEPJF. Jurisprudencia 7/2010. "INTERÉS JURÍDICO EN LA PROCEDENCIA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO, CUANDO SE ALEGAN PRESUNTAS VIOLACIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL." *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, pp. 28 y 29.

cional. Conforme a los citados preceptos, el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados.⁴⁹

- **Derecho de réplica.** Este derecho fue elevado a rango constitucional con motivo de la reforma electoral de dos mil siete, con la finalidad de garantizar la veracidad de la información que se proporciona en el marco de las contiendas electorales, así como los derechos fundamentales de los precandidatos y candidatos.

El TEPJF ha establecido que, debido a las particularidades de las contiendas electorales, en el ejercicio de este derecho juega un papel muy importante la rapidez con la cual se pueda restituir en caso de alguna violación, por lo cual su tutela es a través del procedimiento administrativo especial sancionador en materia electoral.⁵⁰ Una de las características más importantes de este procedimiento es la celeridad con la que se llevan a cabo las distintas etapas, de tal suerte que al protegerlo en esta vía se garantiza en mejor medida su restitución.

⁴⁹ TEPJF, Jurisprudencia 11/2008, LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, , Año 2, Número 3, 2009, pp. 20 y 21.

⁵⁰ TEPJF, Tesis VII/2010. "DERECHO DE RÉPLICA. SE TUTELA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR.—De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1o., párrafo primero, y 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 233, párrafo 3, 367 y 368, párrafo 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se desprende que, para tutelar el derecho de réplica de los partidos políticos, precandidatos y candidatos, son aplicables las reglas del procedimiento especial sancionador. Lo anterior, porque debe resolverse con prontitud, ya que si este derecho se ejerce en un plazo ordinario, posterior a la difusión de la información que se pretende corregir, la réplica ya no tendría los mismos efectos, por lo que su expeditez se justifica por la brevedad de los plazos del proceso electoral." *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, páginas 41 y 42.

IV. Suspensión de los DPE

1. Suspensión generalizada

El artículo 1o. de la CPEUM sólo autoriza la suspensión de los derechos fundamentales en los casos y bajo las condiciones que ella misma establece, mientras que el artículo 29 señala que, en ciertas condiciones pueden suspenderse las *garantías* que puedan constituir un obstáculo para la solución del problema que originó, siempre y cuando no se contraiga a un individuo determinado.

El artículo 27.1 de la CADH dispone que, en ciertas circunstancias generales y extraordinarias y bajo las condiciones que ahí se precisan, las *garantías* pueden ser suspendidas, no obstante, en el apartado 2 se precisa que, entre otros, los derechos políticos ni las garantías judiciales para su protección pueden ser objeto de suspensión.

Así, la interpretación de ambos enunciados normativos permite afirmar que los DPE no pueden ser objeto de suspensión generalizada bajo ninguna circunstancia. Empero, lo anterior no implica que, bajo la denominación de *suspensión*, en ciertas ocasiones sea adecuada y debida su restricción.⁵¹

En esta línea, la SCJN, al pronunciarse sobre la validez de una ley del Estado de Chiapas que desplazaba en el tiempo los procesos electorales, con lo cual se impedía el ejercicio del sufragio activo y pasivo, sin existir razones constitucionales suficientes, la estimó inconstitucional porque implicaba restricciones indebidas a los DPE:

... La remisión establecida en el artículo sexto transitorio del Decreto Número 011, lejos de fundamentar su actuación, evidencia una violación de los artículos 35, fracciones I y II; 115, fracción I; y 116, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...) produce una intervención injustificada a importantes derechos fundamentales como son los derechos político-electorales (voto activo y pasivo) (...) La norma impugnada provoca la sustitución de la voluntad del electorado por un lapso de veintiún meses, ya que impide el ejercicio de los derechos fundamentales de votar y ser votado para la renovación periódica de los miembros de los Ayuntamientos y, además, al establecer que el

⁵¹ Por ejemplo, en el caso Yatama, *supra* nota 4, la Corte IDH estudió si existió una indebida restricción a los derechos político electorales por parte del Estado, pero reiteró que, dada su importancia, en términos del artículo 27.2 de la CADH no existe la posibilidad jurídica de realizar una suspensión generalizada. párr. 191 y 192.

Congreso del Estado respetará la representación política que guardan los respectivos Ayuntamientos al momento de elegir los concejos municipales, bloquea la posibilidad de que la ciudadanía, bajo cualquier causa, realice un cambio en la filiación partidaria de sus nuevos representantes a través del sufragio popular.⁵²

De igual manera, la SCJN, al pronunciarse sobre la validez de una norma del Estado de Tabasco que no fijaba plazo para que el Congreso del Estado emitiera convocatoria para la realización de elecciones extraordinarias para elegir gobernador, consideró inconstitucional esa omisión, pues podría generar la designación del titular del ejecutivo sin que la ciudadanía pudiera ejercer el voto en elecciones populares.⁵³

Como se aprecia, ambos casos son coincidentes en que, medidas legislativas cuyo objeto no es la suspensión de los DPE, pero tienen ese efecto, son inconstitucionales, y si bien en esos precedentes la Corte IDH no acudió a las normas contenidas en la CADH ni a la jurisprudencia de la Corte IDH, lo cierto es que no hubo necesidad, pues la propia CPEUM garantiza su efectividad.

2. Suspensión de DPE como sanción

El tema de la suspensión de DPE respecto de una persona sujeta a proceso penal ha generado diversos pronunciamientos, tanto del TEPJF como de la SCJN.

En un primer momento el TEPJF señaló que, el derecho al voto sólo puede suspenderse mediante sentencia ejecutoriada, y no con motivo del auto de formal prisión,⁵⁴ toda vez que, mientras esto no ocurra, opera en su favor el principio de presunción de inocencia, y por tanto debe continuar en el uso y goce de todos sus derechos.⁵⁵

⁵² Tesis: P/J. 56/2010. DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. EL ARTÍCULO SEXTO TRANSITORIO DEL DECRETO NÚMERO 011 PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS EL 25 DE NOVIEMBRE DE 2009, AL PREVER EL NOMBRAMIENTO DE CONCEJOS MUNICIPALES DE MANERA IRREGULAR, IMPIDE EL EJERCICIO PLENO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t., XXXI, Abril de 2010, p. 1565. Registro IUS 164803.

⁵³ Tesis: P/J. 22/2001. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL DECRETO "450" DEL ESTADO DE TABASCO, EN CUANTO SUPRIMIÓ EL PLAZO PARA QUE EL CONGRESO DEL ESTADO CONVOQUE A ELECCIONES EXTRAORDINARIAS PARA ELEGIR GOBERNADOR, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 3o., 35, FRACCIÓN I, 39, 40, 41 Y 116, FRACCIONES I, PRIMERA PARTE, Y IV, INCISO A), DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t., XIII, Marzo de 2001, p. 445. Registro IUS 190 238.

⁵⁴ Cabe mencionar que actualmente el artículo 18 de la CPEUM habla de *auto de vinculación a proceso*, por lo cual la redacción del diverso 38 ha quedado obsoleta.

⁵⁵ SSTEJF, SUP-JDC-85/2007, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 20 de junio de 2007. Incluso de ese asunto se integró la tesis cuyo rubro refiere: TEPJF. Tesis XV/2007. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS-ELECTORALES DEL CIUDADADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTI-

Un punto muy interesante que contiene esa sentencia es que, a partir de un estudio de las normas contenidas en tratados internacionales sobre los DPE y la presunción de inocencia, así como de la Constitución del Estado de Puebla, el TEPJF consideró inaplicar la fracción II del artículo 38 de la CPEUM, que establece que el dictado del auto de formal prisión suspende los DPE, porque al ser la norma local más protectora que la constitucional, permite la expansión del derecho. Al respecto señaló:

No pasa inadvertido que el artículo 38 fracción II de la Constitución General de la República, establece que al dictarse un auto de formal prisión por un delito que sea sancionado con pena privativa de la libertad se suspenden los derechos y prerrogativas, sin embargo, como lo ha sostenido nuestro máximo órgano de impartición de justicia, los derechos de los ciudadanos pueden ser expandidos, como se desarrolla en el cuerpo de esta sentencia. El poder revisor y reformador de la entidad en cuestión en uso de las atribuciones y facultades conferidas en los ya citados artículos 40, 41 y 116 de la constitución General, en el artículo 24 en su fracción III, precisamente, amplía la disposición constitucional federal, en virtud de que dilata la imposición de la medida en aras de beneficiar al procesado, pues debe recordarse que opera a favor de éste el principio de presunción de inocencia que se traduce en que debe considerársele inocente mientras no se demuestre su culpabilidad.⁵⁶

No obstante lo avanzado del criterio al que había llegado el TEPJF, meses después cejó en su interpretación y estableció que la expansión de los derechos sólo puede establecerse en normas integrantes de la Ley Suprema de la Unión, como los son los Tratados Internacionales, aunque en dicha sentencia mantuvo el criterio de que los DPE sólo se suspenden mediante sentencia ejecutoriada, al establecer:

Empero esa circunstancia legal no califica al procesado como culpable o infractor de las normas jurídicas, sino únicamente como probable responsable, lo cual, en términos de la extensión del derecho a votar ampliada por las leyes supremas de la unión, no resulta suficiente para suspenderle sus derechos.

En efecto, si la calidad de sujeto a proceso no significa una condena, conforme con el principio de presunción de inocencia que subyace del artículo 20 consti-

TUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 1, Número 1, Cuarta Época, 2008, páginas 96 y 97.

⁵⁶ *Idem*.

tucional federal, debe entenderse entonces que la suspensión de los derechos prevista en la fracción II del artículo 38 del mismo ordenamiento, debe entenderse como consecuencia de la privación de la libertad y con ello de la imposibilidad material y jurídica de ejercer un cúmulo de diversos derechos que integran la esfera jurídica del gobernado.⁵⁷

Con posterioridad, al analizar el supuesto de suspensión de DPE previsto en la fracción V del artículo 38 de la CPEUM, pero esta vez en relación con el derecho de ser votado, en su vertiente de ocupar el cargo, respecto de un ciudadano que fue electo diputado federal, y con posterioridad se dictó auto de formal prisión en su contra consideró:

basta que un ciudadano se coloque o ubique en ese supuesto normativo (sustraerse de la justicia a fin de evitar ser sujeto a proceso penal, por el libramiento de la orden de aprehensión), para que sus derechos político-electorales se entiendan suspendidos, es decir, esa inhabilitación opera de pleno derecho por la sola actualización de la hipótesis constitucional en cuestión, sin que sea necesario que previamente dicha suspensión sea declarada judicialmente o por alguna otra autoridad.⁵⁸

El tema verdaderamente relevante para los efectos de este comentario es que el TEPJF demostró que siempre se puede ir un peldaño más abajo, pues como se ha visto, primero estableció que si una norma estatal contiene más beneficios que la CPEUM, en una interpretación expansiva de los derechos fundamentales, es válido aplicara preferentemente, después acotó ese tema al señalar que sólo pueden expandirse los derechos fundamentales en la Ley Suprema de la Unión (tratados internacionales y leyes que emanen de la Constitución), y en este juicio posterior consideró que, atendiendo a la jerarquía normativa que, en su concepto, se encuentra en el artículo 133, las normas constitucionales son de *cumplimiento irrestricto*:

⁵⁷ SSTEPJF, SUP-JDC-2045/2007, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 29 de noviembre de 2007.

⁵⁸ SSTEPJF, SUP-JDC-670/2009, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 1o. de octubre de 2009. De este asunto, emanó la tesis cuyo rubro dice: TEPJF. Tesis IX/2010. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 3, Número 6, Cuarta Época, 2010, pp 46 y 47. Un dato anecdótico es la manera *sui generis* de lo que el TEPJF entiende por prófugo de la justicia, pues para acreditar ese extremo manifestó que tuvo por acreditado el estado de prófugo con el hecho de que no se había presentado a la Cámara de Diputados y con 2 partes policiacos que, en esencia señalaban que fueron a su domicilio y no vieron a la persona buscada, que preguntaron a algunas personas por él quienes manifestaron que tampoco lo había visto recientemente.

Ahora bien, atendiendo al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, toda autoridad está constreñida a acatar los mandatos o previsiones que dimanen de la propia Norma Suprema, lo cual es acorde con el postulado de todo Estado Democrático de Derecho, en el que, las autoridades quedan obligadas a actuar siempre conforme a la constitución, es decir, las disposiciones que emergen de la Ley Fundamental son de cumplimiento irrestricto por parte de éstas.

En esa tesitura, atendiendo al marco normativo constitucional enunciado, en oposición a lo afirmado por el ahora actor, fue correcto que el Secretario General haya negado el registro y entrega de la credencial del ahora actor en su carácter de diputado federal electo, con base en la información que obtuvo por parte del órgano de procuración de justicia respectivo, en el sentido de que el enjuiciante se ubica en la hipótesis de suspensión de derechos políticos-electorales de la fracción V multimencionada, habida cuenta que, como se vio, dicho supuesto constitucional opera de pleno derecho, sin necesidad de declaratoria previa por diversa autoridad, máxime que en un orden democrático han de cumplirse los imperativos constitucionales, en términos de lo dispuesto por el invocado artículo 133.⁵⁹

Sin embargo, a partir de una interpretación pendular, en un juicio posterior el TEPJF volvió al criterio intermedio al establecer:

Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala Superior que el cúmulo de derechos o prerrogativas reconocidos en la Constitución a favor del ciudadano no deben traducirse como un catálogo rígido, invariable y limitativo de derechos, que deban interpretarse de forma restringida, ya que ello desvirtuaría la esencia misma de los derechos fundamentales. Por el contrario, en el ámbito electoral, dichas garantías constitucionales deben concebirse como principios o lineamientos mínimos; los cuales, al no encontrarse constreñidos a los consignados de manera taxativa en la norma constitucional, deben considerarse susceptibles de ser ampliados por el legislador ordinario, o por convenios internacionales celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado de la República.⁶⁰

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ SSTEPJF, SUP-JDC-98/2010, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 13 de mayo de 2011.

Después del anterior precedente, el TEPJF resolvió otro asunto en el cual determinó que, si un ciudadano se encuentra privado de su libertad durante el procedimiento penal, por no gozar del beneficio de libertad bajo caución, entonces existe el impedimento material y jurídico para que pueda ejercer sus actividades cotidianas y sus derechos político-electorales.⁶¹

En conclusión, el criterio del TEPJF sobre la suspensión de DPE, es que, como regla general, debe existir una sentencia ejecutoriada para ese efecto, pero admite dos excepciones:

- 1) ser prófugo de la justicia, y
- 2) que durante el proceso penal el ciudadano esté privado de la libertad.

Estas dos excepciones obedecen según el TEPJF a un impedimento jurídico y material, ya que por una parte, no podría ejercer el derecho de voto ni tampoco plenamente el de ser votado, toda vez que la operatividad necesaria para satisfacer derecho político-electoral, requiere como elemento o condición esencial que el sujeto que asuma las funciones propias a su encargo, se encuentre gozando en plenitud de su libertad personal para cumplir materialmente su encomienda.

Por otra parte, la SCJN en principio estableció⁶² que la suspensión de los DPE cuando una persona está sujeta a proceso penal opera desde el momento del auto de formal prisión, y consideró que tal situación no es contraria con el principio de presunción de inocencia, pues se trata de una restricción a un derecho fundamental prevista en la CPEUM, y no puede ser considerada como una sanción, sino que es una medida provisional que se traduce en la privación temporal de derechos.⁶³

⁶¹ SSTEPJF, SUP-JDC-157/2010 Y SUP-JRC-173/2010 ACUMULADO, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y de revisión constitucional electoral, 11 de junio de 2010.

⁶² Tesis: 1a./J. 171/2007. DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. , *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México t. XXVII, Febrero de 2008, p. 215. Registro IUS 170338 (como se explica más adelante, esta tesis fue superada por la identificada con la clave: P/J 33/2011. DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 6. Registro IUS 161 099.

⁶³ "la referida suspensión no equivale ni implica a que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolutoria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente responsable."

Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa." Tribunal Pleno de la SCJN, Contradicción de tesis 29/2007-PS, febrero de 2008.

Como se aprecia, la SCJN omitió considerar las normas previstas en la CADH, así como la interretación que sobre las mismas ha hecho la Corte IDH, en el sentido de que no es jurídicamente admisible establecer restricciones indirectas a los DPE, como lo es una supuesta *limitación temporal*.

Con motivo de los criterios contradictorios sustentados por la Primera Sala de la SCJN y por la SSTEPEJF, el Pleno de la SCJN estableció⁶⁴ que la suspensión de los DPE por estar sujeto a proceso penal sólo opera cuando la persona esté materialmente privada de su libertad.

En esa contradicción, el Pleno basó su determinación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con el principio de presunción de inocencia. Además, se apoyó en el principio *pro-homine*, en la posición preferente, mayor protección y fuerza expansiva de los derechos fundamentales.⁶⁵

En un caso reciente⁶⁶ la CrIDH retomó el tema de la suspensión de DPE con motivo de una controversia presentada contra la inhabilitación de un ciudadano para registrarse y participar como candidato, por decisión de un órgano administrativo. En esta ocasión, la CrIDH se apartó del criterio fijado en el caso Castañeda, pues volvió a la consideración expuesta en Yatama, en el sentido de que las únicas limitaciones a esos derechos ajustadas a la CADH son las establecidas en el artículo 23.2 con los requisitos del principio de proporcionalidad. Aquí, estableció que la restricción al derecho de ser votado debe establecerse por juez competente, a través de una condena que sea producto de un proceso penal, en el que se respeten las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la CADH.⁶⁷

V. Requisitos para el ejercicio de los DPE

El artículo 23.2 de la CADH establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos de participación política, exclusivamente, por razones de edad, nacionalidad, residencia,

⁶⁴ Contradicción de Tesis 6/2008, *supra* nota 22.

⁶⁵ La determinación consistente en que debe imperar el principio de presunción de inocencia, con la protección que a su vez implica de otros derechos fundamentales se ajusta a los principios *pro-homine* en su vertiente de preferencia interpretativa, mayor protección de los derechos y fuerza expansiva de los derechos, ya que se prefiere la interpretación que más protege al ciudadano y que, además respeta los postulados que derivan del artículo 1o. constitucional, el que al disponer que "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", evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente.

⁶⁶ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 233.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 107 y 108.

idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Así, requisitos establecidos en la legislación con esas características o la exigencia de obtener la credencial de elector, estar inscrito en la lista nominal de electores y otros similares, no han representado mayores problemas interpretativos, pues se considera que se ajustan a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Los casos en donde hubo controversia fueron los relacionados con la imposibilidad jurídica de participar en los comicios como candidato independiente o no registrado,⁶⁸ y cuando la legislación impone como requisito para ser candidato en caso de que se desempeñe un cargo de elección popular concluir el periodo para el cual fue electo.

1. Candidaturas independientes

Al hablar del deber de garantía que tienen los estados parte de la CADH así como de la necesidad de establecer recursos sencillos y efectivos contra violaciones a DPE, quedó precisado que la jurisprudencia de la Corte IDH, establecida a partir de los casos Yatama y Castañeda, es en el sentido de que, si un estado determina que el derecho de ser votado debe ser exclusivamente a través de la postulación por parte de un partido político, tal exigencia sería acorde con los principios de la propia convención, pues ésta no señala un modelo único que puedan adoptar los estados, con la salvedad de que se demuestre que, por las circunstancias particulares del caso, ya sea porque esa forma de organización atenta contra los usos, costumbres y tradiciones de un colectivo, o porque se esté en una posición tal (por ejemplo de vulnerabilidad) que haga imposible cumplir con ese requisito, y en ese caso, debe permitirse ejercer ese derecho a través de otra modalidad, como podría ser las candidaturas independientes.

En específico, en el caso Castañeda, la Corte IDH estableció que el requisito de ser postulado por un partido político para poder ser candidato, establecido en el COFIPE es acorde con la CADH, pero nada dijo sobre si ese requisito era acorde o no con la CPEUM.

Por su parte, el TEPJF asumió la posición de que *ser votado* es un derecho fundamental de base constitucional y configuración legal y que no es absoluto. Con base en esas dos premi-

⁶⁸ Con la reforma constitucional de 9 de agosto de 2012 esta polémica sobre candidaturas independientes porque ahora ya se contemplan normativamente en la CPEUM.

sas concluyó que pueden establecerse limitaciones en la ley, como la exigencia de ser postulado por un partido político. En este orden de ideas, la SSTEPIJ consideró:

...debe desestimarse el agravio esgrimido por el actor, en tanto que no puede considerarse que la disposición legal del Estado de Michoacán que establece que la solicitud de registro de candidatos sólo la puedan presentar los partidos políticos y, por tanto, no se prevean legalmente las candidaturas independientes o no partidistas, por sí mismas, impliquen una vulneración de las normas y principios del derecho constitucional, toda vez que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se establece un derecho fundamental absoluto de todo ciudadano a ser candidato independiente.⁶⁹

Una razón que merece ser destacada, y que constituyó un argumento para que el TEPJF llegara a esa resolución, fue la interpretación sistemática realizada por ese órgano de los principios contenidos en la CPEUM, entre otros el de fortalecimiento y preservación de un sistema plural de partidos políticos, y especialmente las condiciones generales de igualdad para permitir el acceso a las funciones públicas del país, y la CADH, que le sirvió de base para concluir que:

No es obstáculo para lo anterior, el hecho de que en el artículo 23, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establezca que la facultad legislativa para reglamentar el ejercicio, entre otros, de ese derecho, exclusivamente puede hacerse por ciertas razones (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal), porque una posición en la que se sostenga que solamente puede reglamentarse el ejercicio de ese derecho por esas razones, haría disfuncional el régimen representativo mexicano y sería resultado de una interpretación asistemática de las disposiciones jurídicas atinentes, puesto que en la propia Convención (artículo 32, párrafo 2) se admite la existencia de una correlación entre deberes y derechos, en la cual se establece que hay límites que están dados por los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En sentido contrario a lo resuelto por el TEPJF, la SCJN, al estudiar ese tema consideró:

⁶⁹ SSTEPIJ, SUP-JDC-037/2001, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 25 de octubre de 2001.

Bajo esta tesis, es innegable que el derecho fundamental que corresponde a la prerrogativa de ser votado para todos los cargos de elección popular, acorde a su naturaleza y a las formalidades perseguidas con él dentro del marco normativo en que se encuentra, se debe concluir que el alcance que el órgano reformador de la Constitución Federal, le atribuyó al concepto "calidades que establezca la ley", referido en la fracción II del artículo 35 de la Constitución Federal, fue el de asignarle el significado de circunstancia inherente a la persona misma de los ciudadanos que pretendan ocupar un cargo de elección popular, con lo que evidentemente excluye otro tipo de atributos o circunstancias que no sean esenciales intrínsecamente al sujeto en cuestión, lo cual se ve corroborado con lo dispuesto por los artículos 55, 58, 59, 82, 115, 116 y 122 de la propia Norma Fundamental, en lo relativo para ocupar los cargos de diputados y senadores al Congreso de la Unión, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, integrantes de los Ayuntamientos municipales, así como gobernadores y diputados a las Legislaturas de los Estados, además de diputados a la Asamblea Legislativa y jefe de Gobierno del Distrito Federal.

En consecuencia, toda vez que de su contexto general deriva que cuando el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal señala que los ciudadanos para acceder a un cargo, comisión o empleo deberán reunir las calidades que establezca la ley, se refiere a cuestiones que son inherentes a su persona, con lo que resulta incuestionable que la pertenencia a un partido político no puede considerarse como una calidad necesaria para ejercer un cargo de elección popular, dado que formar parte de un partido político no es un atributo intrínseco relativo a la persona, por lo que no puede entrar en la categoría de calidades requeridas por la Constitución.

(...)

Así, al no estar limitado por el régimen jurídico de los partidos políticos previsto en el artículo 41 constitucional, el derecho fundamental de ser votado para todos los cargos de elección popular teniendo las calidades que establezca la ley, debe entenderse que su única restricción está condicionada a los aspectos intrínsecos del ciudadano y no así a aspectos extrínsecos de éste, como sería el de pertenecer a un partido político, para acceder a un cargo de elección popular, pues no debe pasarse por alto que es condición básica de la vida democrática, que el poder público dimane del pueblo, y la única forma cierta de asegurar que esa condición se cumpla puntualmente, reside en la participación de los ciudadanos,

sin más restricciones o calidades que las inherentes a su persona, es decir, sin depender de cuestiones ajenas.⁷⁰

Es pertinente aclarar que la interpretación constitucional a la que llegó la SCJN fue a partir del análisis de la legislación local y previamente a la reforma constitucional de trece de noviembre de dos mil siete, en la que se estableció que en las entidades federativas los partidos políticos tienen el monopolio para postular candidatos. No obstante, como en relación con cargos federales de elección popular no existe disposición constitucional en ese sentido, en este momento, según el criterio de la SCJN, no existe base para afirmar que el requisito de ser postulado por un partido político para ser candidato a Diputado Federal, Senador o Presidente de la República, es constitucional y convencional.

Sobre la base de las anteriores tesis, se puede concluir lo siguiente:

1. La Corte IDH considera que, de acuerdo con la CADH, los estados pueden optar por establecer que el ejercicio del derecho a ser votado sea exclusivamente a través de partidos políticos.
2. Aun cuando un estado establezca el monopolio de los partidos políticos para postular candidatos, en casos específicos donde esa disposición haga imposible realizar ese derecho, deben existir otros mecanismos que permitan su ejercicio efectivo.
3. La SCJN consideraba que en la CPEUM no se preveía, en el ámbito federal, el monopolio de los partidos políticos para poder ser candidato.
4. Los criterios del TEPJF fueron superados por la jurisprudencia de la SCJN emitida con posterioridad, en cuanto establecía que el derecho de ser votado es de configuración legal, y a través de ésta se puede prever válidamente que los partidos políticos sean los únicos que pueden postular candidatos.⁷¹

⁷⁰ Acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006.—Partido Político Estatal Alianza por Yucatán, Partido de la Revolución Democrática y Partido Alternativa Socialdemócrata y Campesina.—5 de octubre de 2006.—Once votos.—Ponente: Juan N. Silva Meza.—Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez.

⁷¹ Cabe mencionar que cuando el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *analiza o sintetiza* lo resuelto por la SCJN en el caso de Hank se confunde, pues atribuye a la Corte haber indicado que las limitaciones al derecho a ser votado, encuentran justificación cuando se refieren fundamental, pero no únicamente, a circunstancias inherentes a la persona, con lo cual evidentemente, se excluyen otro tipo de atributos o circunstancias que limiten ese derecho, cuando no sean esenciales a la naturaleza del sujeto en cuestión. Caballero, José Luis, *Los derechos políticos a medio camino. La integración Constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 461 y 462.

5. Actualmente, a partir de la reforma constitucional de 9 de agosto de 2012, la CPEUM prevé el registro de candidatos independientes.

2. Candidatos no registrados

En la elección del municipal de Las Vigas de Ramírez, Veracruz celebrada en el año dos mil cuatro, un grupo de ciudadanos argumentaban que, a pesar de no haber sido registrados como candidatos por algún partido político ganaron la elección porque la ciudadanía votó por ellos, pero al computar esos votos como nulos no era posible advertir el resultado pues sólo se obtuvo en el cómputo que existieron más votos nulos que los obtenidos por los candidatos declarados ganadores, por lo cual exigían que esos sufragios se les atribuyeran y, en consecuencia, se les otorgaran las constancias respectivas.⁷²

En este caso, el TEPJF resolvió que el requisito de estar registrado para participar en la contienda electoral *"no viola ni afecta el contenido esencial del derecho fundamental a ser votado, toda vez que no es un requisito arbitrario, caprichoso ni irrazonable sino que tiene una finalidad objetiva y constitucionalmente válida."* Así, resolvió que no es jurídicamente suficiente que un conjunto de electores voten en favor de determinado candidato no registrado para que tales votos, aun cuando éste obtuviera una supuesta mayoría, se traduzcan en votos plenamente eficaces, toda vez que, su mera participación en la contienda propiciaría una desproporcionada e injustificada desigualdad entre los candidatos registrados de aquellos no registrados.⁷³

3. Limitación al derecho a ser votado por ocupar un cargo de elección popular

Un caso importante para conocer las líneas argumentativas trazadas por la SSTEJF, respecto de la convencionalidad de requisitos legales para el ejercicio del derecho de ser votado, es el

⁷² SSTEJF, SUP-JDC-713/2004, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 22 de diciembre de 2004.

⁷³ *Id.* "La razón por la cual, desde una perspectiva sistemática y funcional, se estima que puede considerarse como voto válido el emitido no sólo en favor de un partido político sino de una agrupación de ciudadanos de un municipio o de una coalición, mas no así respecto de los que se emitan en favor de candidatos no registrados, deriva de que aquéllas postularon y obtuvieron el registro de sus candidatos desde la etapa de preparación de la elección y, por tanto, la autoridad electoral administrativa estuvo en aptitud de vigilar y controlar que las mismas y sus candidatos se hayan ajustado a los principios y reglas que rigen todo proceso electoral, incluido el del fortalecimiento y preservación del sistema plural de partidos políticos, mientras que los candidatos no registrados en ningún momento fueron susceptibles de tal vigilancia y control, por lo que no habría certeza y objetividad acerca de su observancia por éstos a fin de determinar si se estaría en presencia de una elección libre y auténtica con pleno respeto al derecho de los contendientes a acceder en condiciones de igualdad a los cargos de elección popular."

relacionado con una impugnación generada durante la elección de Gobernador del Estado de Baja California en el año dos mil siete, en la cual se analizó la validez del artículo 42 de la CPEUM de esa entidad, que establecía que no podrán *ser electos para ese cargo los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, Presidentes Municipales, Síndicos, Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos durante el periodo para el que fueron electos, aun cuando se separen de sus cargos.*⁷⁴

Al resolver el caso,⁷⁵ el TEPJF consideró que ese requisito era injustificado y violatorio de los artículos 1, 2, 29 y 30 de la CADH, a partir de una interpretación expansiva de los derechos fundamentales, así como del análisis sistemático de dicha Convención y de la jurisprudencia de la Corte IDH emitida con motivo del caso Yatama vs. Nicaragua, en la parte que indicó que toda restricción a los DPE *"debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue"*.⁷⁶

El criterio sostenido en esa sentencia generó la integración de la siguiente tesis jurisprudencial:

DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (LEGISLACIÓN DE BAJA CALIFORNIA).—La interpreta-

ción sistemática de los artículos 41, fracción VI, 42, párrafo tercero, y 80, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, conforme con el 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1o., 2o., 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite establecer que el hecho de que un ciudadano esté en ejercicio de un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el que fue electo, siempre que se separe dentro del término legalmente exigido. Acorde con lo anterior, cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político electorales deberá basarse exclusivamente en calidades

⁷⁴ SSTEPJF, SUP-JDC-695/2007, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 6 de julio de 2007.

⁷⁵ Sobre el tema, es obligado analizar el extraordinario comentario de José Luis Caballero, *op.cit.* nota 71.

⁷⁶ Caso Yatama, *supra* nota 4, párr. 206.

inherentes a la persona, además de ser necesaria e idónea para lograr la finalidad perseguida, y obedecer a criterios objetivos, racionales y proporcionales, que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional; por tanto, la limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado.⁷⁷

El aspecto que vale la pena destacar de las resoluciones del TEPJF, en relación con los dos temas expuestos, es que como fundamento de sus sentencias acudió a las normas de la CADH y, especialmente en el segundo, se aplicó la jurisprudencia de la Corte IDH para integrar el núcleo esencial del derecho de ser votado.

VI. Conclusión

Actualmente existe poca jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con DPE, no obstante, los criterios que ese órgano jurisdiccional ha sostenido en la resolución de los casos de su competencia han marcado diversas pautas interpretativas que han servido de base para fijar el núcleo esencial de esos derechos.

Si bien los órganos judiciales mexicanos no han sido proclives a fundamentar sus resoluciones en la CADH o en la jurisprudencia emitida con motivo de su aplicación, lo cierto es que, a pesar de la existencia de discontinuidades discursivas inexplicables, por lo menos desde el punto de vista jurídico, se puede advertir una tendencia general de buscar la expansión de los DPE, con la implicación de que la ciudadanía cuente con más y mejores derechos para la participación política.

Lo anterior se evidenció con la ampliación de los mecanismos de defensa jurisdiccional en materia electoral para proteger derechos fundamentales que se encuentran en relación de interdependencia con los DPE. Así, es posible proteger derechos tales como el de información, libertad de expresión, derecho de réplica, derecho de petición, etcétera. El reconocimiento de que el ejercicio de un derecho debe verse a la luz de todos los otros que se encuentren implicados es, sin duda, uno de los temas en donde se advierte mayor construcción jurisprudencial.

⁷⁷ TEPJF. Jurisprudencia 2/2010, DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, pp. 24 y 25.

De igual manera, los criterios fijados con motivo de suspensión, restricción, requisitos y límites de los DPE han sido, en la generalidad de los casos, tendentes a expandir los derechos fundamentales, al exigir que ni las normas que los reglamentan ni los actos emitidos con motivo de su aplicación, sean restrictivas o que indirectamente afecten contra su contenido mínimo, sino que por el contrario, tiendan a la ampliación de esos derechos.

Por último, a partir del nuevo marco constitucional creado con motivo de las últimas reformas del año de dos mil once y dos mil doce, los juzgadores tendrán la importante tarea de convertirse en un poder que actúe en beneficio de las personas, mediante el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales así como de las garantías que permitan hacerlos efectivos. Esperemos que así sea, y que de hoy en adelante la tendencia sea uniforme y lineal hacia la protección más amplia de las personas: ese es el reto que la judicatura tiene ante sí.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios Nacionales

- Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127, párr. 197.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, No 184.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 233.

2. Criterios Internacionales

- Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.
- Tribunal Pleno de la SCJN, 6/2008, CONTRADICCIÓN DE TESIS de entre las sustentadas por la SSTEPIF y la Primera Sala de esta SCJN, al resolver, respectivamente, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 85/2007, y la contradicción de tesis 29/2007-PS, 26 de mayo de 2011. Disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=23180&Clase=DetalleTesisEjecutorias> (1 de julio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 14/2004 y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004, 15 de junio de 2004. Disponible en <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/Novena%20C3%A9poca/2004/14-15-16_04.pdf> (1 de julio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 28/2006 y sus acumuladas 29/2006 y 30/2006.—Partido Político Estatal Alianza por Yucatán, Partido de la Revolución Democrática y Partido Alternativa Socialdemócrata y Campesina.—5 de octubre de 2006.—Once votos.—Ponente: Juan N. Silva Meza.—Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez.

- Tesis: 1a./J. 171/2007. DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México t. XXVII, Febrero de 2008, p. 215. Registro IUS 170338
- Tesis P/J 33/2011. DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 6. Registro IUS 161 099.
- Tesis: P/J. 56/2010. DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. EL ARTÍCULO SEXTO TRANSITORIO DEL DECRETO NÚMERO 011 PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS EL 25 DE NOVIEMBRE DE 2009, AL PREVER EL NOMBRAMIENTO DE CONCEJOS MUNICIPALES DE MANERA IRREGULAR, IMPIDE EL EJERCICIO PLENO DE AQUÉLLOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t., XXXI, Abril de 2010, p. 1565. Registro IUS 164803.
- Tesis: P/J. 22/2001. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL DECRETO "450" DEL ESTADO DE TABASCO, EN CUANTO SUPRIMIÓ EL PLAZO PARA QUE EL CONGRESO DEL ESTADO CONVOQUE A ELECCIONES EXTRAORDINARIAS PARA ELEGIR GOBERNADOR, ES VIOLATORIO DE LOS ARTÍCULOS 3o., 35, FRACCIÓN I, 39, 40, 41 Y 116, FRACCIONES I, PRIMERA PARTE, Y IV, INCISO A), DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t., XIII, Marzo de 2001, p. 445. Registro IUS 190 238.
- TEPJF. Tesis de Jurisprudencia 15/2008. COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTORIDAD ELECTORAL DEBE PROVEER LO NECESARIO PARA LLEVAR A CABO LAS ELECCIONES POR USOS Y COSTUMBRES (LEGISLACIÓN DE OAXACA), *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 2, No. 3, 2009.
- TEPJF. Tesis. S3ELJ 15/2000. PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES. Jurisprudencia 15/2000, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 4, Tercera Época, Año 2001. Registro IUS 920804. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/920/920804.pdf>> (1 de julio de 2013)

- TEPJF. Jurisprudencia 39/2010, PROPAGANDA RELIGIOSA CON FINES ELECTORALES. ESTA PROHIBIDA POR LA LEGISLACIÓN. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, México, Cuarta Época, Año 3, Número 7, 2010, pp. 35 y 36.
- TEPJF. Tesis LXIV/98. "VOTO. SU CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO SE TRANSGREDEN SI SE REVELAN DATOS PROPORCIONADOS POR LOS CIUDADANOS, FUERA DE LAS HIPÓTESIS LEGALES PERMITIDAS. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 2, Tercera Época, Año 1998, pp. 90 y 91.
- TEPJF. Jurisprudencia 25/2002. "DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, páginas 21 y 22.
- TEPJF. Jurisprudencia 27/2002. "DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, pp. 26 y 27.
- TEPJF. Jurisprudencia 24/2002. DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, México, Suplemento 6, Año 2003, pp. 19 y 20.
- TEPJF. Jurisprudencia 3/2005. ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. Compilación Oficial, Tercera Época, México, pp. 120 a 122.
- TEPJF. Tesis IV/2010. OBSERVADOR ELECTORAL. EL DERECHO DEL CIUDADANO A PARTICIPAR EN EL PROCESO ELECTORAL CON TAL CARÁCTER, NO SE RESTRINGE POR LA SOLA MILITANCIA A UN PARTIDO POLÍTICO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, pp. 44.
- TEPJF. Jurisprudencia 32/2010. "DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA ELECTORAL. LA EXPRESIÓN "BREVE TÉRMINO" ADQUIERE CONNOTACIÓN ESPECÍFICA EN CADA CASO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Cuarta Época, México, Año 3, Número 7, 2010, pp. 16 y 17.
- TEPJF. Jurisprudencia 7/2010. "INTERÉS JURÍDICO EN LA PROCEDENCIA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO,

CUANDO SE ALEGAN PRESUNTAS VIOLACIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL." *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, , Cuarta Época, México, Año 3, Número 6, 2010, pp. 28 y 29.

- TEPJF, Jurisprudencia 11/2008, LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, , Año 2, Número 3, 2009, pp. 20 y 21.
- TEPJF. Tesis VII/2010. "DERECHO DE RÉPLICA. SE TUTELA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR.
- TEPJF. Tesis XV/2007. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS-ELECTORALES DEL CIUDADADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 1, Número 1, Cuarta Época, 2008, páginas 96 y 97.
- TEPJF. Tesis IX/2010. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICO ELECTORALES. TRATÁNDOSE DE PRÓFUGOS DE LA JUSTICIA, NO REQUIERE DECLARACIÓN JUDICIAL. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Año 3, Número 6, Cuarta Época, 2010, pp 46 y 47.
- TEPJF. Jurisprudencia 2/2010, DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR. *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuarta Época, Año 3, Número 6, 2010, pp. 24 y 25.
- SSTEPIJF, SUP-JRC-118/2002, Juicio de revisión constitucional electoral, 30 de agosto de 2002.
- SSTEPIJF, SUP-JDC-013/2002, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 5 de junio de 2002.
- SSTEPIJF, SUP-JDC-243/2000, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 24 de enero de 2001.
- SSTEPIJF, SUP-JRC-415/2007 y acumulados, Juicios de revisión constitucional electoral, 19 de diciembre de 2007.

- SSTEPJF, SUP-JDC-1583/2007, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 28 de septiembre de 2007.
- SSTEPJF, SUP-JDC-410/2008, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 27 de agosto de 2008.
- SSTEPJF, SUP-JDC-85/2007, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 20 de junio de 2007.
- SSTEPJF, SUP-JDC-2045/2007, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 29 de noviembre de 2007.
- SSTEPJF, SUP-JDC-670/2009, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 1o. de octubre de 2009.
- SSTEPJF, SUP-JDC-98/2010, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 13 de mayo de 2011.
- SSTEPJF, SUP-JDC-157/2010 Y SUP-JRC-173/2010 ACUMULADO, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y de revisión constitucional electoral, 11 de junio de 2010.
- SSTEPJF, SUP-JDC-037/2001, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 25 de octubre de 2001.
- SSTEPJF, SUP-JDC-713/2004, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 22 de diciembre de 2004.
- SSTEPJF, SUP-JDC-695/2007, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, 6 de julio de 2007.

Tutela

• judicial

Estándares sobre
tutela judicial

I. Prohibición Tribunales Especiales

Los tribunales especiales deben ser creados *ex profeso* para conocer de un caso o grupos de casos concretos o negocios específicos y *a posteriori* de la ocurrencia de un hecho o acto jurídico que provoca su creación. Deberá resolver todos los asuntos que les hayan sido encargados, dentro de un plazo determinado que al cumplirse dejará de existir. Un tribunal se consideraría especial si no cumple con los criterios de generalidad, abstracción y permanencia.

El Estado no debe crear tribunales especiales o *ad hoc* para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

La prohibición de tribunales especiales se traduce en la garantía de juez natural que consiste en ser juzgados bajo las competencias atribuidas previamente a los jueces por la legislación interna y que éstas sean estrictamente observadas.

II. Fuero militar

La actual redacción del artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar es incompatible a la luz de un control de constitucionalidad y convencionalidad. Frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdic-

ción militar. En caso contrario se afectaría el derecho a participar en el proceso penal de la víctima, así como la respectiva reparación del daño, y el derecho a la verdad y la justicia.

Las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

La jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército.

La competencia del fuero militar se restringe en los siguientes supuestos: se encuentren involucrados militares y civiles; y/o, esté comprometido el respeto de los derechos humanos de los civiles involucrados.

La jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. El fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y el debido proceso.

III. No retroactividad de la ley penal

La aplicación retroactiva de la ley es permisible en beneficio de la persona, en particular de los procesados y sentenciados por un delito. Si un individuo cometió un delito estando vigente una ley sustantiva o procesal y durante el lapso de tiempo en que fue detenido o durante el trámite del proceso se promulga una nueva ley se le debe aplicar la más favorable para la concesión de beneficios y derechos, y para el dictado de la sentencia correspondiente. Por ley más favorable debe entenderse aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, la que comprende a las leyes de desincriminación una conducta anteriormente considerada como delito, las que crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad.

La aplicación de ley de manera retroactiva si puede efectuarse siempre y cuando sea para beneficio de los derechos sustantivos de las personas; aquellos que son de imposible reparación como la vida, la propiedad, la seguridad y la igualdad.

La prohibición de dar efectos retroactivos a las leyes, se dirige tanto al legislador cuando a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y se traduce en el principio de que las leyes sólo deben ser aplicables a los hechos ocurridos durante su vigencia.

En un Estado de Derecho todas las autoridades en ejercicio de sus competencias deben respetar los principios de legalidad y de irretroactividad, y con mayor énfasis cuando se trata del ejercicio del momento en que ejerce el poder punitivo o represión.

El principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable obliga a los Estados a no ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Una persona no puede ser penada por un hecho que no era delito o no era punible cuando fue cometido.

La jurisprudencia no se rige por la "garantía de irretroactividad de la ley", debido a que la misma no puede ser considerada como ley en sentido formal al no ser producto del órgano legislativo, sino la interpretación que los tribunales hacen de la legislación. La jurisprudencia no puede transgredir el contenido de la garantía de irretroactividad, 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.

IV. Principio de legalidad en materia penal

La definición del tipo penal debe ser redactada de manera estricta y que no permita interpretaciones, es decir con un significado unívoco. El tipo debe fijar los elementos que permitan al destinatario de la norma entender cual es la conducta punible y evitar un margen de interpretación que le permita a la autoridad ser discrecional. Es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afecta severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

V. Derecho de audiencia

El derecho de audiencia debe respetarse aunque la ley secundaria sea omisa en prever un procedimiento defensivo en beneficio del afectado. El derecho de audiencia se distingue y regula de manera diferente los actos privativos y los actos de molestia.

Los actos privativos son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho para su emisión se exige la existencia de un juicio previo seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado.

Los actos de molestia, pese a que implican también una afectación a la esfera jurídica del gobernado solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho, se autorizan siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad competente, en donde funde y motive la causa legal del procedimiento. La garantía de audiencia es exigible solo tratándose de actos privativos.

VI. Fundamentación y motivación

La motivación es el conjunto de razonamientos lógico jurídicos que demuestra la adecuación de los fundamentos citados en el caso concreto y tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

La fundamentación y motivación de las autoridades legislativas no tiene que cumplir con la formalidad de fundar y motivar cada precepto de la ley ya que el requisito de fundamentación se satisface cuando aquélla actúa dentro de los límites de las atribuciones que la CPEUM le confiere y la motivación se colma cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que deben regularse jurídicamente. Se tiene que cumplir con los requisitos de constitucionalidad del acto legislativo (y un control difuso implícito) así como de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

VII. Derecho de acceso a la justicia

El derecho al acceso a la justicia es considerado como un derecho fundamental ya que constituye la vía para reclamar su cumplimiento de derechos humanos ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley. Se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas.

El derecho al acceso a la justicia es de carácter adjetivo: otorga la posibilidad de tener una vía jurisdiccional para la tutela de sus derechos. Los derechos derivados del derecho de acceso a la justicia obligan no solamente a órganos judiciales sino a cualquier autoridad que materialmente realice actos jurisdiccionales.

Es obligación a cargo de los Estados ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo y eficaz contra actos violatorios de sus derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.

Los principios de justicia pronta, justicia completa, justicia imparcial, y justicia gratuita, se refieren a las cualidades que se exige que tenga el proceso de administración de justicia. Por justicia completa implica un pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario y se garantice a la persona una resolución en la que, aplicando la ley, se decida si le asiste la razón sobre los derechos que reclama. Se encuentra relacionado con los principios de congruencia y exhaustividad. Sin embargo, este principio no significa que los jueces deban pronunciarse sobre la totalidad de los alegatos presentados sino sólo sobre los que sean necesarios para emitir el fallo, de tal forma que los aspectos debatidos se resuelvan en su integridad. La justicia imparcial se refiere a que el juzgador debe emitir una resolución apegada a derecho de forma que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido. La imparcialidad como principio tiene una dimensión subjetiva que se refiere a las condiciones personales del juez que pudieran constituir un impedimento para que conozca de un asunto; y una dimensión objetiva que se asocia con los presupuestos normativos que debe aplicar el juzgador para resolver un caso en un sentido determinado. La *justicia gratuita* se refiere a que los órganos encargados de la impartición de justicia, así como los servidores públicos que tienen dicha función, no pueden cobrar a las partes emolumentos por la prestación de ese servicio.

VIII. Expulsión de extranjeros

Es una facultad exclusiva y discrecional del presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin forma de juicio, a todo extranjero cuya permanencia en el país juzgue inconveniente. Esto no significa que los extranjeros puedan ser privados de sus derechos por lo cual la orden de expulsión debe ser fundada, motivada y despachada dentro de las normas y conductos legales.

Los Estados deben adoptar medidas que garanticen a los migrantes los derechos a la libertad, al debido proceso y al acceso a la justicia. Las detenciones de migrantes deben ser excepcionales y en su caso deberá ser revisada por un juez, garantizándosele a la afectada, el derecho a la presentación de un recurso legal adecuado y efectivo, estableciéndose que la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias no debe ser con fines punitivos.

La expulsión de extranjeros debe ser una situación realmente excepcional y no un procedimiento administrativo común, pues dicha facultad se creó para casos excepcionales y graves y para mantener el buen orden social y el respeto y observancia de los principios constitucionales.

La facultad que tienen los Estados para fijar políticas migratorias y establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él deben ser compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la CADH. Los objetivos de las políticas migratorias deben ser respetar los derechos humanos de las personas, un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

Principales criterios jurisprudenciales

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 129.
- CortelDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs. Panamá)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 04,
- Corte IDH *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200.
- Corte IDH *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.

- SCJN. Pleno. VARIOS 912/2010. PONENTE: MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS. ENCARGADO DEL ENGROSE: JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ. SECRETARIOS: RAÚL MANUEL MEJÍA GARZA Y LAURA PATRICIA ROJAS ZAMUDIO. México, 14 DE JULIO DE 2011.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, enero 1952, T. CXI, p. 432. Registro IUS 368219.
- Tesis P. LXXI/2011 (9a.). RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 20. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 554. Registro IUS 160488.
- Ejecutoria: 1a./J. 10/2001 (9a.). CONTRADICCIÓN DE TESIS 44/2000-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, ACTUALMENTE SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO Y PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIII, Abril de 2001, p. 334. Reg. IUS 7084.
- Ejecutoria: 2a./J. 16/2008 (9a), AMPARO EN REVISIÓN 1102/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 903. Reg. IUS 20912.
- Tesis: P./J. 49/2004 (9a.), DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 967. Reg. IUS 181148.
- Tesis 2a. CXIV/2000, EXPROPIACIÓN. LAS LEYES QUE ESTABLEZCAN LA PROCEDENCIA DE UN RECURSO PARA IMPUGNAR EL DECRETO RESPECTIVO, PERO SIN ESTABLECER SU DEBIDA REGLAMENTACIÓN, VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XII, septiembre de 2000, p. 180. Reg. IUS 191250.

- Tesis P./J. 40/96, ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. IV, julio de 1996, p. 5. Reg. IUS 200080.
- Tesis 2a. LXIII/2007, AUDIENCIA. LAS AUTORIDADES DEBEN RESPETAR ESA GARANTÍA EN CUALQUIER MATERIA, INCLUYENDO LAS SEÑALADAS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUANDO IMPONGAN MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA POR LAS QUE SE PRIVE DEFINITIVAMENTE AL GOBERNADO EN LOS DERECHOS DE USO, GOCE O DISPOSICIÓN DE LA PROPIEDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXV, junio de 2007, p. 340. Reg. IUS. 172260.
- Tesis P./J. 21/98, MEDIDAS CAUTELARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Reg. IUS: 196727.
- Tesis I.4o.A. J/43, de rubro FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1531. Registro IUS 175 082.
- Tesis. 2a. XXVII/2009. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPUESTOS DE HECHO EQUIVALENTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 470. Registro IUS 167 712.
- Tesis P./J. 113/2001. "JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 5. Registro IUS 188 804.
- Tesis: 2a./J. 192/2007. "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE

DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 209. Registro IUS 171 257.

- Tesis: P. LXIII/2010, "DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 25. Registro IUS 163 168.
- Tesis 2a. L/2002, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2002, p. 299.
- Tesis: 1a. X/2000, "SENTENCIAS DE AMPARO, PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Agosto de 2000, p. 191. Registro IUS 191 458.
- Tesis 1a. CVIII/2007, "GARANTÍA A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA COMPLETA TUTELADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, p. 793, Registro IUS 172 517.
- Tesis 1a./J. 1/2012 (9a.), "IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, p. 460, Registro IUS 160 309.
- Tesis P./J. 72/99, "COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Agosto de 1999, p. 19. Registro IUS 193 559.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS 811455.

- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CX, p. 113. Reg. IUS 319115.
- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XCV, p. 720. Reg. IUS 320612.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS 811457.

La dimensión
jurisdiccional del derecho
a la igualdad:
Artículo 13 Constitucional
y artículos 8 y 24 de la
Convención Americana
sobre Derechos Humanos

Ximena MEDELLÍN URQUIAGA*

* Profesora-Investigadora Asociada de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). La autora quisiera agradecer a Jaqueline Cruz Arellanes por su invaluable ayuda en el proceso de investigación para la elaboración de este capítulo. Todas las opiniones expresadas en el mismo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan la postura institucional del CIDE.

SUMARIO: I. *La Prohibición de los tribunales especiales en la interpretación constitucional del Poder Judicial Federal.* II. *Juez competente, debido proceso e igualdad jurisdiccional en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* III. *Relación ente la jurisprudencia federal e interamericana.*

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial de la Federación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; tribunales especiales; juez competente; Suprema Corte de Justicia de la Nación; derecho a la igualdad; debido proceso; competencia.

El párrafo primero del artículo 13 constitucional establece, entre otros elementos, una prohibición expresa, dirigida a las autoridades estatales, a fin que ninguna persona sujeta a la jurisdicción mexicana sea juzgada por tribunales especiales. Esta prohibición, que fue integrada desde el texto original de la Constitución Política de 1917, refleja una larga tradición en el constitucionalismo liberal respecto a la limitación de los estamentos o estrados propios de la sociedad feudal. En esta medida, la prohibición de crear tribunales especiales es, tal como lo señala Jesús Ovalle, una "[...] manifestación específica del principio general de la igualdad de las personas ante la ley en el campo procesal".¹ Ahora bien, en concordancia con las reflexiones propuestas por el autor antes referido, es importante precisar que el derecho a la igualdad ante la ley por ningún motivo se agota con las prohibiciones enumeradas en el artículo 13 constitucional; tampoco así, el derecho a la igualdad en su vertiente jurisdiccional puede ser equiparado exclusivamente a la prohibición de ser enjuiciado ante tribunales especiales.

Tal como se discutirá en este estudio, a fin de entender el verdadero alcance y contenido del derecho a la igualdad jurisdiccional es fundamental atender al mandato que, en mate-

¹ Ovalle, Jesús, *"Igualdad ante la ley"*, en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo XVI, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Séptima edición, México, 2006, pág. 485.

ria de derechos humanos, impone el artículo 1 constitucional. Lo anterior implica un ejercicio analítico que integre tanto el texto constitucional como los tratados internacionales en la materia. Adicionalmente, será indispensable recurrir a los precedentes relevantes emitidos por el Poder Judicial de la Federación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CortelDH" o "la Corte"),² de manera que se pueda identificar la interpretación que más favorezca la protección de la persona, ante el ejercicio del poder público jurisdiccional.

Siguiendo este marco de referencia, la primera parte de este estudio se centrará en el análisis de la interpretación emitida por el Poder Judicial de la Federación en materia de prohibición de tribunales especiales. En la segunda sección se hará una revisión de la jurisprudencia de la CortelDH relacionada con el derecho a la igualdad en su dimensión jurisdiccional. En la última sección se presentará un análisis comparativo entre los criterios constitucionales nacionales e interamericanos, a fin de identificar posibles áreas de discrepancias, concordancias o complementariedad. Este ejercicio analítico resulta, como se indicó, indispensable para poder determinar el alcance y contenido del derecho objeto de este estudio, desde los parámetros más protectores.

Como preámbulo de estos debates sustantivos, es importante precisar que, en contraste con otros derechos reconocidos en nuestro texto constitucional, la prohibición de establecer tribunales especiales no tiene un referente exacto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención"), ni en otros tratados e instrumentos interamericanos. No obstante lo anterior, como se analizará en la sección correspondiente a la jurisprudencia relevante de la CortelDH, es posible identificar distintos aspectos de interés para el análisis de la vertiente jurisdiccional, en el marco de la interpretación de dicha Corte ha proporcionado del derecho al debido proceso (artículo 8 de la CADH) e igualdad ante la ley (artículo 24 de la CADH). Entre los temas a examinar resaltan, entre otros, los conceptos del juez competente y juez natural y su vinculación con el debido proceso, el alcance de la competencia de órganos materialmente jurisdiccionales, la posibilidad de crear órganos administrativos especiales, así como ciertos criterios respecto a la motivación de las decisiones jurisdiccionales.

² Al respecto, es importante recordar que, tal como lo ha reconocido la SCJN, las decisiones de la CortelDH en contra del Estado mexicano serán obligatorias en todos sus términos para las autoridades nacionales. Por su parte, aquéllos criterios contenidos en otras decisiones de la misma CortelDH, tendrán un papel orientador para los operadores jurídicos nacionales. Esto no significa que dichos criterios sean opcionales, sino que, en caso de existir una norma o interpretación constitucional más favorable para la persona en el caso concreto, se habrá de optar por ésta, en lugar de la emitida por la CortelDH. De cualquier forma, la decisión de la norma o interpretación más favorable requiere, sin duda, conocer y reconocer tanto los precedentes nacionales como los internacionales.

Con estas consideraciones iniciales como telón de fondo, en la siguiente sección se presenta una síntesis de los criterios que, en interpretación del artículo 13 constitucional, han establecido el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "SCJN"), así como algunos tribunales de circuito. La revisión de los precedentes relevantes abarcó desde la Quinta hasta la Décima época de la jurisprudencia constitucional mexicana e incorporó tanto tesis jurisprudenciales como aisladas.

I. La prohibición de los tribunales especiales en la interpretación constitucional del Poder Judicial Federal

De conformidad con la interpretación avanzada hasta la fecha por el Poder Judicial de la Federación, el artículo 13 constitucional contiene una limitación precisa al ejercicio del poder público en su dimensión jurisdiccional o judicial. Esta prohibición, entendida en el discurso decimonónico como una garantía del derecho a la igualdad, se proyecta en dos vertientes específicas, *i.e.* la temporalidad y la finalidad de los órganos jurisdiccionales.

En este contexto general, SCJN ha identificado algunos elementos esenciales, a partir de los cuales se deberá determinar si un tribunal puede ser calificado como *especial*, a fin de establecer su compatibilidad con el artículo referido. En primer lugar, la SCJN ha sostenido que dichos tribunales son órganos creados *ex profeso* para conocer de un caso o grupos de casos concretos o negocios específicos,³ los cuales han sido predeterminados en cuanto a su número.⁴ De esta forma, la SCJN delimita los criterios a través de los cuales se deberá entender si, por su finalidad, un órgano jurisdiccional puede ser considerado como un tribunal especial. En contraste con la limitación material de dichos tribunales, los órganos jurisdiccionales ordinarios han de ser competentes para conocer y resolver sobre un número indeterminado de casos o negocios singulares, en tanto los mismos se sitúen en el supuesto normativo contenidos en la ley aplicable.

Adicionalmente, desde sus primeras interpretaciones, la SCJN se ha pronunciado sobre la temporalidad de los tribunales especiales, entendiendo que los mismos son órganos creados *a posteriori* de la ocurrencia de un hecho o acto jurídico. Más aún, como parte de los elementos que caracterizan estos tribunales, la SCJN ha destacado que los mismos deberá resol-

³ Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, octubre 1946, T. XC, p. 682. Registro IUS 806435.

⁴ Amparo directo en revisión 287/2011. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/externas/detalle.aspx?id=161428>> (23 de junio de 2013).

ver todos los asuntos que les hayan sido encargados, dentro de un plazo determinado. Al concluir dicho plazo, el órgano jurisdiccional dejará de existir.⁵

Ahora bien, es importante precisar que la existencia temporal de un tribunal parece no ser, *per se*, un elemento que determine la naturaleza especial del órgano en cuestión. De conformidad con el criterio sostenido por el Pleno de la SCJN en la tesis aislada P. XVIII/2008, la existencia transitoria y competencia limitada de los tribunales itinerantes, creados por acuerdo general del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), no conlleva una infracción del artículo 13 constitucional. Lo anterior, ya que dichos tribunales no son creados para conocer de asuntos previamente determinados, sino para resolver, por razones de necesidad del servicio, de un número indeterminado de casos dentro del plazo determinado para su existencia. Más aún, según se desprende del criterio de la SCJN en la misma tesis, mediante el mismo acuerdo general del CJF, a través del cual se crean estos tribunales, se determina, previamente y en abstracto, el turno por el cual los asuntos serán asignados a los mismos.⁶

En síntesis, de una lectura integral de los criterios establecidos por la SCJN, hemos de entender que existe un tribunal especial cuando el mismo no cumple con los criterios de generalidad, abstracción y permanencia.⁷ A *contrario sensu*, serán tribunales ordinarios o generales aquéllos órganos jurisdiccionales cuya existencia se proyecta a través del tiempo y son competentes para resolver, según las normas relevantes, un número indeterminado de asuntos o negocios futuros, nunca predeterminados.

A estos criterios generales, hemos de añadir algunos elementos específicos que han sido destacados por la interpretación constitucional nacional. Como un primer aspecto, es pertinente resaltar que en la determinación de la naturaleza del tribunal se deberá atender a las normas que establezcan su competencia, en contraste con las circunstancias o situaciones jurídicas específicas del destinatario de la norma.

Este aspecto se puso de relieve, por ejemplo, en la sentencia de Amparo Directo en Revisión 287/2011. En este caso, la quejosa –una empresa particular, concesionaria del servicio de suministro de agua potable del Municipio de Aguascalientes– alegó que el Tribunal Contencioso Administrativo debía considerarse como un tribunal especial en tanto que su compe-

⁵ Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, enero 1952, T. CXI, p. 432. Registro IUS 368219.

⁶ Tesis P. XVIII/2008. JUZGADOS DE DISTRITO ITINERANTES. NO TIENEN LA NATURALEZA DE TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, abril de 2006, T. XXVII, p. 8. Registro IUS 170073.

⁷ Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES..., *supra* nota 6.

tencia para conocer casos contenciosos contra la quejosa desaparecería al llegar el término de la concesión correspondiente. En su resolución, la Primera Sala de la SCJN claramente apuntó que la temporalidad del acto administrativo, a través del cual se había otorgado la concesión para el suministro de agua potable, no era una norma en que se fundamentara la competencia del Tribunal. Por ende, no podía afirmarse que dicho órgano estuviera limitado en el tiempo o en el número de casos que podría conocer.⁸

Con respecto a las normas que establecen la competencia de los tribunales, el propio Poder Judicial de la Federación ha sostenido que las mismas deberán cumplir con los requisitos propios de la una norma jurídica, es decir, generalidad, abstracción y permanencia.⁹ Lo anterior conduce, entonces, a afirmar la innegable relación que existe entre los dos supuestos iniciales del artículo 13 constitucional: la prohibición de establecer leyes privativas y tribunales especiales.

Ahora bien, dentro de esta línea general de interpretación, la SCJN también ha sostenido que la prohibición de establecer tribunales especiales no limita la posibilidad de modificar, mediante otra norma jurídica, la competencia de los órganos ya existentes. En otras palabras, siguiendo los criterios establecidos por la SCJN, el artículo 13 constitucional no “otorga” a las personas el derecho de que sus asuntos sean siempre resueltos por el órgano jurisdiccional que inicialmente conoció de la causa, pues siempre existe la posibilidad de variar la competencia de los órganos específicos.¹⁰

Además, es importante apuntar que el artículo 13 constitucional no parece establecer una reserva de ley absoluta. Bajo determinados supuestos, la existencia y competencia de un órgano jurisdiccional se podrá fundamentar en normas legales que cumplan con las características antes descritas, aún cuando no hayan sido creadas por un órgano legislativo federal o estatal. Tal conclusión se deduce de la sentencia de la Amparo en Revisión 337/2001, en la cual se argumentó la naturaleza especial del Tribunal Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México. De conformidad con lo sostenido por la Primera Sala de la SCJN, si bien el Tribunal Universitario no fue creado con base en una ley del Congreso de la Unión, sino por el Estatuto de la Universidad Nacional Autónoma de México, adoptado por el Consejo Constituyente Universitario, esto no lo convierte en un tribunal especial. Lo anterior, en

⁸ Amparo directo en revisión 287/2011..., *supra* nota 4.

⁹ Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES, CUALES LO SON (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, febrero 1937, T. LI, p. 1644. Registro IUS 808991.

¹⁰ Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, septiembre 1945, tomo LXXXV, p. 1982. Reg. Registro No. 322479.

tanto que la norma en que se funda su existencia y competencia es, efectivamente, un “ordenamiento legal general, abstracto e impersonal”. Más aún, el Tribunal Universitario es competente para conocer de un número indeterminado de casos relacionados con la infracción de las normas universitarias cometidas por cualquier alumno de dicha universidad.¹¹ Esta misma dimensión de la discusión se dejó entrever en la antes mencionada tesis aislada P. XVIII/2008, en tanto que la SCJN no determinó una violación del artículo 13 constitucional, aun cuando los tribunales itinerantes habían sido creados con base en un acuerdo general del CJF.

Como último elemento de consideración respecto a la interpretación judicial de la prohibición contenida en el artículo 13 constitucional, resulta de particular importancia hacer referencia a la posible relación entre dicha prohibición y el derecho al debido proceso. Al respecto, en una tesis aislada publicada en la Quinta Época, el Pleno de la SCJN afirmó que “[l]as violaciones sustanciales del procedimiento, no pueden ser fundamento para alegar que se ha juzgado al quejoso de un modo especial.”¹² Es difícil tratar de dar un sentido unívoco a las palabras del Pleno de la SCJN cuando las mismas han sido extraídas del contexto de la decisión, además de corresponder a un momento tan temprano de la interpretación constitucional. No obstante, es importante mantener este criterio en mente ya que, a la fecha, no parece haber otro precedente nacional que apunte con tanta claridad a la posible vinculación entre el debido proceso y la noción de juez competente *vis-á-vis* un tribunal especial. Por el contrario, tal como se analizará en la siguiente sección, esta es una de las líneas de interpretación más sólidas en la jurisprudencia interamericana.

Por otro lado, de manera complementaria a los criterios sobre tribunales especiales, la SCJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de los tribunales especializados. Si bien este no es la materia específica de esta reflexión, es importante hacer referencia a algunos de los criterios generales, a fin de delimitar los alcances de cada tema.

Así, por ejemplo, en la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, el Pleno de la SCJN determinó que, como parte del sistema integral de justicia para adolescentes, los dis-

¹¹ Tesis. 1a. XII/2003. TRIBUNALES ESPECIALES. EL TRIBUNAL UNIVERSITARIO Y EL CONSEJO DE HONOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, NO TIENEN ESA CALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVII, mayo de 2003, p. 245. Reg. IUS. 184254. A mayor ahondamiento sobre el argumento avanzado por la Primera Sala de la SCJN, es pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por el Juez de Distrito en la primera sentencia de este mismo caso. Al respecto, el Juez Décimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal afirmó que la autonomía universitaria implicaba la posibilidad de autorregularse y autogobernarse. Lo anterior, se materializa en la posibilidad de crear sus propios órganos y normativa interna, todo dentro de los límites establecidos por el propio marco jurídico nacional y los fines de la propia Universidad.

¹² Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. VII, octubre de 1920, p. 1177. Reg. IUS. 288440.

tintos órdenes de gobierno tienen la obligación de establecer órganos formal y materialmente jurisdiccionales, especializados para el conocimiento de los asuntos que correspondan dicho sistema. En un análisis pormenorizado de estos órganos, la SCJN concluye que la especialización de los mismos deviene, en primer término, de las capacidades específicas con las que deben contar los funcionarios y operadores del sistema integral de justicia para adolescentes.¹³ Lo anterior no excluiría, por supuesto, una eventual especialización orgánica o competencial de los órganos jurisdiccionales que formen parte del sistema ya referido.

Más allá de estos elementos puntuales, es importante resaltar que el estudio de los órganos jurisdiccionales especializados que forman parte del sistema de justicia para adolescentes no se da en el vacío. Por el contrario, el Pleno de la SCJN es insistente al considerar que cualquier evaluación sobre la constitucionalidad de dichos órganos se debe dar en la lógica de un mandato establecido por la propia norma fundante –a través del artículo 18 constitucional– así como de los principios que sustentan todo el sistema: el interés superior del niño y la protección integral de la infancia. Así entonces, la creación de órganos jurisdiccionales especializados –en cualquier a de las dimensiones o vertientes arriba referidas– debe entenderse dentro de un sistema integral especializado, el cual se conforma por un amplio conjunto de instituciones, tribunales y autoridades.

En síntesis, la interpretación constitucional emitida por el Poder Judicial de la Federación ha distinguido entre tribunales especializados y tribunales especiales, afirmando que son sobre estos últimos sobre los que recae la prohibición contenida en el artículo 13 constitucional. En este marco, a fin de determinar la naturaleza especial de un tribunal se deberá atender a la finalidad y temporalidad del órgano, además de las características de generalidad, abstracción y permanencia de la norma en la que se fundamente la existencia y competencia del tribunal. Lo anterior no significa, sin embargo, que la distribución de competencias sea inmovible o que el órgano jurisdiccional no pueda ser creado por una norma distinta a una ley en sentido formal, en tanto que se cumplan con las características antes mencionadas.

II. Juez competente, debido proceso e igualdad jurisdiccional en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aunado a la interpretación nacional, el nuevo marco constitucional en derechos humanos, tal como ha sido entendido por la SCJN, ordena tener en consideración los criterios emitidos

¹³ Acción de inconstitucionalidad 37/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, T. XXXIII, p.1. Registro IUS 168780.

por órganos internacionales en interpretación de tratados en la materia. Esta sección se centra en los precedentes emitidos por la CorteIDH, relevantes para un análisis evolutivo del derecho a la igualdad en el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

Dejando de lado la jurisprudencia interamericana con respecto a la limitación del fuero militar, las interpretaciones relevantes para determinar el contenido y alcance dicho derecho no son particularmente extensas; menos aun cuando el análisis se enfoca en la prohibición de establecer órganos jurisdiccionales especiales. Como se discutirá más adelante, aún en casos en que de los hechos se desprende la posible existencia de órganos de esa naturaleza, la Corte ha optado por enfocar su análisis en otras dimensiones del caso. En particular, el análisis se ha centrado en distintas violaciones al derecho al debido proceso. Esto podría explicarse dada la ausencia de una norma expresa, similar o equiparable a la prohibición de establecer tribunales especiales, contenida en nuestra Constitución.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la jurisprudencia interamericana no sea de relevancia para el tema bajo estudio. En sus decisiones, la Corte ha abordado temas de particular interés, que podrían complementar la interpretación nacional del artículo 13 constitucional. Entre ellos, el derecho al juez natural, la estrecha vinculación entre el debido proceso y la calidad del órgano jurisdiccional, la obligación de incorporar los estándares mínimos de debido proceso a procedimiento de naturaleza administrativa, la importancia de dotar a los organismos judiciales o administrativos con competencia suficiente para conocer de todos los aspectos relevantes de una controversia o negocio, o la importancia total de la motivación en las decisiones jurisdiccionales.

De manera concreta, la dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad ha de entenderse dentro de la vinculación entre los artículos 8 (debido proceso)¹⁴ y 24 (igualdad ante la

¹⁴ En relación al debido proceso, las normas interamericanas de mayor relevancia para el tema bajo estudio son los incisos 1 y 2 del artículo 8 de la CADH: "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."

ley)¹⁵ de la CADH. Con respecto a este último derecho, la Corte ha afirmado que el mismo se diferencia del mandato general de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH, pues el primero es una proyección específica en la ley de los Estados. En otras palabras, sólo aquella discriminación que tenga bases legales nacionales será una fuente de violación del artículo 24 de la CADH. Otro tipo de discriminación, que puede afectar a cualquier derecho contenido en la Convención, deberá ser analizada desde el artículo 1.1 de dicho instrumento. Así entonces, el artículo 24 de la CADH tiene indudable relevancia al evaluar las normas jurídicas internas de un Estado. La pregunta sería, entonces, si el derecho a la igualdad ante la ley, tal como ha sido entendido por la CorteIDH, no sólo abarca la construcción abstracta de una determinada norma, sino si puede proyectarse en la aplicación que de dicha norma realicen los tribunales u órganos facultados para determinar los derechos. En otras palabras, será importante determinar si puede existir una violación al derecho a la igualdad ante la ley que se derive, no de la propia norma, sino de la forma en que la misma es aplicada a los casos concretos por parte de los órganos jurisdiccionales. Este será un tema de particular debate al final de esta sección.

Con estas consideraciones generales como antecedentes, entraremos ahora al análisis de las decisiones en concreto. Es importante precisar que la selección de casos ha sido incluida en esta sección se centró en aquéllos que podían aportar elementos particulares o distintivos para la delimitación del derecho a la igualdad jurisdiccional, en exclusión del debate sobre la limitación de la jurisdicción o fuero militar.

En esta línea, destacan, en primer lugar cronológico, algunas de las sentencias dictadas en contra del Estado peruano en los casos sobre procesos penales por delitos de traición a la patria y terrorismo, seguidos en contra de personas presuntamente vinculadas al grupo Sendero Luminoso. Dentro de este universo de decisiones resalta, de manera particular, la sentencia de fondo del caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, en la que la Corte concluye que “[e]l Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.’”¹⁶ Esta afirmación se inserta en una amplia discusión sobre la limitación de la jurisdicción militar y, sin embargo, parece ir más allá de la misma. Tal como se desprende de los hechos del caso, las víctimas del mismo no sólo fueron sujetas a la jurisdicción de los tribunales militares, sino que fueron juzgadas por jueces sin rostro, tanto en el fuero castrense como

¹⁵ De conformidad con el artículo 24 de la CADH “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

¹⁶ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 129.

en el fuero civil. La instauración de este sistema de jurisdicción penal paralelo, tal como lo denomina el informe final de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación en Perú, ciertamente implicó una sustitución de tribunales ordinarios por órganos jurisdiccionales con competencia limitada, en los que no garantizaban las mínimas condiciones de independencia e imparcialidad. La sentencia de fondo de *Castillo Patruzzi* parece, entonces, dejar entrever una dimensión particular de jurisprudencia interamericana: la relación entre el concepto de juez natural o competente y otras dimensiones o normas del debido proceso.

La interdependencia entre distintas dimensiones del debido proceso, como elemento determinante del concepto del juez competente, fue reafirmada por la CortelDH en la sentencia del caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Según los hechos del caso, en el que se discute una vez más los límites de la jurisdicción militar, el Señor Palamara Iribarne, autor del manuscrito en proceso de publicación titulado "Ética y Servicios de Inteligencia", fue sujeto a proceso penal militar por los delitos de desobediencia y desacato. Al momento de los hechos, el Señor Palamara, oficial en retiro de la Armada chilena, se desempeñaba como funcionario civil en la misma institución.

Sin entrar a la amplia discusión sobre la calidad de militar del señor Palamara y los límites de la jurisdicción castrense, en la sentencia correspondiente la Corte hace una afirmación de particular interés para el tema bajo estudio en este capítulo. En palabras de la propia CortelDH, "[e]l derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso [nota omitida]. Por ello, *para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia*."¹⁷ La Corte se refiere, así, a algunos de los elementos centrales que, de conformidad con la interpretación constitucional nacional, deben tenerse en cuenta para determinar la naturaleza ordinaria o especial de un tribunal, *i.e.* la existencia de un órgano jurisdiccional, creado con base en una ley y establecido con anterioridad a los hechos. A estos elementos, como se desprende del párrafo antes referido, la CortelDH agrega la importancia de incorporar a la justicia ordinaria todas las normas esenciales del debido proceso.

De forma aún más explícita, en la sentencia del caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, relacionado la destitución de tres jueces de la Corte Primera de los Contencioso Administrativo, la CortelDH textualmente sostuvo que:

¹⁷ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 125 [Énfasis añadido]

El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por "un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley". Esto implica que las personas "tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos", razón por la cual el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios [nota omitida]. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o *ad hoc*.¹⁸

En este precedente, la Corte reconoce, de forma indudable, la relación que existe entre el debido proceso y el derecho de las personas de ser juzgadas por tribunales competentes, los cuales han de corresponder a los tribunales ordinarios de los Estados. En el caso concreto, la Corte determinó, sin embargo, que no existía violación al artículo 8.1 de la CADH ya que el procedimiento disciplinario seguido en contra de los jueces destituidos fue conducido por un órgano creado por una norma general y abstracta, emanada de la Asamblea Constituyente con anterioridad al inicio del proceso en contra de las presuntas víctimas. Nuevamente, en palabras de la CortelDH "no se trata de un tribunal *ad hoc*, toda vez que se le otorgó competencia de forma general para conocer de todos los procesos disciplinarios contra los jueces de Venezuela bajo un procedimiento común; y no existe una norma a nivel interno que expresamente haya asignado la competencia para conocer del caso en cuestión a un órgano distinto [...]".¹⁹

De manera adicional a los criterios que establecen el derecho al juez competente como parte del debido proceso, así como la vinculación que existe entre este derecho –planteado en términos generales– y la noción de tribunales ordinarios, en otras decisiones la Corte se ha pronunciado con respecto a otras dimensiones específicas del debido proceso y su vinculación con órganos especiales. En este contexto resalta el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, el cual se centra en el proceso penal seguido en contra de Oscar Enrique Barreto Leiva, ex Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República, por el delito de malversación genérica en grado de complicidad. Según los hechos que se desprenden de la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "la Comisión") ante la CortelDH, el señor Barreto Leiva fue juzgado en única instancia por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena

¹⁸ CortelDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

¹⁹ *Idem*, párr. 53.

de la Corte Suprema de Justicia ("CSJ"), en violación a su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional competente.

De conformidad con la legislación venezolana vigente al momento de los hechos, la CSJ era competente declarar procedentes los procesos y enjuiciar a los más altos funcionarios de dicho país, incluidos el Presidente y los miembros del Congreso, acusados por la perpetración de delitos políticos. Adicionalmente a esta disposición general, la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público establecía que los funcionarios acusados por delitos contra la hacienda pública, incluso los miembros del Congreso, serían enjuiciados por los Juzgados de Primera Instancia o, en su caso, por los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público.²⁰

No obstante lo anterior, dada la conexidad entre los delitos imputados al señor Barreto Leiva y aquéllos atribuidos al entonces presidente venezolano Carlos Andrés Pérez Rodríguez, la CSJ se declaró competente para conocer de todas las causas que incluían, además, los procesos contra el Senador Alejandro Izaguirre Angeli y el Diputado Reinaldo Figueredo Planchar.²¹ A la decisión emitida por la CSJ se adjuntaron tres salvamentos de votos, en los que se afirmaba que "[...] la competencia en materia penal es eminentemente de orden público e improrrogable. Es de orden público porque en ella están en juego intereses públicos. Es improrrogable porque las partes no tienen facultad para someter el conocimiento del proceso penal a otro juez que no sea el determinado por la ley."²²

En su demanda ante la CorteIDH, la CIDH alegó que el señor Barreto Leiva no contaba con la investidura correspondiente al fuero penal especial, por lo que debería haber sido enjuiciado

²⁰ De conformidad con la demanda presentada por la CIDH ante la CorteIDH, "[...] de los artículos 81, 82 y 89 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, resulta que tratándose de la presunta participación en un delito contra el patrimonio público (malversación genérica), el señor Barreto Leiva, en su calidad de funcionario estatal, debía ser procesado por: i) el Juzgado de Salvaguarda del Patrimonio Público, en caso de tratarse de una causa individual; o ii) el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, en caso de tratarse de una causa en la que también estuvieran vinculados determinados funcionarios estatales, entre ellos, diputados de la República. En ambos casos se regulaba el derecho de recurrir la decisión desfavorable." *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Oscar Barreto Leiva (Caso No. 11.663) contra la República Bolivariana de Venezuela*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de octubre de 2008, párr. 113.

²¹ *Idem*, párr. 53. En la decisión correspondiente, la CSJ afirmó, entre otros aspectos, que "[...] la denominada conexión es una derogatoria de los principios generales que establecen la competencia en materia penal y puede ser subjetiva o de autores y objetiva o de hechos punibles. En ambos casos, no pueden seguirse por separado los procesos, ello dividiría la continenia de la causa y se correría el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, debiendo procederse a la acumulación de los procesos para evitar ese riesgo. Entre los casos de conexidad se establece la denominada conexión por unidad de delitos, cuando varios individuos aparezcan responsables de un mismo hecho punible ya como autores, cómplices o encubridores. La correspondiente investigación debe entonces ser única, para autores y participantes, puesto que todos, presuntamente, han concurrido en alguna forma a la realización del evento criminal y sólo en el juzgamiento se determinará su responsabilidad."

²² *Idem*, párr. 54.

por los tribunales ordinarios. Como elemento esencial de su argumento, la Comisión sostuvo que el único supuesto de jurisdicción por conexidad específicamente previsto en la legislación venezolana era aquél de los Tribunales Superiores de Salvaguarda del Patrimonio Público, cuando un funcionario público cometiera el delito en coautoría o participación de ciertos altos funcionarios, taxativamente enumerados en la ley reglamentaria de la materia. Por el contrario, no existía disposición expresa con base en la cual se pudiera establecer la competencia por conexidad de la CSJ.

Con base en los casos *Castillo Petruzzi vs. Perú* y *Palamara Iribarne vs. Chile*, la CIDH argumentó que "[l]a garantía de juez natural implica que la legislación interna establezca previamente las competencias atribuidas a los jueces y que éstas sean estrictamente observadas."²³ Como complemento de su argumento, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la CIDH afirmó que la falta de fundamento legal expreso para establecer una jurisdicción por conexidad implicaba una violación al derecho a ser juzgado por un tribunal competente; particularmente, cuando la consecuencia de sujetar al señor Barreto Leiva a una jurisdicción distinta de la ordinaria era limitar su derecho a recurrir la decisión ante un tribunal superior.

Si bien es cierto que en el caso en cuestión no se argumentó la creación de un tribunal especial, según las características identificadas en la sección anterior de este capítulo, la sentencia correspondiente de la CorteIDH aporta elementos de relevancia para el tema. En una decisión particularmente escueta, la Corte afirmó que el derecho a ser juzgado por "un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley", consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, se relaciona directamente con el concepto del "juez natural". Al respecto, la CorteIDH detalló que:

[e]l juez natural deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la 'norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes' [nota omitida]. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores. [...] [E]l fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a

²³ *Idem*, párr. 118.

una finalidad legítima, como antes se manifestó. De esta forma, no sólo se respeta el derecho en cuestión sino que el juez de fuero se convierte en el juez natural del aforado. Si, por el contrario, la ley no consagra el fuero y éste es establecido por el Ejecutivo o por el propio Poder Judicial, distrayéndose así al individuo del tribunal que la ley consagra como su juez natural, se vería vulnerado el derecho a ser juzgado por un juez competente. Del mismo modo, si la conexidad está expresamente reglada en la ley, el juez natural de una persona será aquél al que la ley atribuya competencia en las causas conexas. Si la conexidad no está reglada por la ley, sería violatorio distraer al individuo del juez originalmente llamado a conocer el caso.²⁴

Tomando en cuenta una norma general sobre conexidad, prevista por la legislación procesal penal venezolana, la CortelDH consideró que no existía una violación al derecho a ser juzgado por un tribunal competente, en perjuicio del señor Barreto Leiva. No obstante lo anterior, al declara la violación al derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior, la CortelDH concluyó que "[...] el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad [...]. En este caso la aplicación de la regla de conexidad, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibles consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención."²⁵

Tres elementos resaltan, particularmente, de los párrafos transcritos. En primer lugar, la CortelDH reitera que la competencia de los tribunales y jueces debe ser establecida por una ley en sentido formal, según se ha definido en la Opinión Consultiva No. 6/86.²⁶ En este contexto, sería de interés determinar si este criterio pudiera admitir algunas excepciones, en virtud de las cuales la competencia de un órgano jurisdicción se estableciera no por una ley en sentido formal, sino por una norma general, abstracta e impersonal creada por un órgano distinto al Legislativo, tal como determinó la SCJN en los Amparos en revisión 337/2001 y 828/2005. Más allá de una posible excepción a la reserva de ley, el criterio de la CortelDH sí deja en claro que la competencia de un órgano jurisdiccional no debe ser contingente de las decisiones que puedan adoptar el Poder Ejecutivo o el propio Poder Judicial, en este caso, la ampliación del fuero. El derecho al juez natural, en su vinculación con la noción de competencia y

²⁴ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 76 y 77.

²⁵ *Idem*, párr. 91.

²⁶ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

debido proceso es, entonces, un derecho reconocido constitucional e internacionalmente, pero de configuración legislativa.

En segundo término, es importante destacar la manera en que la CorteIDH vincula, una vez más, el derecho al juez competente o natural con otras dimensiones del debido proceso, *i.e.* el derecho a apelar una decisión. Lo anterior, a pesar que la Corte, derivado de un ejercicio de desagregación que podría resultar cuestionable, no determine la violación al derecho al juez natural en el caso bajo estudio.

Los elementos ahora analizados, en el marco de la jurisprudencia interamericana, se han referido a órganos formal y materialmente jurisdiccionales. Como complemento de esta línea de interpretación, es importante cuestionar si, dada la conformación y proyección del poder en los Estados modernos, el derecho a la igualdad jurisdiccional –en particular la prohibición de crear tribunales especiales– puede también alcanzar a los órganos formalmente administrativos, pero materialmente jurisdiccionales. Lo anterior, en tanto que dichos órganos tengan como función determinar derechos y obligaciones de las personas. Como premisa general, es importante recordar que en diversas sentencias, la CorteIDH ha afirmado que este tipo de órganos “[...] tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.”²⁷

En este marco general, la CorteIDH emitió la sentencia de fondo en el caso *Barbani y otros vs. Uruguay*, la cual representa una de las causas más novedosas, en cuanto a los hechos que fueron sujetos al conocimiento de este órgano interamericano. El caso en cuestión se refiere a las posibles violaciones a los derechos reconocidos en la CADH, derivadas de las medidas adoptadas por Uruguay con motivo de la crisis financiera de 2002. De manera concreta, los hechos se centran en los procedimientos especiales administrativos y judiciales desarrollados en aplicación del artículo 31 de la Ley 17.613 de Fortalecimiento del Sistema Bancario, en virtud del cual “[...] se pretendía atender la situación de los clientes del Banco de Montevideo que no estaban registrados como acreedores en los libros contables de dicho banco por poseer colocaciones en otras instituciones financieras, otorgándoles la posibilidad de reclamar su inclusión como acreedores del banco con los mismos derechos que los depositantes

²⁷ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 104; Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 149; CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *supra* nota 18, párr. 46.

de cuenta corriente, caja de ahorro y depósitos a plazo fijo."²⁸ De manera más concreta, el procedimiento administrativo a través del cual se determinaría la calidad y derechos como "acreedores" de las personas que se situaran en el supuesto normativo antes referido, estaría a cargo del Banco Central de Uruguay, asistido por una Comisión Asesora, conformada por especialistas en la materia.²⁹ Los procedimientos correspondientes serían sustanciados de conformidad con el Reglamento Administrativo del Banco Central y el Código General de Proceso. Tal como lo resalta la sentencia de la CortelDH, éste era un procedimiento administrativo especial, creado para conocer únicamente de la situación de un grupo de personas vinculadas con el Banco de Montevideo y de La Caja Obrera, cuyos fondos hubieran sido transferidos a otras instituciones sin su consentimiento. Una vez concluido el estudio y resolución de dichos asuntos, el recurso en cuestión dejaría de existir.³⁰

El procedimiento para determinar los derechos de las personas que interponían este recurso especial tenía como elemento central determinar si los fondos reclamados habían sido transferidos a otra institución sin el consentimiento de los peticionarios. La Comisión Asesora y el Directorio del Banco Central establecieron que el consentimiento podría ser inferido de una multiplicidad de factores, incluidos la firma de contratos de instrucciones generales y la falta de objeción a los estados de cuenta por parte del cliente.³¹ Por el contrario, ambas órganos concluyeron que la posibilidad de establecer la existencia de vicios del consentimiento, que pudieran invalidar los actos jurídicos celebrados entre los peticionarios y el Banco de Montevideo, era una competencia exclusivamente jurisdiccional.³² Este criterio fue afirmado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, única instancia ante la que se podían apelar las decisiones finales del Directorio del Banco Central del Uruguay, en virtud del artículo 31 de la Ley 17.613.

²⁸ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 124.

²⁹ De conformidad con la sentencia de la CortelDH, "[l]a Comisión Asesora era de consulta preceptiva, no resultando vinculante su pronunciamiento para el Directorio [del Banco Central], el que pod[ía] apartarse del mismo por razones fundadas' [nota omitida]. La Comisión Asesora estuvo integrada por tres juristas [nota omitida], con un perfil netamente técnico, 'trayectoria reconocida en ámbitos público y privado y con amplios conocimientos y experiencia en derecho público y bancario' [nota omitida]. La Comisión Asesora utilizó el derecho bancario como derecho de fondo y el derecho administrativo como derecho adjetivo [nota omitida]. El mandato de la Comisión Asesora, inicialmente de 60 días continuos, fue prorrogado en múltiples oportunidades, por lo cual dicha Comisión estuvo en funcionamiento desde febrero de 2003 hasta al menos octubre de 2004 [nota omitida]. De acuerdo al expediente de la Comisión Asesora ante el Banco Central, se requirió de dichas prórrogas porque la cantidad de peticiones recibidas por dicho órgano 'excedió en mucho las previsiones efectuadas, que al inicio se estimar[on en el] orden de 300 casos, [además del] complejo estudio que conlleva[ba] cada expediente'. Dicha Comisión Asesora tenía un carácter 'misional y especial', por lo cual una vez terminado su mandato se extinguió [nota omitida]." Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. ..., párrs. 79-81.

³⁰ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. ..., *supra* nota 28 párr. 133.

³¹ *Idem*, párr. 94.

³² *Idem*, párrs. 95 y 134.

En contraste con los criterios que prevalecieron en la resolución de las peticiones presentadas vía el recurso administrativo especial, resaltan los fallos obtenidos por otro grupo de clientes del Banco de Montevideo, quienes optaron por reclamar sus derechos por la vía judicial. En estos casos, los peticionarios ejercieron acciones contra del Banco por incumplimiento de contrato y reparación de daños y perjuicios. En distintos casos, los tribunales ordinarios determinaron que en efecto existieron vicios del consentimiento o, en su caso, que el Banco no había informado la real magnitud del riesgo asumido por los depositarios, en virtud de la transferencia de los fondos a otras instituciones bancarias. A pesar de la importancia de estas decisiones, los tribunales judiciales ordinarios no tenían competencia para reconocer a los actores como acreedores, en términos del artículo 31 de la Ley 17.613, con todos los derechos que ello conllevaba.

En la discusión sustantiva sobre el caso, la CorteIDH explícitamente señaló "[...] que en el [mismo] no ha[bía] sido alegada ninguna violación con respecto a la creación del procedimiento administrativo especial."³³ La Corte tampoco utilizó el principio *iura notiv curia* a fin de establecer las posibles violaciones que pudieran derivar de la creación de dicho procedimiento.

Por el contrario, el análisis de fondo en el caso se centró en la eficacia del recurso, el alcance de su competencia y el ámbito material del derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con las obligaciones del artículo 1.1 del mismo tratado. Como parte de su argumentación, la Corte reconoció que la intensión del Gobierno uruguayo al crear un recurso administrativo especial era facilitar el procedimiento para los potenciales beneficiarios del artículo 31 de la Ley 17.613. Sin embargo, según concluyó la Corte, ninguno de los recursos disponibles –administrativo especial o judicial ordinario– contaba con una competencia suficientemente amplia para conocer de todas las dimensiones o aspectos legales requeridos por este tipo de casos.³⁴ Es decir, en tanto que los órganos competentes en el procedimiento administrativo no estaban facultados para determinar si existía algún vicio

³³ *Idem*, párr. 115.

³⁴ *Idem*, párrs. 139 y 140. De conformidad con la sentencia, con base en el análisis de los debates legislativos sobre la creación de la Ley 17.613, la CorteIDH afirmó que "[...] a través de dicho procedimiento se buscaba evitar que los posibles beneficiarios tuvieran que recurrir a los órganos judiciales para ver amparados sus derechos, facilitando que sus peticiones fueran resueltas de forma más expedita por un órgano administrativo con el conocimiento técnico requerido para el análisis de la situación." A pesar de lo anterior, la CorteIDH enfatizó que, aun considerando los argumentos sobre el principio de especialidad de los órganos estatales, así como las razones para establecer un órgano administrativo especial, en lugar de optar por órganos judiciales ordinarios, "[...] el Uruguay [no garantizó] que el órgano al cual le fuera encargada su resolución tuviera la competencia necesaria para realizar un análisis completo de los requisitos dispuestos en el artículo 31 de la Ley 17.613."

del consentimiento, los tribunales ordinarios no podían reconocer a las personas como acreedores del Banco de Montevideo, con los derechos correspondientes.

Lo anterior, según el criterio sostenido por la CortelDH, resultó en la violación del ámbito material del derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, en relación con la obligación general de garantizar los derechos de las personas bajo la jurisdicción del Estado, establecida en el artículo 1.1 de la CADH. En términos concretos, las deficiencias en la atribución de competencias de los distintos órganos involucrados en la determinación de los derechos de los ahorristas, implicó que el aparato estatal no había sido organizado de tal forma que se asegurara jurídicamente el libre y pleno ejercicio del derecho a ser oído.

Si bien en este caso tampoco se abordó la posible violación de derechos con base en la creación de órganos especiales, del mismo se derivan al menos dos aspectos de particular interés. En primer lugar, se pone de relieve la posibilidad de que existan órganos formalmente administrativos, pero con facultades para determinar derechos y obligaciones, cuyas funciones y características lo sitúen dentro de las hipótesis normativas correspondientes a la prohibición de crear tribunales especiales (según nuestra Constitución y la interpretación nacional respectiva). La pregunta consecuente es si es posible determinar la inconstitucionalidad (e inconveniencia) de órganos formalmente administrativos y materialmente judiciales, que sean creados para conocer de un caso, grupo de casos o negocios específicos durante un plazo limitado y predeterminado.

En segundo lugar, en la sentencia bajo estudio se resalta, de manera especialmente clara, la inquebrantable vinculación que existe entre derechos humanos y obligaciones estatales. Este último aspecto, de reciente integración en nuestro texto constitucional, es un elemento imprescindible en las decisiones de la CortelDH.

A este respecto, es importante tener en mente que a través de las decisiones de los órganos interamericanos se ha desarrollado una sólida jurisprudencia y doctrina en lo que concierne a las obligaciones estatales. Si bien un análisis detallado de las mismas escapa por mucho el objetivo de este trabajo, es pertinente recordar que la interpretación interamericana en la materia se propone desde una estructura primordialmente tripartita, a través de la cual se alcanzan las distintas formas en que el poder público puede proyectarse frente los individuos. Lo anterior implica que, en la doctrina interamericana, el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de interferir, de manera arbitraria, en el ejercicio de los derechos humanos (obligación de respetar). Existe también la obligación de proteger —la cual implica adoptar todas aquellas medidas necesarias para evitar que un particular infrinja o violente los

derechos de un tercero—, así como la obligación de garantizar, la cual, en palabras de la CortelDH:

implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.³⁵

A estas obligaciones se une, además, la obligación de adoptar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CADH, dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Fue, precisamente, en el incumplimiento de estas obligaciones —en particular la obligación de garantizar y la obligación de adoptar medidas legislativas— en las que se sustenta la decisión de la CortelDH en el caso *Barbani Duarte y otro vs. Uruguay*. La violación al contenido material del derecho a ser oído no puede entenderse sin analizar las deficiencias competenciales de los órganos que estuvieron a cargo de conocer los asuntos en cuestión. En otras palabras, el aparato gubernamental, a través del cual se manifestaba el ejercicio del poder, no fue adecuadamente organizado (no se dotó a los órganos de competencia suficiente) para asegurar el libre y pleno ejercicio de la dimensión material del derecho a ser oído.

Dejando de lado el análisis del caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, es pertinente resaltar un último aspecto de la jurisprudencia interamericana que, aunque no se presenta de manera acabada en los precedentes de la CortelDH, podría ser utilizado en la interpretación del derecho a la igualdad en su vertiente jurisdiccional. Nos referimos al tema de la motivación de las decisiones de los órganos formal y/o materialmente jurisdiccionales.

Al respecto, en repetidas sentencias, la CortelDH ha enfatizado que la motivación, en tanto “[...] exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión,”³⁶ es

³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

³⁶ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107; Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *supra* nota 18, párr. 77; Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 208; Corte IDH. *Caso Chocrón*

una garantía de la correcta administración de justicia y de la credibilidad de los jueces nacionales, además de estar íntimamente vinculada con el derecho a la debida defensa.³⁷ Es la motivación la que separa una sentencia razonada de una decisión arbitraria, al explicitar la manera en la que fueron valorados los argumentos y alegatos de las partes, así como las pruebas que se presenten en los distintos procedimientos.³⁸ La CortelDH ha resaltado, además, que si los tribunales u órganos con facultades para determinar derechos adoptan decisiones en sentido distinto, en casos cuyas bases fácticas sean sustancialmente similares, deberán proporcionar una justificación objetiva y razonada como elemento central en la motivación del fallo. De lo contrario, las sentencias o decisiones emanadas del órgano en cuestión han de ser consideradas arbitrarias.³⁹

Esta somera descripción de los criterios interamericanos respecto a la motivación en las decisiones y sentencias nacionales no es suficiente, sin duda, para vincular este tema (normalmente discutido en el marco del artículo 16 constitucional) con la prohibición de crear tribunales especiales. No obstante, al extender un poco el análisis, en cuanto a las fuentes de precedentes como al contenido del derecho (no sólo una prohibición) el resultado es muy distinto. Efectivamente, en un ejercicio de derecho constitucional comparado, es fácil distinguir que la motivación es todo aquello que la CortelDH resalta en sus decisiones y, además, es un elemento esencial del derecho a la igualdad frente a la actividad jurisdiccional del Estado. Como ejemplo de esta línea de interpretación, la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-687/07, presenta un criterio basado en la interdependencia entre el debido proceso y el derecho a la igualdad ante la ley, tal como se proyecta en las sentencias judiciales. Al respecto, esta Corte señala que "cuando se producen fallos contradictorios emanados de una misma autoridad judicial frente a hechos semejantes, sin el suficiente discernimiento que permita a las partes y a la comunidad jurídica vinculada entender la razón de esa diferenciación, se presenta una tensión entre el principio de autonomía judicial [...], y el principio de igualdad [...]".⁴⁰ Con base en esta afirmación, continúa la misma Corte, "[...] el derecho de acceder igualitariamente ante los jueces, debe ser concebido no solamente como la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también como la

Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*..., *supra* nota 18 párr. 78.

³⁹ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*..., *supra* nota 28 párr. 183.

⁴⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-687/07, 31 de agosto de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño, Considerando 4. Este mismo criterio había sido sostenido ya por la misma Corte Constitucional Colombiana en sentencias anteriores.

posibilidad de recibir idéntico tratamiento por parte de estas autoridades y de los tribunales, ante situaciones similares."⁴¹

Este criterio de la Corte Constitucional Colombiana, como un ejemplo del desarrollo constitucional en material del derecho a la igualdad proyectado en la actividad judicial, no es, en lo mínimo, discordante con la jurisprudencia interamericana. En este sentido, si bien este estudio tiene como objetivo centrarse en la interpretación mexicana e interamericana, resulta pertinente ejemplificar las dimensiones que, desde el discurso y análisis constitucional, han logrado desarrollar otras cortes nacionales, teniendo como referencia criterios generales establecidos por la propia CortelDH.

En síntesis, en la jurisprudencia interamericana, la prohibición de crear tribunales especiales ha sido identificada con el derecho de toda persona ha ser enjuiciada por un tribunal competente o natural. En este marco, la CortelDH ha señalando la relación que existe entre este derecho y otros aspectos del debido proceso, incluyendo la debida defensa, el derecho a recurrir el fallo ante autoridades superiores y la dimensión material del derecho a ser oído. De la misma forma, la jurisprudencia interamericana ha puesto de relieve la importancia de extender estos criterios sobre debido proceso a otros órganos estatales, distintos de aquéllos que conforman el poder judicial, con competencia para determinar los derechos de las personas.

Al entenderla en el plano interno, la jurisprudencia correspondiente al juez competente y el debido proceso debe ser interpretada, además, a la luz del derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la CADH. Esta lectura conjunta de los artículos convencionales referidos, en vinculación con las obligaciones estatales generales, han de servir como fundamento para entender el verdadero alcance de un derecho con contenido propio: el derecho a la igualdad ante el ejercicio jurisdiccional del poder público o, en otras palabras, la dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad ante la ley.

III. Relación entre la jurisprudencia federal e interamericana

Con base en la revisión integral de los criterios interpretativos emitidos tanto por el Poder Judicial de la Federación como por la CortelDH resulta evidente que no existe una contradicción infranqueable entre tales criterios. Por el contrario, una y otra interpretaciones parecen ser complementarias. Así, en tanto que los precedentes nacionales han desarrollado a gran

⁴¹ *Idem.*

detalle los elementos esenciales de temporalidad y finalidad, como bases para sustentar la naturaleza especial u ordinaria de un órgano judicial, la CortelDH ha desarrollado una interpretación sustentada en las distintas dimensiones del debido proceso, particularmente en la noción del juez competente y natural.

De esta amplia gama de criterios, la CortelDH podría enriquecerse con el análisis detallado sobre la relación entre las normas jurídicas que sustentan la competencia del órgano y la naturaleza del mismo, la valoración de la temporalidad de un órgano *vis-à-vis* su incorporación dentro del sistema de justicia ordinaria o la distinción entre la naturaleza del órgano y la condición especial que pueda tener la persona o entidad sujeta a su jurisdicción. Todos estos elementos, como se puede apreciar en la primera sección de este trabajo, han sido claramente detallados por la interpretación emitida por el Poder Judicial de la Federación.

Por su parte, el análisis judicial en México podría también nutrirse por muchos de los criterios establecidos por la CortelDH. De manera particular, es fundamental que los tribunales mexicanos replanteen la vinculación que existe entre el debido proceso (en todas sus dimensiones) y la noción de tribunales especiales. Tal como se afirmó anteriormente, en una tesis de la Quinta Época, la SCJN pareció desechar la idea de que las violaciones sustanciales al debido proceso fueran un elemento a tomar en cuenta para determinar si una persona había sido enjuiciada en un procedimiento especial.

Parece razonable considerar que las violaciones al debido proceso no podrían constituir, *per se*, un elemento para establecer la naturaleza especial del tribunal. Desafortunadamente, en nuestro país, las violaciones a este derecho continúan siendo un tema de particular preocupación. No obstante lo anterior, esta reprochable situación no pudo significar que tribunales ordinarios sean, de pronto, considerados como especiales.

Sin embargo, cuando la vulneración a estos derechos no resulta de una práctica (aislada o generalizada) sino de la denegación de los mismos, con base en normas específicas que han de regir el funcionamiento de y procedimientos ante determinados órganos, el debate podría tomar dimensiones distintas. Este supuesto, aparentemente hipotético, se ha materializado en algunos países con la creación de órganos judiciales –presuntamente especializados– que buscan sustituir la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de casos, por ejemplo, relacionados con el crimen organizado, el narcotráfico o el terrorismo. En estas condiciones, no sería sorprendente que este sistema paralelo "especializado" cumpla con los requisitos de temporalidad y finalidad, tal como han sido desarrollados hasta el momento por la interpretación nacional. De ser así, cualquier debate sobre la constitucionalidad del sistema no incorporaría la noción de tribunales especiales, sino que se centraría, en

el mejor de los casos, en la posible existencia de un mandato constitucional que imponga la obligación de (o al menos permita) crear dicho sistema.

Ahora bien, al integrar los criterios de la CortelDH, resulta que la evaluación de dicho sistema no debe limitarse a los aspectos formales de la creación del mismo, sino que debe abarcar un análisis sobre el respeto y garantía de las normas de debido proceso. Lo anterior, teniendo en mente que la propia Corte ha afirmado que los Estados no pueden crear nuevos tribunales con la finalidad de evadir las normas de debido proceso.

En términos prácticos, dichos criterios bien podría integrarse como un elemento central en una evaluación sustantiva sobre la proporcionalidad y racionalidad detrás de la creación del nuevo sistema, presuntamente especializado, que corresponda a una materia específica de casos o negocios, así como a las características y calidades específicas de las personas que lo operarán. Nuevamente, desde un ejercicio de derecho comparado que complementa el análisis de los precedentes nacionales e interamericanos, la Corte Constitucional Colombiana ha afirmado que la libertad de configuración del legislador de establecer tribunales especializados, en cumplimiento de un mandato constitucional, tampoco es ilimitada. La estructura específica que tome el sistema jurisdiccional especializado, en su desarrollo legislativo, deberá ser justificada, necesaria, proporcional y razonable. En este sentido, un sistema, aparentemente especializado por la materia, que limite cualquiera de las dimensiones del debido proceso de las cuales se gozaría un apersona ante la justicia ordinaria sería, además de una violación a este derecho, una infracción, *prima face*, a la noción de juez competente. La pregunta es, entonces, si bajo estos supuestos se podría argumentar no sólo una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales, sino también del artículo 13 constitucional, en tanto la jurisdicción no es compatible con la noción de un juez ordinario, competente, entendido desde los parámetros de la jurisprudencia interamericana.

De manera adicional a esta cuestión, la lectura conjunta de los precedentes nacionales e internacionales abren otros dos temas que parecen estar todavía sujetos a debate: (i) con respecto a la norma base que sustenta la competencia y naturaleza de un tribunal ¿existe una reserva de ley absoluta? y (ii) ¿la prohibición constitucional con respecto a la creación de tribunales especiales, puede servir también como parámetro de control para la creación de órganos especiales formalmente administrativos, pero materialmente judiciales?

En cuanto al primero de los temas, como se mencionó anteriormente, la interpretación emitida por el Poder Judicial de la Federación parece reconocer la posibilidad de que la norma que fundamenta la existencia y competencia de un tribunal ordinario no se, necesariamente, una ley en sentido formal. Ahora bien, este criterio podría ser puesto en tela de juicio si se

considera que el debido proceso, el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley son derechos humanos que, según la jurisprudencia de la CorteIDH, no pueden ser limitados sino por una ley en sentido formal y material. En respuesta se podría afirmar que, según se desprende de las decisiones nacionales relevantes, la posibilidad de fundamentar la existencia y competencia de un tribunal en una norma que no sea una ley en sentido formal requiere, en todo caso, una autorización o base constitucional.

Más allá de esta discusión concreta, es importante precisar que en el trasfondo del debate está la limitación, impuesta por la jurisprudencia interamericana, para que los poder ejecutivos y judiciales modifiquen arbitrariamente la competencia de los tribunales previamente establecidos. Esta limitación podría extenderse, incluso al propio poder legislativo, cuando opere con base en otra facultad que no se refiera al proceso formal de creación de leyes. Cualquier actuación en este sentido deberá tener como fundamento un mandato constitucional expreso, además de atender a la integridad y los principios que rigen el sistema jurisdiccional o los tribunales que pudieran ser afectados.

En cuanto a la posibilidad de utilizar los criterios correspondientes a la prohibición de tribunales especiales en la determinación de la constitucionalidad y convencionalidad de órganos formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales, es importante volver a recordar que la jurisprudencia interamericana ha enfatizado la aplicabilidad de las normas mínimas de debido proceso en cualquier procedimiento, incluidos los administrativos, a través de los cuales se determinen los derechos de las personas. Dichas normas mínimas incluyen, sin duda, el derecho a ser oído por una autoridad competente. Desde este punto, como se ha venido discutiendo en este análisis, un órgano competente no puede ser aquél que infrinja elementos esenciales de igualdad de las personas ante la ley y su aplicación por parte de órganos del poder público.

En este extremo, reconociendo que la actividad administrativa en los Estados modernos ha rebasado las fronteras tradicionales entre las distintas funciones del poder, será fundamental que al establecer el alcance y contenido de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional se brinde una verdadera protección a las personas ante las realidades del aparato gubernamental. De esta forma, una interpretación formalista del texto del artículo 13 constitucional, que no considere su interrelación con otros artículos constitucionales, así como las normas y jurisprudencia internacionales, será una interpretación trunca, incompatible con el mandato establecido en el artículo 1 constitucional. En corto, no se podría limitar la posibilidad de determinar la incompatibilidad de un órgano especial administrativo, tanto con nuestra Constitución como con los tratados internacionales en la materia, sólo con el argu-

mento de que el texto del artículo 13 constitucional se refiere únicamente a "tribunales especiales".

Este último supuesto, así como el papel esencial que tiene la motivación de las decisiones judiciales, desde la perspectiva de la dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad, hacen patente la trascendencia de la reforma constitucional en derechos humanos. En este nuevo sistema, los operadores jurídicos no sólo han de incorporar los tratados internacionales, sino que han de realizar interpretaciones que reconozcan y den sentido a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Así, si bien es cierto que muchos de los debates presentados en este estudio no parecerían corresponder a la prohibición establecida en el artículo 13 constitucional, en tanto una garantía decimonónica del derecho a la igualdad, el nuevo marco constitucional mexicano impone una lectura distinta del texto de nuestra Carta Magna. De esta forma, al entender el artículo 13 constitucional en su relación e interacción, por ejemplo, con los artículos 1, 14, 16 y 17 constitucionales, así como los artículos 8.1 y 24 de la CADH no sólo se comprende mejor el alcance de la prohibición de los órganos jurisdiccionales especiales, sino que dicha prohibición queda englobada dentro de un verdadero derecho a la igualdad ante el ejercicio jurisdiccional del poder público.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo directo en revisión 287/2011. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/externas/detalle.aspx?id=161428>> (23 de junio de 2013).
- Acción de inconstitucionalidad 37/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, T. XXXIII, p. 1. Registro IUS 168780.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, octubre 1946, T. XC, p.682. Registro IUS 806435.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, enero 1952, T. CXI, p. 432. Registro IUS 368219.
- Tesis P. XVIII/2008. JUZGADOS DE DISTRITO ITINERANTES. NO TIENEN LA NATURALEZA DE TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, abril de 2006, T. XXVII, p. 8. Registro IUS 170073.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES, CUALES LO SON (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, febrero 1937, T. LI, p. 1644. Registro IUS 808991.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, septiembre 1945, tomo LXXXV, p. 1982. Reg. Registro No. 322479.
- Tesis. 1a. XII/2003. TRIBUNALES ESPECIALES. EL TRIBUNAL UNIVERSITARIO Y EL CONSEJO DE HONOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, NO TIENEN ESA CALIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVII, mayo de 2003, p. 245. Reg. IUS. 184254.
- Tesis Aislada. TRIBUNALES ESPECIALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. VII, octubre de 1920, p. 1177. Reg. IUS. 288440.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- CortelDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.
- *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

- Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

3. Otras Cortes

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-687/07, 31 de agosto de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño,

La extensión del fuero
de guerra (que prohíbe
el Artículo 13 y la
jurisprudencia interamericana)

Alejandro Carlos ESPINOSA*

* Ex Juez *Ad Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos humanos y profesor por oposición de Derecho Militar en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos del Fuero de Guerra y del artículo 13 constitucional. III. Breve referencia sobre la Justicia Militar en México. IV. Evolución de la jurisprudencia de la SCJN sobre la interpretación del Código de Justicia Militar. V. Las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos periodo 2008-2010 (Radilla, Fernández Ortega, Rosendo Cantú, y Cabrera García y Montiel Flores). VI. El Expediente Varios 912/2010 y la atracción del fuero de guerra. VII. Los casos de Fuero de Guerra resueltos por la Suprema Corte en septiembre de 2012 y las tesis derivadas de dichos asuntos. VIII. Síntesis de la prohibición sobre la extensión del fuero de guerra.

I. Introducción

Las interpretaciones que bajo una visión legal, judicial, doctrinal, y en el ámbito de la crítica se han dado al Fuero de Guerra son los elementos que centraran continuamente esta investigación, que versa sobre un tema que en apariencia no ha sido suficientemente estudiado, pero sobre el cual existen muy variados aportes de juristas nacionales e internacionales que se coleccionan sistemáticamente con el propósito de dar luz a los diversos actores de la justicia militar y federal, reconocer en la justicia militar la existencia de un diseño especializado¹ para los asuntos penales y disciplinarios es un presupuesto para comprender el Fuero de Guerra.

El Código de Justicia Militar es un Código Penal Integral porque reúne en el mismo instrumento normativo disposiciones sustantivas, adjetivas o procesales y de ejecución de las penas así como elementos orgánicos y administrativos que incluyen el diseño institucional del Fuero de Guerra.

¹ ... el Derecho Militar como concepto debe entenderse no sólo como un conjunto de normas especializadas en temas de disciplina, deber de obediencia, estricta subordinación y servicio sino quizá para su mejor comprensión, como un sistema especializado relativo a las Fuerzas Armadas, estrictamente vinculado con la función militar. Cfr. Carlos Espinosa Alejandro, *Derecho Militar Mexicano*, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 2011, p. 6.

Demostrar la convencionalidad del artículo 13 de nuestra Constitución Política reconocida expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus sentencias, categorizando tal circunstancia en la sentencia Cabrera García y Montiel Flores donde expresamente señala: 234. *Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

La importancia de que subsista el Fuero de Guerra en beneficio de las instituciones militares y del propio Estado mexicano, su urgente acotamiento legislativo en la normatividad secundaria con la correspondiente reforma al artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar en todos sus incisos² y no solo en el inciso a) así como cambios urgentes en relación con la presunción de culpabilidad son el objetivo central de este estudio.

De igual forma la revisión integral del Código de Justicia Militar para estandarizarlo frente a las reformas constitucionales en materia de adversarialidad y presunción de inocencia, que sin duda es una reforma de derechos humanos, y la de diversos dispositivos de forma expresa en esta materia y otras normas secundarias, son las premisas fundamentales del cambio de paradigma en el Fuero de Guerra.

Para comprender la evolución del Fuero de Guerra y del artículo 13 de la Constitución, el presente documento hace un repaso por los puntos de quiebre más importantes del modelo de justicia penal³ y disciplinaria militar en México, así como de las corrientes de pensamiento jurídico que lo influyeron, particularmente la justicia militar francesa y española, sin dejar de revisar el primer Código de Justicia Militar en México, que es el Código de Justicia Militar del Ejército Mexicano de 1864,⁴ conocido como Código de Maximiliano, de efímera vigencia. De igual modo se analizan brevemente las diversas etapas del Derecho Militar para contextualizar su desarrollo.

² ...la adecuada interpretación del artículo 13 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos debe llevar a armonizar no solo el artículo 57 fracción Inciso a) del Código de Justicia Militar, sino también los supuestos previstos en los incisos b), c) y d) del ordenamiento normativo indicado. *Cfr.* Voto concurrente del Juez *ad Hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega y otro vs México, 30 de agosto de 2010.

³ El sistema de justicia penal militar se conforma por cuatro etapas que son: Prevención e investigación del delito militar, procuración de justicia militar, administración de justicia militar y ejecución penal. *Cfr.* Carlos Espinosa Alejandro, *Derecho Procesal Penal Militar*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p. 19.

⁴ *Cfr.* Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano por Bermúdez Flores Renato de Jesús y Carlos Espinosa Alejandro en Revista el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de investigación especializada en temas jurisdiccionales N. 6 Especial denominado La Justicia en el Bicentenario de la Independencia de México y en el Centenario de la Revolución Mexicana, año III, agosto 2010 pp. 287-300.

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación van cambiando de época a época jurisprudencial, destacando por su contraposición a la actual visión de derechos humanos, los de la Quinta Época sobre Fuero de Guerra y facultad extendida o atrayente según se quiera analizar, por lo que se puntualizan algunos criterios que en concepto nuestro son los más relevantes, sin dejar de considerar otras épocas, por ejemplo actualmente se apertura la Décima Época⁵ que ya se le conoce como del control de la convencionalidad y los Derechos Humanos.

También se plantean breves consideraciones sobre la justicia militar en México, muy concretamente se hace un alto para revisar la justicia penal militar y la disciplinaria, ambas relativas al Fuero de Guerra, se busca dibujar sus instituciones de justicia penal al tenor de su diseño institucional, por otra parte sólo se enuncian algunas otras vertientes de la justicia militar en las que no se profundiza por separarse del tema central de la investigación, pero se señalan para dar al jurista una visión de conjunto, esto en razón de que la justicia militar sobrepasa el tema penal y disciplinario.

El trabajo aterriza los planteamientos al revisar en los aspectos correspondientes conocidos como los casos militares que sometieron a la justicia militar mexicana frente a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así es que se revisan en este orden los casos de Radilla Pacheco,⁶ Fernández Ortega,⁷ Rosendo Cantú,⁸ Cabrera García y Montiel Flores,⁹ conocido este último como el caso de los campesinos ecologistas, en estas experiencias internacionales se fijan criterios por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restricción al Fuero de Guerra y el control de la convencionalidad.

El Expediente Varios 912/2010¹⁰ y la atracción de los casos de Fuero de Guerra exige dominio para el juzgador al introducir en el ejercicio de juzgar el control convencional *ex officio*, al traducirse en la interpretación que hiciera sobre el cumplimiento de la sentencia del caso

⁵ Comunicado de la Sala de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 4 de Octubre de 2011 "Entra en vigor la décima época del Semanario judicial de la Federación". <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/04-Oct-2011.aspx>

⁶ Caso Radilla Pacheco vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ Caso Fernández Ortega y Otros vs México, sentencia del 30 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ Caso Rosendo Cantú y Otra vs México, sentencia del 31 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰ Según resolución de fecha 07 de septiembre de 2010, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Radilla Pacheco la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de modo que se hace un desmembramiento de los elementos que por su trascendencia para la resolución de casos en el orden interno cobra importancia por la preponderancia de aplicación judicial.

Los casos paradigmáticos más importantes que abrieron paso a la discusión en la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la restricción al Fuero de Guerra, particularmente por su facultad de competencia extensiva o atrayente¹¹ respecto de hipótesis conductuales descritas en el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar que autoriza al Fuero de Guerra, entiéndanse facultades de investigación del Ministerio Público Militar y facultades de juzgamiento por los tribunales militares, para conocer de delitos cometidos en el servicio o con motivo del mismo sin importar que se trate de delitos del fuero común o federal, son los casos de Bonfilio Rubio Villegas¹² y seguidamente el de Silvia Hernández Tamariz,¹³ en ambos casos el eje o fundamento de la competencia de la autoridad federal esto es del Poder Judicial de la Federación fue el involucramiento de víctimas civiles en la comisión de delitos de militares en servicio.

En este orden de ideas y frente a la indiscutible visión de derechos humanos que ha impactado como un indiscutible progreso al orden jurídico mexicano¹⁴ resulta e impostergable que legislativamente y no solo por criterio jurisdiccional o de Política Criminal, la regla general para que la extensión del Fuero de Guerra para conocer de asuntos en que se encuentren

¹¹ Artículo 57 Código de Justicia Militar: "Son delitos contra la disciplina militar: ... II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;...".

¹² La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció el 21 de agosto de 2012 respecto del Amparo en Revisión 133/2012, que promovieron familiares de Bonfilio Rubio Villegas, quien en 2009 falleció presuntamente a causa de participación de militares, por lo que el Alto Tribunal dispuso que conociera del caso el Poder Judicial de la Federación.

¹³ El 29 de diciembre de 2011, el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Penal del Distrito Federal, concedió amparo respecto de la competencia de la justicia ordinaria y dejó insubsistente el auto de formal prisión en contra de la procesada, por haber sido emitido por autoridad incompetente. Este caso destacó porque fue la primera militar que logró ser procesada por la justicia federal, frente a un caso de presuntas víctimas civiles.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011).

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. en consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011)

involucradas víctimas civiles lo ordene la normatividad secundaria que además deberá ajustar sus contenidos sustantivos, adjetivos, de ejecución de pena, orgánicos y administrativos a estándares internacionales, lo que necesariamente implicará la revisión integral del *corpus iuris* de la justicia penal militar en México.

II. Antecedentes históricos del Fuero de Guerra y del artículo 13 constitucional

Un tratado sería insuficiente para destacar la cantidad de valiosos elementos descriptivos del Fuero de Guerra y por ende del artículo 13 de nuestra Constitución que legitima su existencia en nuestro orden jurídico interno, incluso el tema se complica para precisar su evolución con puntualidad por la ausencia de investigaciones que contemplen en su integridad, tan extenso desarrollo histórico.

Lo anterior obliga a cerrar el análisis al Derecho Penal Militar y sus tribunales o jurisdicción, así la normatividad castrense como lo refiere Bermúdez Flores en un documento inédito, que mucho agradeceremos su publicación, podemos verla con claridad en el modelo jurídico de los romanos, que por cierto fue muy reconocida, la llamada *castrensis jurisdictio* (jurisdicción militar) que como bien lo apunta el referido jurista de la Armada de México, se trata de conceptos y principios casi inmutables,¹⁵ que desde nuestro punto de vista se excepcionan en la actualidad frente a la inminente humanización de los procedimientos penales militares en beneficio de civiles y militares, para garantizar el respeto absoluto a los derechos humanos.

De acuerdo con González Licea en alusión al Fuero de Guerra para interpretar debidamente el artículo 13 de la Constitución General, debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes históricos y a las condiciones sociales imperantes al momento de su publicación, particularmente si ponderamos que la jurisdicción de antaño no era referida únicamente al juzgamiento de los tribunales militares respecto de delitos cometidos por militares, se trataba de privilegios y exenciones, no sólo en materia penal sino que contenía algunas de carácter civil en pro de los militares y sus familias.¹⁶

¹⁵ "... desde épocas pretéritas y de manera universal, soportan a todas las instituciones marciales del orbe; entre otros los relacionados con la estricta disciplina militar, algunas solemnes ceremonias como el acto de la protesta de la bandera, el llamamiento a filas, llamado entre nosotros la prestación del servicio militar...". Cfr. La evolución histórica de la legislación y doctrina militar en México, Bermúdez Flores Renato de Jesús, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, Criminogenesis 1, Derecho Penal Militar, México, 2007, p. 19.

¹⁶ Cfr. González Licea Genaro Reflexiones Jurídicas sobre Derechos Fundamentales, Fuero de Guerra y Género en México, Editorial, Criminogenesis, México, 2013, p. 56.

El Fuero de Guerra siempre ha sido controvertido, entre otros elementos por el desconocimiento de su composición y por la naturaleza de sus determinaciones, siempre orientadas a preservar la disciplina y el servicio, sin embargo invariablemente ha estado sustentado en postulados doctrinarios que explican su existencia como lo muestra la Historiografía del Derecho Militar en el mundo¹⁷ y en México.

En concreto no aludiremos a la organización militar de las culturas prehispánicas por carecer de influencia en la organización jurisdiccional y del sistema de justicia militar que se instaló en México, tal y como lo podemos ver en el Código de Justicia Militar vigente, sus fuentes son indudablemente el Derecho Militar Español y el Derecho Militar Francés.

Con el propósito de proporcionar los elementos conducentes a esta investigación referiremos los principales aspectos bajo la siguiente segmentación a saber La Reforma, influencias de las Ordenanzas Hispanas en nuestra legislación, influencia del Derecho Militar Francés y el México contemporáneo, subdivido en legislación y estudios doctrinales de principio de siglo, época de oro y época contemporánea.

Como antecedente es importante destacar el Fuero de Guerra en la Constitución de 1824 vigente hasta 1857 en el que de acuerdo con la investigación de Agenor González Valencia *permitió que en materia militar permanecieran vigentes las ordenanzas de San Lorenzo, sancionando esta declaración el 16 de agosto de 1826, periodo en el cual se emiten disposiciones referentes a someter a los tribunales militares a los criminales peligrosos y se establecen leyes de indultos para desertores...*¹⁸ En esta lógica el artículo 154 del aludido dispositivo legal dispone la continuidad de las leyes vigentes, de la siguiente manera:

154. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que están en la actualidad, según las leyes vigentes.

Sin embargo, en los debates del Constituyente de 1824, José María Luis De La Mora en tan importante Congreso dibujó, quizá sin saberlo, la importancia de la figura del juez natural y la judicialización de la justicia militar en su discurso sobre los tribunales militares donde

¹⁷ Tal como lo apunta Bermúdez Flores en el documento inédito citado *up supra*... cuando no existía una división tan radical entre el derecho público y derecho privado, las normas del Derecho Militar, aparecían contenidas en la legislación de Roma. Posteriormente, las encontramos en la compilación de Justiniano, y de ahí se trasladan a los diferentes ordenamientos militares hispanos de la época medioeval y siguientes; hasta que finalmente aparecen en la legislación de nuestra patria... (Ordenanza militar de 1852).

¹⁸ González Valencia, Agenor, *Derecho Militar. Fuero de guerra en tiempo de guerra y no de paz*, Flores Editor y distribuidor, México, 2010, p. 95.

*expresó en una nación sabiamente constituida que ha adoptado para su gobierno el sistema representativo, la independencia efectiva del poder judicial es el complemento de las leyes fundamentales y la garantía de las libertades públicas...*¹⁹

Que los tribunales militares sean jurisdiccionales²⁰ y no judiciales²¹ en el marco del debate sobre los alcances del Fuero de Guerra es un tema que se ha discutido en las últimas tres Constituciones, sin embargo el único fuero que ha logrado resistir los embates de la historia es el Fuero de Guerra, entendido como fuero-jurisdicción y fuero-competencia, de modo que es equívoca la interpretación que los desconocedores del modelo buscan hacer para significar en el la prebenda o privilegio.

A mediados del siglo XIX con el surgimiento de la Reforma se gesta en el marco de un movimiento social de importantes dimensiones la Constitución Federal de 1857, instrumento rector que trata en su artículo 13 constitucional el Fuero de Guerra, en el siguiente tenor:

13. En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción.²²

Como se aprecia los lineamientos fundamentales del artículo 13 de la Constitución fueron establecidos desde 1857, destaca por su importancia la subsistencia del Fuero de Guerra restringido a los delitos y faltas militares de exacta conexión con la disciplina militar, aunque queda abierta la interpretación para los casos de excepción.

De modo que comulgamos con el pensamiento del jurista José Ramón Cossío Díaz en el siguiente razonamiento a través de un voto particular,²³ en el que señalo en relación con el Fuero de Guerra:

¹⁹ Cfr. González Valencia, Agenor. *Op. cit.*, p. 97.

²⁰ Esta característica tiene que ver con la naturaleza jurídica de los Tribunales Militares, donde la doctrina nacional y extranjera ha reconocido sobradamente que se trata de Tribunales formalmente administrativos por encontrarse insertos en el Poder Ejecutivo Federal y material jurisdiccionales porque emiten resoluciones que en la justicia militar son penales.

²¹ Que forma parte del Poder Judicial.

²² Véase <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>

²³ Voto Particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz, en relación con el Amparo en Revisión 989/2009, p. 8. (Cfr. http://www.scjn.gob.mx/PLENO/Votos%20Particulares/3_4_1.pdf).

...los miembros del Congreso General Constituyente de 1857 acotaron aún más la competencia de los tribunales militares, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución Política de la República Mexicana que el fuero de guerra subsistía solamente para los delitos y faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar, reservando a la ley secundaria la facultad de fijar dichos casos de excepción.

Nuevamente en el constituyente de 1917 debe reflexionarse en relación con el artículo 13 constitucional el voto particular del diputado General Francisco J. Múgica quien en la parte conducente del mismo a la literalidad expreso *el Fuero de Guerra que se trata de conservar en nuestra Constitución no es más que un resquicio histórico del militarismo que ha prevalecido en toda la historia del país, no producirá más efecto que el hacer creer al futuro Ejército nacional y a los civiles de toda la república, que la clase militar es una clase privilegiada y distinta ante nuestras leyes del resto de los habitantes de este suelo patrio*. Igualmente el General Francisco J. Múgica crítico la subsistencia del Fuero de Guerra y señaló la conveniencia de abolirlo, para que en su lugar los tribunales ordinarios conocieran de los delitos contra la disciplina militar.

Las Ordenanzas Militares españolas son la fuente primaria de nuestra legislación, al respecto valga observar que entre los años de 1821 se aplicaron las ordenanzas militares del siglo XVIII en donde las normas y sus principios doctrinales se enraizaron toda vez que la ordenanza militar española de 1768 como lo afirma Bermúdez Flores, fue impresa en dos ocasiones en México en los años de 1833 y 1842, la primera con adiciones hispanas y las segunda incluyó las mexicanas e incluso cambió de nombre al de *ordenanza militar para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del Ejército, aumentada con las disposiciones relativas anteriores y posteriores a la independencia*, dicho instrumento legal rigió hasta 1852.

La primera ordenanza mexicana se llamó *Ordenanza militar para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio del Ejército* en 1852 y se aplicó hasta 1854, sin presentar grandes cambios en relación con el ordenamiento hispano de 1768 y consecuentemente tampoco con su doctrina.

Por lo que hace a la influencia del Derecho Militar Francés *tanto la legislación como la doctrina española mismas que habían venido imperando de manera absoluta e indiscutible entre nuestros juristas, repentinamente resultaron interrumpidas, tanto en su estudio, como aceptación; aun cuando esto haya acontecido brevemente. Ello, en virtud que durante el efímero imperio de*

*Maximiliano de Habsburgo, precisamente en 1864 aplicó el Derecho Militar Francés y de modo particular el Código de Justicia Militar de 1857;*²⁴ traducido al español.

Como se precisó en la investigación denominada Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano antes referido en *la literatura marcial mexicana poco se hace mención al Código de Justicia Militar del ejército mexicano de 1864, ello en virtud de que la mayoría de nuestros estudiosos de la materia, al citar los antecedentes históricos de los ordenamientos marciales de índole integral, manifiestan que tales disposiciones legales aparecen en nuestro país en las postrimerías del siglo XIX.*²⁵

Respecto de la época contemporánea de acuerdo con la clasificación de Bermúdez Flores se debe subdividir en tres etapas, la primera que va de inicios del siglo hasta su segunda década en el marco de la revolución mexicana, etapa en que estuvieron vigentes las disposiciones jurídico militares que fueron promulgadas en el gobierno de Porfirio Díaz. La segunda etapa 1929 a 1955 en donde se dan las principales modificaciones de diseño institucional, legislativo y doctrinal,²⁶ dentro de las que destacan para nuestro estudio el Código de Justicia Militar y la Ley General de Disciplina, etapa en la que se publicó el prestigiado boletín jurídico militar en donde constaron importantes estudios doctrinales y jurídicos de la justicia militar.

La tercera época conocida también como contemporánea se inicia al desaparecer dicha publicación periódica y llega hasta el momento actual, como sabemos el Fuero de Guerra permaneció intocado desde la entrada en vigor del Código de Justicia Militar de 1934 y solo habían existido breves cambios propios de la política penal nacional, por ejemplo en 1994 se da una reforma penal²⁷ sin precedente para esa época en donde se muta del cuerpo del delito a los elementos del tipo y en 1999 se vuelve a aplicar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.

Ambas reformas constitucionales modificaron el Código de Justicia Militar, como también lo hicieron las que en distintos momentos ha tenido el artículo 20 constitucional o bien el

²⁴ Bermúdez Flores Renato de Jesús, *Op. cit.* pp. 27 y 28.

²⁵ Revista el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de investigación especializada en temas jurisdiccionales N. 6 Especial denominado La Justicia en el Bicentenario de la Independencia de México y en el Centenario de la Revolución Mexicana. Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano por Bermúdez Flores Renato de Jesús y Carlos Espinosa Alejandro en, año III, agosto 2010, p. 287.

²⁶ En cuanto al ámbito de la legislación y a los estudios doctrinales va de 1900 a 1926 en la que sobresalieron la Ley Penal Militar; misma que se aplicó indistintamente para los miembros del Ejército federal y para los individuos que integraban grupos revolucionarios, esto es civiles.

²⁷ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de julio de 1994, en la que se incluye el cambio en el nombre del Capítulo III del Título II del Código de Justicia Militar.

alineamiento, ligeramente previo, de la supresión de la pena de muerte del Código de Justicia Militar²⁸ en congruencia con la correspondiente del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;²⁹ otro ejemplo son las modificaciones en materia de derechos humanos, en suma el tema del fuero no se ha modificado aunque si revisado a partir de los casos internacionales llevados al sistema interamericano de derechos humanos y hasta el momento solo ha quedado a nivel de iniciativa de ley.

III. Breve referencia a la justicia militar en México

Al ser el Derecho Militar un micro sistema de derecho inmerso en un macro sistema de derecho legitimado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o como lo refería don Octavio Vejar, se trata de un orden especial dentro del general del Estado, lo que obliga al estudioso de esta materia a identificar diversas sub especialidades³⁰ en la misma, en este sentido el Fuero de Guerra habrá que revisarlo en los ámbitos penal y disciplinario, así se desprende del precepto constitucional que dispone su subsistencia.³¹ De modo que para los delitos militares la norma secundaria, esto es el Código de Justicia Militar,³² prevé todo un diseño normativo e institucional que conforma el sistema de justicia penal militar y por su parte las leyes generales de disciplina militar³³ y naval³⁴ y sus respectivos reglamentos de deberes militares³⁵ y navales³⁶ a la luz de su normatividad orgánica reglan el sistema disciplinario y establecen procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio para los Consejos de Honor.

La justicia penal militar que es a la que fundamentalmente corresponde el debate sobre el Fuero de Guerra, presenta un diagnostico que obliga a su revisión y actualización, la falta

²⁸ Se deroga el artículo 142 del Código de Justicia Militar por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* 29 de junio de 2005.

²⁹ En el *Diario Oficial* del 9 de diciembre de 2005 queda abolida la pena de muerte al suprimirse el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁰ El Derecho Militar es más amplio que el Derecho Penal y Disciplinario de modo que es posible identificar el Derecho de la Seguridad Social Militar, Derecho Administrativo Militar, Derecho Internacional Militar, Derecho de la Guerra, Derecho Administrativo Laboral, entre otras especialidades.

³¹ El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte conducente establece... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar.

³² El Código de Justicia Militar fue publicado el 31 de agosto de 1933 y entro en vigor en 1934.

³³ La Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de marzo de 1926 y su última reforma fue publicada en el DOF el 10 de diciembre de 2004.

³⁴ Ley de Disciplina para el Personal la Armada de México, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 2002.

³⁵ El Reglamento General de Deberes Militares, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1937.

³⁶ El Reglamento General de Deberes Navales, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de septiembre de 2003.

de desarrollo doctrinal y de investigación ha impactado a la transformación legislativa, así por ejemplo su diseño judicial a la luz de los Consejos de Guerra Ordinarios no está judicializado,³⁷ los jueces militares en asuntos que son competencia de los consejos de guerra ordinarios son meros instructores del procedimiento,³⁸ el Presidente del Supremo Tribunal Militar por disposición del Código de Justicia Militar es un General de guerra,³⁹ las reglas de la facultad atrayente o extendida previstas en el artículo 57,⁴⁰ legitiman el juzgamiento frente a la existencia de víctimas civiles, se presume la culpabilidad,⁴¹ la protesta de los miembros del Consejo de Guerra Ordinario no protege los derechos más elementales del procesado,⁴² la técnica legislativa para la redacción de algunos tipos penales militares es francamente obsoleta,⁴³ no existe la posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa,⁴⁴ lo cual es grave, de modo que estos y muchos otros elementos a modificar son el presupuesto necesario para lograr estandarizar con lógicas de presunción de inocencia y derechos humanos el Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

Es inexacta la apreciación de que quienes observamos estas imprecisiones buscamos la supresión del Fuero de Guerra,⁴⁵ tan importante fuero no es susceptible de suprimirse, si así se hiciere la justicia militar se desquebrajaría y el propio Estado podría entrar en una verdadera

³⁷ En nuestro concepto debemos entender por judicializar, llevar por la vía judicial un asunto, esto es, que la resolución que sea emitida por un juez profesional.

³⁸ De conformidad con el artículo 76 del Código de Justicia Militar corresponde a los jueces: I. Instruir los procesos de la competencia de los Consejos de Guerra, así como los de la propia; dictando al efecto las ordenes de incoación. II...

³⁹ Artículo 3o.- El Supremo Tribunal Militar se compondrá: de un presidente, general de brigada, militar de guerra y cuatro magistrados, generales de brigada de servicio o auxiliares.

⁴⁰ Dicho numeral en su artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar fue declarado inconvenional en el caso Radilla Pacheco vs México e incluso se ordenó al Estado mexicano modificar dicha normatividad secundaria y tal circunstancia se ratificó en las sentencias de los casos de Inés Fernández Ortega vs México, Valentina Rosendo Cantú vs México, Cabrera García y Montiel Flores e igualmente fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamariz.

⁴¹ Artículo 102 del Código de Justicia Militar establece que: La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario...

⁴² Artículo 668 ... "¿Protestáis, bajo vuestra palabra de honor, resolver las cuestiones que se os van a someter, conforme a las leyes de la materia, sin tener en cuenta la suerte que pueda caber al procesado, mirando sólo por la conservación de la disciplina y por el prestigio del Ejército Nacional?"...

⁴³ Como ejemplo nos ilustra el artículo 203 del Código de Justicia Militar: Se impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión, a quien:
I...

II.- Se pase al enemigo;

⁴⁴ Artículo 105 del Código de Justicia Militar: Los delitos serán punibles en todos sus grados de ejecución. Estos son conato, delito frustrado y delito consumado.

⁴⁵ En varias ocasiones así se ha sostenido verbigracia en las palabras preliminares que Alejandro Carlos Espinosa hiciera al texto *Derecho Militar, Fuero de Guerra en tiempo de Guerra y no de Paz* ... *discrepo respetuosamente del autor a quien admiro y reconozco como un gran investigador porque pienso no puede concebirse de un militar que ha cometido un delito militar que vaya a un Tribunal común, simple y sencillamente los tribunales comunes no tienen el conocimiento ni la práctica de la vida esencial de las fuerzas armadas...* Cfr. *Derecho Militar, Fuero de Guerra en tiempo de Guerra y no de Paz*, González Valencia Agenor, Plaza Editor y Distribuidor, Tabasco 2010, p. XXVIII.

crisis, por lo que judicializarlo, profesionalizarlo, buscar su alta especialidad, transparentarlo, ceñirlo a estándares internacionales,⁴⁶ particularmente buscando proteger a las víctimas civiles, no es contrario a los ejes que sustentan sus bienes jurídicos tutelados, entiéndase la disciplina, el servicio, la obediencia, el Estado, su seguridad interior y exterior, el honor militar, entre muchos otros, toda vez que lo importante será transitar hacia estos aspectos, negar su importancia y su necesidad es obcecado.

Lo ideal sería por una parte encontrar el mecanismo para llevar a los tribunales militares al poder judicial de la federación,⁴⁷ lograr que auténticamente estos conozca de asuntos típicamente militares, esto es, de aquellos que requieren calidad específica para su comisión⁴⁸ y que además se encuentren descritos en el Código de Justicia Militar.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de jurisdicción militar, como lo refiere Diego García Sayán, quien la preside, muestra problemáticas en dos aspectos, por un lado, el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses, cuestión ajena a los casos del Estado Mexicano y el procesamiento y juzgamiento de personal militar y policial por violaciones a los derechos humanos.⁴⁹

En la realidad los cambios son graduales y deben efectuarse con responsabilidad, recordemos por ejemplo el importante número de delitos que no podrán ser considerados en los criterios sobre los que se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la participación de víctimas civiles, en los que ha ordenado la competencia de las instancias federales, en razón de que todos aquellos delitos comunes y federales en donde no existan víctimas, al menos directas, se seguirán tramitando y juzgando bajo la competencia del sistema de justicia penal militar.⁵⁰

⁴⁶ En nuestro concepto debemos considerarlos como los criterios ordenados como básicos o mínimos por la normativa internacional y su jurisprudencia, a que debe ajustarse la normatividad interna de los Estados que los han suscrito en el concierto internacional.

⁴⁷ 11. *Ad cuatelam* se debe considerar la importancia y la significación que para el Estado mexicano representa, preventivamente, llevar a sus tribunales militares al Poder Judicial de la Federación, porque si bien es cierto, que en el reciente caso se trata de irregularidades en el procedimiento penal de averiguación previa es factible que casos posteriores enfrenten, adicionalmente, la carga de otro elemento discordante con los estándares internacionales, que en ese supuesto sería la concurrencia de dos poderes del Estado en uno y la ruptura del principio de unidad procesal. (Cfr. Voto concurrente del Juez *Ad hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega y otros vs México, 30 de agosto de 2010).

⁴⁸ La calidad específica requerida es precisamente la de militar.

⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Silva García Fernando, *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos, El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. XIX.

⁵⁰ Muestra de esta problemática es los delitos contra la salud, la portación de arma de fuego y los delitos de lavado de dinero, entre otros.

Lo anterior impide cumplir con el importante principio de especialidad y en donde de acuerdo con la interpretación de las sentencias internacionales de los casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos de Fuero de Guerra, la competencia seguirá siendo de los tribunales militares, es así que la especialización de la justicia militar está en construcción y por lo pronto baste decir que se camina en la ruta correcta.

El reto es buscar cómo hacerlo, los modelos en otras latitudes han profesionalizado y judicializado la justicia militar. Las recientes sentencias que enfrenta el Estado mexicano por asuntos en los que se encuentra involucrado el Fuero de Guerra constituyen la oportunidad para revisar el modelo de justicia⁵¹ y el diseño institucional de los tribunales militares. Los Congresos Internacionales son un espejo en el que debemos mirarnos como Estado, recientemente la Asociación Internacional de Justicia Militares a impulsado la evolución del Derecho Penal Militar.⁵² La judicialización y la profesionalización de la Justicia Militar con respeto a la dignidad es el objetivo inaplazable.

La jurisdicción militar vía el Fuero de Guerra debe alinear sus diseños institucionales y normativos con base en lógicas de convencionalidad y su control, en este sentido es fundamental comprender que significa este control, al respecto podemos partir de su conceptualización en sentido *lato*, de este modo el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana en sede internacional; y otra de carácter "difusa", por los jueces nacionales en sede interna. En diversos votos particulares Sergio García Ramírez ha sostenido que el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: *realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación y el pacto de san José*. En caso de violación por acción u omisión, la responsabilidad recae al Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.⁵³

Es necesario instalar en la regulación penal militar que se adopte con las inminentes reformas sustantivas y adjetivas principios rectores de los procedimientos penales militares que garanticen la judicialización y profesionalización de su justicia, como lo ordena la Convención

⁵¹ Para tal efecto deben entenderse como necesarios ajustes a las normas sustantivas, adjetivas, de ejecución de penas, orgánicas, así como las reglas de especialización y profesionalización en función de la transparencia y el respeto a los derechos humanos.

⁵² Brasilia/Brasil, noviembre de 2000, el segundo, en Florianópolis/Brasil, diciembre de 2003, el tercero, en la ciudad de Santiago/Chile, mayo de 2008, cuarto, en la ciudad de Madrid/España, octubre de 2009, el quinto, en la ciudad de Lima/Perú, abril de 2011, el sexto se realizó en mayo de 2012 en la República de Luanda/ Angola, África del Sur.

⁵³ Cfr. Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *tibi vs Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

Americana de Derechos Humanos, destacan para todos los juzgadores aun en materia militar, los de independencia e imparcialidad, de modo que por una parte deben ser autónomos, no sólo en el sentido técnico sino en el absoluto y garantizar su imparcialidad.

Tal cuestión pareciera inalcanzable en el diseño institucional que priva actualmente para la justicia militar en México; inamovilidad, este principio simplemente no está regulado en la normatividad militar, se carece de carrera judicial en la práctica es factible y común la remoción o cambio de los Jueces Militares, de modo que en el servicio de justicia militar priva la polifuncionalidad del abogado.

Los abogados militares pertenecientes al Fuero de Guerra como modelo institucional están sujetos al servicio y son proclives a la falta de objetividad frente a la cadena de mando, dicho en otras palabras la autonomía técnica que supone la existencia del Tribunal es insuficiente; los procedimientos seguidos en dichos tribunales están tan burocratizados como los del fuero común o federal, esto es tienen procesos que pueden durar meses o años, de suerte que la falsa afirmación que se formula respecto de la expedites de los Consejos de Guerra Ordinarios es relativa, si partimos de que en todos los casos se deben de instruir los procedimientos penales ante el juez militar, en tanto que además la defensa adecuada es cuestionable al menos la de oficio por estar igualmente afecta al mando.⁵⁴

La situación actual de la justicia militar en México supera en mucho la problemática de la facultad atrayente o extendida del Fuero de Guerra tan profundamente estudiado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aspecto que se advertido desde hace décadas por los investigadores y juristas mexicanos, sus estudios han sido recogidos por publicaciones especializadas nacionales y extranjeras,⁵⁵ es necesaria una revisión integral al modelo de justicia penal militar por no corresponder a los lineamientos procesales humanistas que progresivamente y por fortuna se instituyen gradual y sistemáticamente en los todas más modalidades de los modernos Estados democráticos de Derecho.

⁵⁴ Código de Justicia Militar. Art. 50 La defensa gratuita de los acusados por delitos del Fuero de Guerra, estará a cargo del Cuerpo de Defensores de Oficio.

⁵⁵ Es factible encontrar importantes estudios sobre el Replanteamiento de la Justicia Militar en México en la Revista Española de Derecho Militar, publicación periódica de reconocimiento Iberoamericano. Cfr. Revista Española de Derecho Militar, Ministerio de Defensa, número 84, p. 25, España, 2004.

IV. Evolución de la jurisprudencia de la SCJN sobre la interpretación del Código de Justicia Militar

Los razonamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Fuero de Guerra como en cualquier otra materia a través del tiempo, han tenido importantes modificaciones evolutivas para su interpretación, descansando las más importantes en las cuestiones vinculantes con la facultad atrayente o extensiva que al día de hoy sigue regulando el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar, y sobre el cual se han centrado en el ámbito del Fuero de Guerra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para el caso de México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco han generado importantes cambios jurisprudenciales, recordemos que en el orden internacional existe jurisprudencia sobre la jurisdicción militar.

La importancia del caso Radilla Pacheco y su interpretación a la sentencia que dictara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se entendió de tal trascendencia que propició el cierre de la Novena Época del semanario judicial y la apertura de la Décima Época⁵⁶ que da paso a una visión preponderantemente de derechos humanos y de control de la convencionalidad.

Sin lugar a dudas el momento en que proliferaron mayor número relativos al Fuero de Guerra en los que se convalida y legitima la facultad atrayente o extensiva es a partir de la denominada quinta época.

La quinta época⁵⁷ corresponde de 1917 a 1957 en la que se dictaron endurecidos criterios sobre el Fuero de Guerra y se legitimó judicialmente la facultad atrayente o extensiva, en un total de 77 criterios jurisprudenciales en un lapso de 40 años que no evolucionaron en las épocas subsecuentes e incluso en la Décima Época en donde ha variado el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la facultad atrayente o extensiva, no se ha generado aún nueva jurisprudencia, concretamente en el tema de Fuero de Guerra.

La primera jurisprudencia sobre fuero de guerra data de 1953, legitima la facultad atrayente o extendida.

⁵⁶ Comunicado de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 4 de octubre de 2011 <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/04-Oct-2011.aspx>

⁵⁷ Cfr. Q.É. <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=2040800003f00&Apendice=1000000000000&Expresion=fuero%20de%20guerra&Dominio=Rubro&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&Hits=20>

Lo que contrasta por constituir su antítesis con la Tesis: P. II/2013 Decima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1 pág. 366

FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.

El referido precepto ordinario, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, viola el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto éste dispone que la jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército.⁵⁸ ya que si bien es cierto que la especificación y el alcance de la expresión "disciplina militar" corresponden al legislador ordinario, quien debe precisar cuáles son esas faltas y delitos, también lo es que el mandato constitucional establece dos restricciones que no permiten una libre configuración legislativa: a) está prohibida la jurisdicción militar sobre personas que no pertenezcan al Ejército; y b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un civil (paisano), conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la primera restricción constitucional es contundente en determinar que la justicia militar en ningún caso podrá juzgar penalmente a un civil, cuando éste tenga el carácter de sujeto activo de un hecho ilícito, mientras la segunda implica que cuando un miembro de las fuerzas armadas cometa un delito en perjuicio de un civil, invariablemente, debe conocer de la causa penal correspondiente un Juez civil; de ahí que si un Juez Militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito sea un civil, ejercería jurisdicción sobre dicho particular en desacato al artículo 13 constitucional.

PLENO

Amparo en revisión 133/2012. 21 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos; votaron con salvedades: José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

⁵⁸ El subrayado es nuestro.

Amparo directo 15/2012. 13 de septiembre de 2012. Mayoría de ocho votos; votaron con salvedades: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo; votó en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Amalia Tecona Silva, Eduardo Delgado Durán y José Alfonso Herrera García.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número II/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

La influencia y cultura judicial que ha permeado en el orden interno mexicano respecto del *corpus iuris* interamericano, de modo que hoy es factible mirar pronunciamientos que involucren a la Convención Americana de derechos Humanos como lo demuestra el criterio que se pone a consideración:

[TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 364

FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CONTRAVIENE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con base en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En este contexto, el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar,⁵⁹ al dar lugar a que la jurisdicción militar conozca de las causas penales seguidas contra militares respecto de delitos del orden común o federal que, cometidos por aquéllos al estar en servicio o con motivo de éste, puedan afectar los derechos humanos de personas civiles, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia emitida

⁵⁹ El subrayado es nuestro.

por la Corte Interamericana en el caso citado, máxime que de lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se colige que la jurisdicción militar deba conocer de los juicios seguidos contra militares por delitos que puedan implicar violación de derechos humanos de víctimas civiles, como lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010.

PLENO

Competencia 38/2012. Entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar, adscrito a la Primera Región Militar. 9 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos en relación con el sentido; votó por consideraciones distintas: José Ramón Cossío Díaz; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 770/2011. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 60/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 61/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A.

Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 62/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VI/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

Nota: La ejecutoria relativa al expediente varios 912/2010 citado, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313.

Los progresos que se han alcanzado frente a la interpretación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, particularmente en caso Radilla Pacheco y que formalizó a través del dictado de la Sentencia Varios 912/2010 han marcado el surgimiento de nuevos tiempos, no solo para la jurisdicción militar, que de suyo es un gran logro, sino también en materia de interpretación conforme y control *ex officio* de la convencionalidad bajo la figura de control difuso, lo que se complementa con la muy importante reforma que en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 que en su artículo primero dispone como eje fundamental a los derechos humanos y a los tratados internacionales, que constituyen la ampliación del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando no contravengan la esencia de lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. Las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos periodo 2008-2010 (Radilla, Inés Fernández, Rosendo Cantú, y Cabrera García y Montiel Flores)

La revisión de la competencia y jurisdicción militar mexicana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con cuatro casos que han culminado en sentencias al Estado mexicano que a saber son: Radilla Pacheco; Fernández Ortega, Rosendo Cantú y Cabrera García y Montiel Flores conocidos como Campesinos ecologistas. Sin embargo el primer caso

del que conoció el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el Caso Gallardo⁶⁰ que solo se resolvió hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien dentro de sus propuestas sugería, aunque sin sustento de análisis jurídico interesantes reflexiones sobre el Fuero de Guerra.⁶¹

En dicho caso la Comisión concluyó que el Estado mexicano debe respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, del general brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 5, 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana, por los reiterados hechos ocurridos en México desde 1988.⁶²

El cambio de visión de la justicia penal militar lo da sin duda el Caso Radilla Pacheco que se ve complementado en el estudio y el análisis por los otros tres casos referidos y el antecedente aludido que se ventilo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1988, con el propósito de fortalecer los criterios de estudio sobre el Fuero de Guerra⁶³ en México, se analizan en su parte conducente los siguientes casos.

1. Caso Rosendo Radilla Pacheco

El Estado mexicano ha sido sentenciado por la Corte Interamericana en cuatro ocasiones por asuntos vinculados con los delitos de desaparición forzada de persona, violación y tortura, en el primer caso en agravio de Rosendo Radilla Pacheco por agentes del estado pertenecientes al ejército mexicano, hechos ocurridos en Atoyac de Álvarez, en el Estado de Guerrero el 25 de agosto de 1974 en el marco de la denominada "Guerra Sucia" y por lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordeno en sentencia del 23 de noviembre de 2009 en su punto resolutive 10. *El estado deberá adoptar en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar*⁶⁴ con los estándares

⁶⁰ El 15 de octubre de 1993... la revista Fórum... número 22, publica una síntesis de la tesis de maestría en la que propone crear un ombudsman militar en México, para acabar con las violaciones a los derechos humanos por parte de militares. El 9 de noviembre de ese año es arrestado y acusado por delitos Contra el Honor Militar y Difamación de las Fuerzas Armadas y encarcelado en la prisión militar.

⁶¹ *El Poder Judicial debe atraer la administración de la justicia militar, abrogar el fuero de guerra, que no debe existir en tiempo de paz...* Cfr. González Valencia, Agenor, *Derecho Militar. Fuero de Guerra en tiempo de guerra y no de paz*, 1a. ed., Ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Flores Editor y distribuidor, México, 2010, p. 230.

⁶² Cfr. Informe número 43-96 Caso II.430 México 15 de Octubre de 1996.

⁶³ La doble acepción del vocablo se encuentra aplicada en el artículo 13 de la Constitución que, por una parte, pruebe su existencia, entendida como prerrogativa, trato diferenciado o privilegio, en tanto que legitima su existencia tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, esto es como sinónimo de competencia... Cfr. Diccionario Jurídico, el Derecho Penal a Juicio, Voz Fuero, por Alejandro Carlos Espinosa, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2009, p. 303.

⁶⁴ Debe destacarse que en los últimos 12 años se han presentado un importante número de iniciativas de ley que han buscado reformas al Código de Justicia Militar y concretamente al Fuero de Guerra, a partir de la sentencia del

internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente sentencia.

En este sentido el punto de la sentencia que interesa para este análisis es el 342 en el que establece incompatibilidades que se traducen en inconventionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer 342. *No obstante lo anterior, la Corte declaró en el capítulo 9 de este fallo que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrafos 287 y 289) en consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta sentencia.*

Para seguir con el desglose de la resolución y poder aterrizar en el orden interno la mejor interpretación sobre el fuero de guerra y sus alcances, así como sus necesarias transformaciones en el orden interno es necesario reproducir los contenidos de los párrafos 286, 287 y 289 de la sentencia del caso Radilla Pacheco al tenor siguiente:

286. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

287. Con base en lo señalado precedentemente, es posible considerar que la disposición en estudio opera como una regla y no como una excepción, característica indis-

Caso Radilla destacan la iniciativa impulsada en el gobierno de Felipe Calderón que incluso se ofreció como prueba de cumplimiento a la sentencia la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos la estimó insuficiente, la iniciativa del 2012 impulsada en la Legislatura LXI que incluso llegó a Comisiones que en nuestro concepto planteaba con gran claridad una importante regla general en su artículo 58 que establecía: *Artículo 58. Será competencia de las autoridades y tribunales civiles del orden federal los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de civiles, así como aquellas violaciones a los derechos humanos.* Y actualmente se debate una nueva iniciativa del Senado de la República LXII Legislatura 2013, en la cual se analiza el modelo de justicia militar teniendo como eje el Fuero de Guerra donde destacan las posturas del titular del Ejecutivo Federal, Senador Lázaro Mazon, Senador René Arcé, Senador Pablo Escudero y Senador Alejandro Encinas, que van desde la atención específica a los delitos motivo de las sentencias de la Corte Interamericana (ejecutivo federal), pasando por diversas modalidades de protección a víctimas civiles (Senadores Mazon, Arcé, Escudero), hasta la restricción para conocer solo de delitos típicamente militares (Senador Ensinas).

pensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. En este sentido la Corte fortalece su postura de criterio al pedir confrontar su razonamiento con el Caso Las Palmeras Vs. Colombia, supra nota 274, párr. 51; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 142, y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 83, párr. 200.

Por su parte el aludido numeral 337 que cita lo solicitado por los representantes de las víctimas en el C.2 relativo a reformas a disposiciones legales en dicha resolución establece:

337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, "aunque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho [...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos".

Sobre el particular y en este contexto la Corte Interamericana considero determinar la convencionalidad del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo la consideración del punto 341... *Este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Como se aprecia la convencionalidad del artículo 13 constitucional es absoluta y la disposición que vulnera en el presente caso la Convención Americana de Derechos Humanos es el Código de Justicia Militar en su artículo 57 relativo a su facultad competencial extendida o atrayente para conocer delitos del fuero común o federal diversos de los típicamente militares.

Por su parte el artículo 289 dispone:

... El Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

Como se advierte de lo razonado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para llegar a lo ordenado en el punto 10 que en concreto es reformar el artículo 57⁶⁵ del Código de Justicia Militar, con el propósito de que éste acorde con los estándares internacionales, esto es con ese mínimo de elementos exigidos por el *corpus iuris* interamericano, pues como ahora sabemos dicho numeral transgrede a la convención e igualmente excede lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos en su artículo 13 que como quedo claro en la consideración de la Corte en su punto 341 es convencional y no necesita ser modificado, como sabemos en el orden interno se trata de una garantía de igualdad que no ha sido modificada por su pulcritud desde su expedición en 1917.

En este sentido el Estado mexicano ha trabajado y trabaja en proyectos de ley que buscan dar cumplimiento a la sentencia que en este caso emitiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la parte correspondiente a reformar conforme a estándares internacionales el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de modo que se exponen los proyectos hasta ahora más significativos y que sin duda buscan encontrar satisfacción y cumplimiento con la sentencia.

En nuestro concepto no es necesario modificar el artículo 13 de la Constitución General, así ha quedado claramente establecido en el cuerpo de las sentencias motivo de este análisis; en donde hay que hacer importantes modificaciones es en la normatividad secundaria, fundamentalmente en la penal, sin que se excluyan los otros diseños institucionales y normativos, se trata de entender a las sentencias de la Corte Interamericana como el parámetro para considerar la importancia de ajustes en las disposiciones secundarias que sean conformes con los estándares internacionales ordenados por el *corpus iuris* de la región interamericana.

Como quedo precisado en el Caso Radilla Pacheco se da el punto de quiebre sobre la interpretación de la Justicia Militar y que la autoridad debe administrarla en diversas condiciones,

⁶⁵ Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;
b).- que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;
c).- que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;
d).- que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;
e).- que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Quando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar. Los delitos del orden común que exijan querella, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II.

particularmente cuando intervengan víctimas civiles, en este sentido como igualmente se señaló en párrafos anteriores fue ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta sentencia la reforma al artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar, como es sabido la responsabilidad de la Corte Interamericana respecto de los casos sometidos a su jurisdicción no termina con la emisión de la sentencia, sino que le sigue un exhaustivo seguimiento sobre su cumplimiento de lo que deben informar formalmente los Estados.

De conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que *"Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes"*. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal, entiéndase la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resoluciones de fechas 19 de mayo y 1 de diciembre de 2011, 28 de junio de 2012 y 14 de mayo de 2013 se ha pronunciado sobre el sentido del cumplimiento de sentencia, concretamente en el tema de la facultad atrayente o extensiva que regula el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar lo hizo en la primera⁶⁶ y la última de las referidas resoluciones, con relación a la primera resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia expresamente estableció:

... La Corte estima que si bien son positivos los esfuerzos del Estado para reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la iniciativa presentada es insuficiente pues no cumple plenamente con los estándares indicados en la Sentencia.⁶⁷ En efecto, dicha reforma sólo establece que la jurisdicción militar no será competente tratándose, únicamente, de la desaparición forzada de personas, la tortura y la violación sexual cometidas por militares. No obstante, en la Sentencia, este Tribunal reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de que "el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar"...⁶⁸

⁶⁶ En esta ocasión la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la iniciativa de reforma presentada por el Ejecutivo federal sometió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma que incluye las modificaciones ordenadas por la Corte Interamericana al artículo 57 del Código de Justicia Militar". En este sentido, manifestó que "en la iniciativa se propone excluir de la jurisdicción militar los delitos de desaparición forzada de personas, tortura y violación, a fin de que sean competencia de los tribunales del fuero [ordinario]". Cfr. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁷ El subrayado es nuestro.

⁶⁸ *Idem*.

Como se aprecia el Caso Radilla Pacheco modifico transversalmente el orden jurídico nacional al cambiar los paradigmas de juzgamiento con una visión de derechos humanos y de juez natural, mirando siempre por la protección de las víctimas civiles al establecer reglas claras, precisas y avalas por la jurisprudencia interamericana en relación con la facultad atrayente o expansiva.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana en las subsecuentes sentencias fortalecieron su criterio jurisprudencial en relación con el Fuero de Guerra, particularmente respecto del artículo 57 del Código de Justicia Militar al reiterar su inconvencionalidad y la obligación del Estado Mexicano de modificar su normatividad interna en esta materia.

2. Caso Fernández Ortega⁶⁹

Dentro de los elementos que destacan y hacen muy importante el caso de Inés Fernández Ortega es que se trata de una mujer que es pobre, indígena, miembro del Pueblo Me'phaa (tlapaneco), de 27 años y su familia se integra por su esposo y cuatro hijos, menores de edad, no obstante estas condiciones fue violada y torturada por elementos del Ejército Mexicano el 22 de marzo de 2002.

Los preceptos vulnerados que señalo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte para conocimiento del caso fueron:

Violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Violación del derecho a vivir libre de violencia y discriminación (artículo 7 de la Convención de Belém do Pará).

Incumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar la tortura (artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura).

La Corte Interamericana dicto sentencia sobre el caso el 30 de agosto de 2010 por lo que estableció en su punto 173.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fernández Ortega y otros vs. México sentencia de 30 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Fernández Ortega al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar y al no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer violaciones a los derechos humanos y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar. Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de que el artículo 10 de la Ley de Amparo contempla tres supuestos en los que es procedente el juicio de amparo promovido por las víctimas y ofendidos al exigir la reparación del daño o la responsabilidad por la comisión de un delito, dentro de los cuales no existe uno que permita cuestionar la declinación de competencia a favor de la jurisdicción militar. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

Con el propósito de contextualizar la postura y criterio de la Corte Interamericana se hace necesario referir su posicionamiento.

178. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 162)201. Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

179. En el caso *Radilla Pacheco* el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte²⁰³. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

La Corte en su punto resolutivo 13 en relación con el acotamiento del Fuero de Guerra estableció:

13. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 239⁷⁰ de la presente Sentencia.

El voto prospectivo de tipo concurrente que emitió el Juez *Ad Hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010, plantea la necesidad de llevar a los Tribunales Militares al Poder Judicial de la Federación y destaca la necesidad de revisar en su integridad el Código de Justicia Militar por presumir la culpabilidad y algunas otras cuestiones que se señalan por tener plena relación con el Fuero de Guerra.

⁷⁰ 239. La violación y tortura de Inés Fernández Ortega; la discriminación de que fue objeto la víctima por su condición de mujer e indígena; la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de estos hechos; la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos; los obstáculos para que las personas indígenas, en particular las mujeres, puedan acceder a la justicia; la falta de reparación adecuada en favor de la víctima y sus familiares; el impacto negativo de los actos de amenaza y hostigamiento contra la víctima, sus familiares y representantes, constituyen violaciones a los derechos protegidos por los artículos 5, 8, 11 y 25 de la Convención Americana; incumplimiento de la obligación general de respeto y garantía contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento; violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará; e incumplimiento de las obligaciones bajo los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.

1. *El presente voto concurrente vale para el caso citado ut supra así como para el caso Rosendo Cantú y otra Vs. México en consideración a las razones siguientes:*

a) Se trata de militares en servicio, esto es agentes del Estado mexicano, que bajo una condición especial incurrieron en violaciones graves de los ordenamientos internos e internacionales, que debieron observar en atención a su calidad de garantes del orden interno del Estado mexicano y respecto de los derechos de sus connacionales;

b) El sujeto pasivo del delito de violación sexual por el que se enderezó este caso, es una mujer, pobre e indígena expuesta a una alta vulnerabilidad; además de no hablar el idioma español;

c) Se aplica igualmente el Código de Justicia Militar para investigar delitos cometidos por militares y en donde se encuentran involucradas víctimas civiles en atención a lo dispuesto por el artículo 57 fracción II inciso a) del referido ordenamiento legal; mismo que fue ordenado modificarse en el caso Radilla Pacheco Vs. México;

d) ...

2. ...

3. *Como lo indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la subsidiaridad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna es fundamental, por ser coadyuvante y también complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos; por ello considero que la adecuada interpretación del artículo 13 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos debe llevar a armonizar no sólo el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, sino también los supuestos previstos en los incisos b), c), d), y e), del instrumento normativo indicado.*

4. *Pese a las deficiencias estructurales y normativas que presenta el Código de Justicia Militar que data de 1933, debe observarse que existió voluntad del Estado mexicano de investigar institucionalmente el caso, pero también es evidente que no fue más allá de realizar diligencias de rutina a sabiendas que de esa manera no se aclararían los hechos ni se fincarían responsabilidades a los agentes del Estado involucrados, sin considerar además la máxima en procuración de justicia "conforme el tiempo pasa la verdad se aleja".*

5. El Estado mexicano debe procurar que no ocurra más la inseguridad jurídica que representa a un gobernado el hecho de que se investiguen delitos por una y otra aplicación de fuero constitucional, esto es que se instruyan procedimientos de investigación sin criterios jurídicos definidos derivados de la relatoría de los hechos, dado que si se imputan conductas delictivas a militares resulta poco congruente que se asuman investigaciones en el fuero común, dejando en estado de indefensión a las víctimas frente a la falta de recursos legales para enderezar sus defensas y garantizar su acceso a la justicia.

6. Debe destacarse que si bien quedó debidamente demostrada la negligencia y falta de resultados a cargo de la procuración de justicia por parte del Estado mexicano, en los diversos fueros constitucionales... de carácter competencial en materia penal...

7. ...

10. El presente caso paradigmático debe ser oportunamente aprovechado por el Estado mexicano no solo para lograr reivindicar su compromiso con la sociedad civil sino también para que, a la par, dar un oportuno cumplimiento a la Sentencia recaída tanto en este caso como en el caso Rosendo Cantú y otra; es momento de que inicie la revisión y transformación de un modelo de justicia militar rezagado, no solo en la técnica legislativa, sino en la conformación de sus instituciones de justicia y su normatividad tanto sustantiva como adjetiva y así plantearse un nuevo modelo que, sin restar importancia al servicio, la obediencia y la disciplina, permita la transformación del sistema de justicia militar mexicano.

11. Ad cautelam se debe considerar la importancia y la significación que para el Estado mexicano representa, preventivamente, llevar a sus tribunales militares al Poder Judicial de la Federación, porque si bien es cierto que en el presente caso se trata de irregularidades en el procedimiento penal de averiguación previa, es factible que casos posteriores enfrenten, adicionalmente, la carga de otro elemento discordante con los estándares internacionales, que en ese supuesto sería la concurrencia de dos poderes del Estado en uno y la ruptura del principio de unidad procesal.

3. Caso Valentina Rosendo Cantú⁷¹

Se trata de otro caso paradigmático de litigio estratégico en el que se establece responsabilidad al Estado Mexicano por violación y con la agravante de que en el momento en que ocurrieron los hechos Valentina Rosendo Cantú era menor de edad y las condiciones de vulnerabilidad muy semejantes a las del Caso Inés, quizá la Corte Interamericana debió haber acumulado los Casos, sin embargo se describe en la parte conducente a nuestro estudio sobre Fuero de Guerra. La sentencia dispone en su punto:

157. Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Rosendo Cantú al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar, así como por no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer las violaciones a los derechos humanos, y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar. Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de la ineffectividad de los recursos internos para cuestionar la jurisdicción responsable de la investigación del caso pues en dos oportunidades "el juicio de amparo mostró ser inefectivo e inadecuado como medio de tutela de los derechos de [la víctima], pues las investigaciones [...] siguieron [...] a cargo de la jurisdicción militar". Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como en los artículos 1, 6, y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

162. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar²¹⁷ (supra párr. 144). Al respecto,

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Rosendo Cantú y otra vs. México sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

163. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

222. No obstante, como ha sido declarado en el Capítulo IX de este Fallo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrs. 162 y 163). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.

De igual manera se establecen respecto del Fuero de Guerra o Jurisdicción Militar, particularidades que deberán observarse en la normatividad secundaria esto es en el Código de Justicia Militar para compatibilizar sus contenidos con los estándares internacionales, en el sentido destaca el punto resolutivo número 12 de la sentencia:

12. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los

estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 222 de la presente Sentencia.

4. Caso Cabrera García y Montiel Flores

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

Los aportes del destacado caso conocido como "campesinos ecologistas" constituye muy importantes aportes con sentido complementario y que significa conjuntamente con las otras sentencias sobre de jurisdicción militar una beta que empieza a pulsarse debidamente en el orden interno por los estudiosos de la materia y también por los legisladores.

4. Adecuación del derecho interno mexicano respecto a la intervención de la jurisdicción penal militar

205. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 189). Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

206. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. Al respecto, la Corte resalta que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual.

*El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte concluye que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.*

c.3 Garantías de no repetición

i) Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de

Justicia

224. La Comisión solicitó a la Corte que ordene a México limitar el alcance de la jurisdicción militar. Los representantes –solicitaron –que se ordene al Estado [...] reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, con el fin de que establezca de manera clara, precisa y sin ambigüedades, que la justicia militar debe abstenerse en cualquier supuesto de conocer sobre violaciones a derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de las fuerzas armadas mexicanas, encontrándose o no en servicio–. Asimismo, solicitaron el establecimiento de un –recurso efectivo para impugnar la decisión de traslado de un proceso a la jurisdicción militar–. Finalmente, ante la información estatal en cuanto a una propuesta de reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar en cumplimiento de la Sentencia de la Corte en el caso Radilla Pacheco, los representantes señalaron que –la información difundida por la Presidencia hace suponer que la iniciativa de reforma [...] no cumplirá con [lo establecido en dicha Sentencia]– y que, en todo caso, –la reforma [...] no se ha producido–.

234. Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cambio, como ha sido declarado en el Capítulo IX de esta Sentencia, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párr. 206). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares

internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.

XI Puntos Resolutivos

15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 235 de la presente Sentencia.

IV. El Control Difuso de Convencionalidad por los Jueces Mexicanos

64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del –control difuso de convencionalidad– aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010); Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010); y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).

77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a –las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares a tener derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario; por lo que –esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanosII (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta –inmediataII y con –independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptarII (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar) II. Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana, precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:

En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

VI. El Expediente Varios 912/2010 y la atracción del Fuero de Guerra

Lo resuelto en el expediente varios 912/2010 equivale a un cambio de paradigma respecto a la interpretación de la facultad atrayente o extensiva, debido a que dicha resolución establece claramente a que se encuentra obligado el Poder Judicial de la Federación e incluso las autoridades jurisdiccionales en otras competencias en los casos en que se vulneren Derechos Humanos.

Para entenderla es necesario conocer los antecedentes del Caso Radilla Pacheco⁷² valga señalar que se trata de hechos ocurridos hace aproximadamente 40 años que datan del 25 de agosto de 1974 cuando fue desaparecido presuntamente por elementos del Ejército Mexicano en el municipio de Atoyac de Álvarez, sus familiares tras una intensa lucha en la integración de averiguaciones previas el 15 de noviembre de 2001, con el apoyo de una Organización no gubernamental,⁷³ denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estos hechos en contra del Estado Mexicano.

En esta razón y toda vez que el Estado mexicano no atendió lo recomendado por la Comisión Interamericana, el 15 de marzo de 2008, el asunto se sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente el 23 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana dictó la sentencia⁷⁴ correspondiente.

⁷² Fue un caficultor guerrerense, nacido en Atoyac de Álvarez en 1914. Tenía una familia compuesta por su esposa, 11 hijas y su hijo... También era músico. Dedico algunos de los corridos que compuso a los movimientos encabezados por Lucio Cabañas y Genaro Vásquez, al parecer esta fue la "razón" por la cual Radilla Pacheco fue arbitrariamente detenido y posteriormente desaparecido. Cfr. El libro La sentencia de la Corte IDH, Caso Radilla Pacheco v.s. Estados Unidos Mexicanos, Editado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., México 2010 P. 15.

⁷³ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, Asociación Civil.

⁷⁴ En congruencia con lo referido por Sergio García Ramírez en el prólogo del libro con el mismo nombre, *la sentencia de este caso, que a suscitado distintas opiniones constituye un acto de inexcusable cumplimiento por parte del Estado mexicano y pone a la vista ciertas cuestiones relevantes dentro de la Jurisprudencia Interamericana*. Cfr. Obra citada P. 7.

Frente a tales circunstancias el 26 de mayo de 2010 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formulo consulta al Tribunal en Pleno y se formó el expediente varios 489/2010. Era importante que el Pleno de nuestra Corte determinara la participación que corresponde al Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco y en este sentido analizar lo que en ese entonces señalaba el artículo 33 constitucional regulatorio de la facultad correspondiente al Presidente Constitucional.⁷⁵

Por otro lado debía estudiarse la salvedad que establecía respecto de la competencia contenciosa sobre hechos posteriores a la fecha de reconocimiento, es decir la supuesta salvedad para hechos del pasado, por lo que debía interpretar el alcance de las reservas y de interpretaciones, muy particularmente para objeto de nuestro estudio los puntos 4 y 5 hechos por México en la reserva a la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José que a saber son:

4. Cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana que determine violaciones a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por hechos y actos previos al reconocimiento de su competencia, salvo los casos de violaciones continuas o permanentes tales como la desaparición forzada de personas;⁷⁶

5. Reconocer la falta de competencia de los tribunales militares para conocer de los hechos constitutivos de desaparición forzada de persona cometidos por los militares en servicio, así como considerar de tribunales especiales a esos órganos jurisdiccionales (reserva al artículo IX de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas).⁷⁷

En su considerando quinto el proyecto de la sentencia varios 912/2010 propuso:

Que no se configuraba ninguna de las salvedades que condicionaron el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de México, por lo que la sentencia que se analiza resulta obligatoria.⁷⁸

⁷⁵ Que consistía en inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, expulsar a todo extranjero del que se estimara inconveniente su estancia en el país e igualmente respecto a la prohibición de que extranjeros participen en asuntos políticos.

⁷⁶ Crónicas del Pleno y de las Salas. Sinopsis de asuntos destacados del Tribunal en Pleno. Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Caso Radilla Pacheco. Cronista: Lic. Héctor Musalem Oliver.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem.

Por otro lado también fueron considerados otros elementos de importante trascendencia como es el caso del razonamiento previsto en el considerando sexto relativo a las reservas o consideraciones interpretativas que México realizó cuando se adhirió al pacto de San José, esta reserva fue relativa a la desaparición forzada de personas, por lo que en su parte conducente dicho considerando estableció. . . *la reserva hecha por México al artículo IX de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas fue declarada inválida por la Corte Interamericana pues implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la investigación y eventual sanción de los responsables.*

Destaca en la sentencia varios en el considerando séptimo desde un punto de vista estrictamente técnico y competencial la distinción entre las obligaciones administrativas del Estado y las de carácter interpretativo, así en la parte conducente el considerando séptimo dispone:

...debe distinguirse entre las obligaciones concretas de índole administrativa y las que tienen que ver con la emisión de criterios interpretativos que en lo futuro deben adoptar los órganos jurisdiccionales del país.⁷⁹

Respecto de las obligaciones específicas que impone la sentencia varios 912/2010 destaca en correlación del párrafo 339⁸⁰ de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del señor Rosendo Radilla Pacheco la obligación únicamente para los Jueces Federales de realizar un Control Convencional de oficio de las leyes respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, en el considerando noveno esta sentencia interpretativa de la dictada en el Caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana dictó reglas precisas en congruencia con la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se incluyen principios rectores de Derechos Humanos entre los que destacan el de conformidad y el *pro-persona*, es así que el considerando noveno establece:

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Considerando Noveno. Que consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, a partir de ahora, el fuero militar establecido en el artículo 57 del Código de Justicia Militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.⁸¹

Finalmente en el considerando decimo alusivo a las obligaciones administrativas impuestas, el Poder Judicial se pronunció por diversas medidas de reparación, por ello propuso establecer programas o cursos relativos permanentes enfatizados en los límites de la jurisdicción militar, las garantías judiciales y de protección judicial y los estándares internacionales aplicables a la administración de justicia y en paralelo propuso la creación de un programa de formación sobre el debido juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en donde se destacan el estudio de elementos técnicos y científicos sobre el fenómeno de desaparición forzada y la utilización de la prueba circunstancial.

La parte fundamental de la sentencia varios 912/2010 se centra en lo que se determinó en la sesión del 5 de julio de 2011, donde por mayoría de ocho votos se estableció que frente a las sentencias condenatorias no se pueden realizar las excepciones y las salvedades o interpretaciones hechas por el Estado mexicano. Tal postulado legitimó el sentido y alcance restrictivo ordenado por la sentencia del Caso Radilla Pacheco.

Otro aspecto contundente de la resolución es que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos.

En postulado diverso se ordenó en la sentencia que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación cuando México no sea parte, esto es aquellos que no son dirigidos a nuestro país y que generen jurisprudencia.

En posterior sesión el 12 de julio de 2011, en relación con el considerando octavo citado *ut supra* relativo al Control de la Convencionalidad, la Suprema Corte determinó que de conformidad

⁸¹ Ídem.

con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco *"el Poder Judicial de la Federación debe ejercer el Control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana..."*⁸²

Por lo que toca al considerando noveno que alude al Fuero de Guerra se desprende que del contenido de los párrafos 339 a 342 existen obligaciones para los jueces del Estado mexicano de ejercer el Control de Convencionalidad y por ende todos los jueces deben aplicar en casos futuros el criterio de restricción al Fuero Militar.

Es importante establecer que en la sentencia varios la Suprema Corte ordena reasumir competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil.

Son estos y muchos otros aspectos que por la naturaleza del análisis no desarrollan, lo que en dicha sentencia se determinó y que para tal efecto en sus puntos resolutivos dispuso:

PRIMERO. La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la CIDH en el "Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos" se circunscribe a los términos precisados en la presente ejecutoria.⁸³

SEGUNDO. Infórmese esta determinación al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, y al titular del Poder Ejecutivo Federal por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, para los efectos a que haya lugar.⁸⁴

VII. Los casos de Fuero de Guerra resueltos por la Suprema Corte en septiembre de 2012 y las tesis derivadas de dichos asuntos

En este apartado se hace breve referencia a los casos de Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamaríz⁸⁵ por haber cambiado el paradigma para juzgamiento frente a la presencia de víctimas civiles; presentan variables y condiciones distintas que permiten reflexionar al juzgador sobre el gran cambio que significará para la justicia militar mexicana, dado que

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Amparo Indirecto 1220/2011 Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Penal. Toca 27/2012 del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que fue remitido a Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser tratado en Sesión Plenaria.

el número de combinaciones y supuestos es muy amplio, lo que se ejemplifica con estos dos casos en los que la Corte del Estado mexicano determinó la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II inciso a), puesto que en el caso Bonfilio se trata de un indígena que falleció producto de una acción militar, y el caso Tamariz es una mujer sargento militar procesada a causa de la participación de presuntas víctimas civiles, lo que perfila la necesidad de una alta especialización de la justicia militar para temas vinculados con servicio, disciplina y obediencia así como los demás valores que inspiran el quehacer militar.

Dado que la tendencia es que prevalezca la institución del juez natural y a pesar de que los cambios normativos aún se discuten y pueden verse gradualmente, es evidente que el modelo se está transformando conforme a estándares internacionales y los cambios logrados en el orden interno, por ejemplo las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008, sobre la presunción de inocencia y la correspondiente del 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, así como las resoluciones emitidas por la Corte declarando la inconstitucionalidad de diversos preceptos adjetivos⁸⁶ y sustantivos⁸⁷ del Código de Justicia Militar y por supuesto lo establecido en la sentencia varios 912/2010.

En el Orden Interno la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó los lineamientos para conocer de asuntos del Orden Militar donde se encuentren involucradas víctimas civiles, de modo que en las resoluciones judiciales fue posible apreciar razonamientos como el siguiente: *por lo que en atención a la circular No. 4/2011-P que fue dirigida a los Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito se refiere que en el párrafo 55 de la resolución de 14 de julio de 2012, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente "Varios" 912/2010, relacionado con el caso Radilla Pacheco se determinó lo siguiente "55. Se ordena a todos los juzgadores y tribunales del país que en caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para que ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia"*

⁸⁶ La inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II inciso a) en los casos de Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamariz.

⁸⁷ La inconstitucionalidad determinada respecto del artículo 102 del Código de Justicia Militar en el que dispone: "Artículo 102.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. ..."

La presunción de que un delito es intencional no quedara destruida, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias. ... Por ser contrario a lo dispuesto en su parte conducente por el artículo 20 constitucional: "... 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;..."

Como se aprecia el caso Radilla Pacheco puede ser considerado como un parte aguas en las nuevas concepciones de la justicia en México, por lo que los asuntos vinculados con el Fuero de Guerra han constituido el mecanismo transformador frente a las obligaciones interamericanas contraídas por el Estado Mexicano.⁸⁸

Que la Suprema Corte de Justicia resolviera dichos casos y aplicara la sentencia varios 912/2010 aparejo que se estableciera para esos casos la inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar y que los Tribunales Militares son incompetentes para conocer de asuntos en que se encuentren involucradas víctimas civiles con independencia del contexto.

VIII. Síntesis de la prohibición sobre la extensión del fuero de guerra

La presente investigación plantea y fundamenta la prohibición convencional y la necesaria adecuación en el orden interno para que el Fuero de Guerra o militar no extienda su competencia para conocer de delitos que no sean típicamente militares, esto es, hipótesis conductuales para las cuales se requiere la condición específica de militar, sin dejar de observar que esto significa un tránsito gradual dadas las aristas y complejidades del tema.

El primer paso será, quizá, el juzgamiento de casos en tribunales federales frente a la participación de militares como presuntos sujetos activos en delitos donde existan víctimas civiles, sin embargo el tema de la alta especialización del Fuero de Guerra en delitos típicamente militares enfrenta un problema aún no tratado en el orden interno, ni en el internacional y tiene que ver con el juzgamiento en tribunales militares a militares por delitos federales o del fuero común en donde no existan víctimas.

De modo que con las particularidades decididas por el legislador el Fuero de Guerra deberá enfrentar en el Código de Justicia Militar reformas acordes con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, en este sentido el Poder Judicial Federal se ha pronunciado con suficiencia y tal como se recogió en este apartado fijó con claridad los criterios interpretativos que deben ser observados en materia de jurisdicción militar, esto es Fuero de Guerra, además de haber instalado como un progreso judicial invaluable los principios de interpretación conforme y de control *ex officio* de la convencionalidad.

⁸⁸ De conformidad con el decreto promulgado por el titular del Ejecutivo el 17 de diciembre de 1998, "Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"

La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley

José A. GUEVARA B.*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Se agradece al Lic. Gabriel Paris León García por su generoso e indispensable apoyo con las tareas de investigación y documentación del presente texto.

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.* II. *Contexto doctrinario.* III. *Reconocimiento, definición y alcance del derecho.* IV. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Corte Internacional de Justicia; Corte Penal Internacional; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Principio de Legalidad; Principio de No retroactividad.

I. Consideraciones previas

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), considerada como la más trascendental que en materia de derechos humanos se haya hecho desde 1917. No sólo es relevante por su alcance conceptual –modificó el Título Primero para denominarlo "De los Derechos Humanos y sus Garantías"–, sino también por su extensión –por haber reformado once artículos: 1o., 3o.,¹ 11o.,² 15o.,³ 18o.,⁴ 29o.,⁵ 33o.,⁶ 89o.,⁷

¹ En el artículo 3o. se agregó como uno de los principios que se deberán de fomentar en la educación que imparta el Estado "el respeto a los derechos humanos".

² Se adicionó el segundo párrafo al artículo 11 en los siguientes términos "En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

³ Se agregó en la parte final al artículo 15 la prohibición de celebrar tratados internacionales que alteren los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los convenios de los que México es parte.

⁴ En el artículo 18 se incluyó "el respeto a los derechos humanos" como uno de los principios sobre los que se organizará el sistema penitenciario.

⁵ El artículo 29 se modificó para fortalecer el procedimiento de suspensión de derechos humanos, incluir un listado de derechos que no podrán ser suspendidos o restringidos y en general armonizar la Constitución con las obligaciones internacionales relevantes contraídas por el Estado mexicano como más adelante se verá.

⁶ El artículo 33 fue reformado para incluir algunos derechos de debido proceso en el procedimiento de expulsión de no nacionales, como por ejemplo los derechos de legalidad y de audiencia.

⁷ En el artículo 89 fracción X se incluyó como uno de los principios normativos que guiarán la conducción de la política exterior del Ejecutivo Federal "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos".

97o.,⁸ 102.B⁹ y 105o.¹⁰ A continuación se transcriben los primeros tres párrafos del nuevo artículo primero que en mi opinión impactan la manera en la que debe aproximarse al análisis constitucional de los derechos humanos y las garantías para su protección:¹¹

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...]

Con este artículo, los derechos humanos en México son reconocidos como inherentes a la dignidad de la persona y por consiguiente reconocidos por el Estado, con lo cual se deja atrás la idea que la Constitución los otorga.¹² Además se clarifica la noción de garantías para entenderlas como aquellos mecanismos que promoverán y protegerán los derechos, tantos en los planos nacional como internacional; a la vez que contribuyó a explicitar la jerarquía normativa de los tratados internacionales y su valor en el ordenamiento jurídico.

Se incluyó también un poderoso criterio de interpretación que consiste en que para establecer el significado o alcance de las normas de derechos humanos, éstas deberán analizarse

⁸ Se eliminó del artículo 97 constitucional la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar violaciones graves a los derechos humanos.

⁹ Se modificaron varios párrafos del apartado B del artículo 102 para fortalecer la autonomía de las comisiones públicas de derechos humanos, así como las recomendaciones que emiten.

¹⁰ Se reformó el artículo 105 para que las acciones de inconstitucionalidad puedan ser presentadas contra normas que vulneren precisamente tratados internacionales en materia de derechos humanos.

¹¹ Con dicha afirmación no se pretende restarle valor a los demás artículos reformados, ni mucho menos minimizar el alcance de los derechos humanos específicos contenidos en los artículos reformados.

¹² Al respecto véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa / IJ-UNAM, 2011, pp. 66 y ss.

conforme a la Constitución y los tratados internacionales de los que México sea parte, favoreciendo aquella norma que beneficie en mayor medida a la persona. Dicho criterio de interpretación fortalece al mismo tiempo, el valor predominante de la Constitución, así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado mexicano, particularmente aquellas relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos.¹³ Como señala José Luis Caballero Ochoa: "[...] el que la Constitución se interprete de conformidad con los tratados no lesiona la supremacía constitucional, sino que precisamente reconoce la conformación de un 'bloque de constitucionalidad' mediante derechos integrados".¹⁴

El párrafo tercero de dicho artículo 1o. constitucional enlista una serie de principios que deberán guiar la conducta de todas las autoridades del país: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas. Por autoridades se debe entender los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, en sus tres niveles: federal, estatal y municipal. Dichos principios rectores¹⁵ que guiarán a toda autoridad implica el deber de adoptar medidas para que en el ámbito de sus atribuciones se fomenten los derechos humanos entre sus funcionarios públicos y el público que atienden; asimismo las dependencias deberán establecer lineamientos para que sus funcionarios respeten y protejan los derechos humanos, es decir que al desempeñar sus mandatos constitucionales, legales, reglamentarios o de otra índole se abstengan de violentar dichos derechos. Finalmente las autoridades deberán adoptar todas las medidas a su alcance para que exista un orden jurídico, incluso tipos penales, que evite que entre particulares pueda haber afectaciones; es decir, el Estado es garante que entre las personas no haya violaciones a los derechos humanos.¹⁶

Por último, dichas autoridades tienen la obligación de prevenir afectaciones negativas a los derechos humanos y en caso de que ello no sea así el Estado conforme a las distribuciones competenciales deberá investigar, procesar y castigar a quienes hayan incurrido en dichas violaciones a los derechos, sea en sede penal, administrativa o de otra índole. Las reparaciones tendrán que hacerse conforme a la legislación que para tales efectos se promulgue.¹⁷

¹³ En este contexto José Luis Caballero ha señalado que "El desarrollo jurídico contemporáneo sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden interno ha tomado el derrotero de acentuar cada vez más la necesidad de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la norma internacional, especialmente con los tratados internacionales sobre derechos humanos". Caballero Ochoa, José Luis, "Incorporación del derecho internacional en el derecho interno" Lucía Segovia, Teresita del Niño Jesús y Mejía Garza, Raúl (coords.), *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos. Recopilación de ensayos*, México, SCJN / OACNUDH, 2011, p. 3.

¹⁴ Caballero Ochoa, José Luis. "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)", Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IU- UNAM, 2011, p. 115.

¹⁵ García Ramírez, Sergio y Julieta Morales Sánchez. *La reforma constitucional...*, op. cit., pp. 99 y ss.

¹⁶ Para una aproximación al alcance de las obligaciones, véase Carbonell, Miguel. "Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana", Carbonell, ... op. cit., pp. 63 y ss.

¹⁷ Véase transitorio segundo del DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

Este artículo 1 o por lo menos parte de él, fue interpretado recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") al determinar el alcance de las responsabilidades del poder judicial federal en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Corte Interamericana") en el Caso Rosendo Radilla Pacheco en contra de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁸ En el expediente varios 912/2010¹⁹ la SCJN decidió que el Poder Judicial debe de efectuar un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

Para la Suprema Corte, la interpretación conjunta del artículo 1o. con el 133²⁰ implica que los jueces tienen la obligación de dar preferencia a los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales frente a las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier otra norma. Se señaló además que el Poder Judicial de la Federación en aplicación del control de directo de la Constitución y los tratados internacionales puede declarar la invalidez general de las normas o expulsarlas del ordenamiento jurídico mexicano —a través de la resolución de juicios de amparo, acciones y controversias constitucionales.²¹

El resto de los jueces, por su parte, podrán inaplicar aquellas disposiciones que sean contrarias a normas de derechos humanos contenidas en la Constitución o en los tratados internacionales de los que el país sea parte.²²

El control de constitucionalidad incluye el de convencionalidad y debe hacerse de oficio, lo que significa que todos los jueces, deben aplicar la Constitución, la jurisprudencia de la Suprema Corte, los tratados y los criterios jurisprudenciales internacionales relevantes.²³ Ello

¹⁸ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

¹⁹ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183. Dicha resolución, los votos particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como votos particulares y concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011 (en adelante "Expediente varios 912/2010").

²⁰ El artículo 133 señala "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".

²¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013. arts. 103, 105 y 107.

²² Expediente varios 912/2010, *supra* nota 19, párr. 29.

²³ Expediente varios 912/2010, *supra* nota 19, párr. 30. En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una serie de tesis que han permitido clarificar el sentido del expediente varios 912/2010. En lo que nos ocupa

significa que los jueces no deben esperarse a que alguna de las partes le solicite declarar la invalidez o inaplicación de normas contrarias a las obligaciones en materia de derechos humanos, sino por el contrario hacer de manera directa, de oficio.

Por otro lado, la SCJN también en el caso Radilla, determinó que las sentencias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano ha sido parte a través de un litigio, son vinculantes. La obligatoriedad deriva del hecho que México fue parte de un litigio y pudo defenderse, presentar excepciones y alegatos. Con ello la sentencias *in toto* y no solo sus resolutivos son obligatorias para las autoridades del país. Además, enfatizó que no tiene competencia para "[...] analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso";²⁴ es decir, es cosa juzgada para México.

En este contexto, la Suprema Corte también analizó el valor que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana en aquellos casos en los que el Estado mexicano no fue parte. Al respecto determinó que se trata de criterios orientadores para las autoridades del país, en particular para los jueces, lo cual implica que dicha jurisprudencia no será aplicada de manera irreflexiva sino que tendrá que analizarse si existiera una más favorable, tal como lo establece el principio *pro persona* reconocido en el artículo 1 Constitucional.²⁵ Es decir, si la jurisprudencia nacional es más protectora de la persona que la jurisprudencia internacional, como es el caso del derecho a la no aplicación retroactiva de la ley, la primera tendrá que aplicarse, no la segunda.

Todo lo anterior genera las siguientes preguntas: ¿Los criterios emitidos por otros tribunales o mecanismos internacionales que conocen de asuntos de derechos humanos en los que México participa tienen la misma fuerza obligatoria que las decisiones de la Corte IDH? ¿Las

resultan relevantes las tesis siguientes: Tesis: P. I/2011 (10a.), CONTROL DIFUSO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 549, Reg. IUS. 2000008; Tesis: P. LXX/2011 (9a.), SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557, Reg. IUS. 160480; Tesis: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535, Reg. IUS. 160589; Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551, Reg. IUS. 160526.

²⁴ Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 556, Reg. IUS. 160482.

²⁵ Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 550, Reg. IUS. 160584.

decisiones que dichos mecanismos o tribunales adoptados en el contexto de procedimientos en los que México no participa como parte de un litigio son criterios orientadores? En mi opinión la respuesta para ambas preguntas es afirmativa, las decisiones de dichos mecanismos o tribunales internacionales se incorporarán como criterios obligatorios y orientadores al ámbito jurídico nacional, según sea el caso.

México es parte de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ)²⁶ y de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI),²⁷ que si bien no son tribunales que buscan identificar la responsabilidad de los Estados por violaciones a derechos humanos, por su naturaleza conocen de asuntos que tienen estrecha relación con los mismos. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia ha conocido de asuntos en los que un Estado demanda a otro para exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales que contienen normas protectoras de la persona, normas de derechos humanos.²⁸

Por su parte, la CPI que si bien tiene por función investigar, procesar y castigar a personas físicas por haber cometido el crimen de agresión, el de genocidio, los crímenes de lesa humanidad o de guerra, la naturaleza de su jurisdicción es complementaria a la de los tribunales penales nacionales. De la misma forma, la CPI está pensada para llevar a la justicia a los máximos responsables de dichos delitos, es decir los más altos funcionarios tanto de los gobiernos como de organizaciones como por ejemplo grupos armados organizados.²⁹ Lo anterior significa que podrá conocer de casos una vez que se pruebe que el Estado con jurisdicción para hacerlo no quiso o no pudo llevar a la justicia a las personas presuntamente responsables. Ello implica que la CPI podrá hacer un análisis previo –al juzgamiento de las personas– sobre las actuaciones de los Estados y tendrá que formular una determinación sobre precisamente la capacidad y voluntad de los Estados para juzgar a los presuntos responsables.

²⁶ El reconocimiento por parte de México de la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Artículo 36, párrafo 2 de su Estatuto de la Corte, entró en vigor el 28 de octubre de 1947. Disponible en: <<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/RECONOCIMIENTO-JURISDICCION%20DE%20LA%20CIJ.pdf>> (19 de junio de 2013).

²⁷ La promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2005.

²⁸ Por ejemplo, entre otras véanse sentencias de los casos *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America); *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain). Asimismo, entre otras véanse opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia: *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Disponibles en: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>> (19 de junio de 2013).

²⁹ Para una aproximación a dicha Corte, véase Guevara B., José A. y dal Maso J., Tarcisco, *La Corte Penal Internacional. Una visión iberoamericana*, México, Porrúa / UIA, 2005.

México, en ambos casos, tiene la capacidad para participar en los procedimientos o litigios como la SCJN señaló en el caso *Radilla*. En la sede de la CIJ para demandar o para defenderse como demandado y ante la CPI podrá buscar impedir que el tribunal conozca de un asunto relativo a una persona física, por estar el caso o procedimiento bajo consideración de los tribunales nacionales o bien por haber sido juzgado por los mismos.³⁰

Las decisiones de ambos tribunales tanto en los asuntos en los que México es parte, como en lo que no, deben seguir el mismo tratamiento que las decisiones de la Corte IDH, es decir formarán parte de las decisiones obligatorias u orientadoras, según sea el caso.

Por otro lado, el país le ha reconocido competencia a diversos órganos creados por tratados para conocer de quejas o comunicaciones individuales por violaciones a derechos humanos,³¹ las cuales se tramitan en procedimientos controversiales en los que el gobierno tiene oportunidad de participar, presentar excepciones, pruebas y alegatos. Los órganos creados por los tratados para tales efectos resuelven el litigio, adoptan una decisión final que determina si en efecto el Estado violó por actos u omisiones de sus autoridades los derechos reconocidos en el tratado que corresponda y ordenan reparaciones.

Conforme al razonamiento de la SCJN las resoluciones derivadas de litigios internacionales en los que México participa, particularmente en dichos órganos, deben seguir la misma suerte de las sentencias de la Corte Interamericana; es decir, ser obligatorios en sus términos. Por otra parte, las demás decisiones derivadas de casos en los que el país no fue parte deberán ser considerados como orientadoras para las autoridades del país. Por consiguiente, para seleccionar la disposición que más favorezca a la persona, las autoridades del país deberán analizar todas las normas y criterios existentes, sean de fuente nacional o internacional.

³⁰ El artículo 19.2.b) del Estatuto de Roma señala que podrá impugnar la admisibilidad de la causa, por las razones estipuladas en el artículo 17 de dicho instrumento, "Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes".

³¹ El reconocimiento de la competencia para dichos órganos se puede dar a partir de la ratificación de un instrumento específico o bien mediante declaración expresa hecha por los Estados. México ha ratificado del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002, el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de mayo de 2008 con los que se faculta al Comité CCPR, al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente, para conocer de casos individuales. Los reconocimientos por parte de México de las competencias (i) del Comité contra la Tortura, establecido en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002; (ii) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecido en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2002; (iii) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establecido por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de junio de 2008.

Lo anterior, sumado a lo dispuesto por el artículo 1 constitucional, obliga al gremio jurídico a llevar a cabo aproximaciones a los mandatos constitucionales de una manera integral, es decir, no solo desentrañar el sentido de las disposiciones de la Constitución a partir del análisis del texto y la jurisprudencia nacional, sino a través del uso de los tratados internacionales, así como los criterios de los tribunales y mecanismos de derechos humanos, regionales y universales.

El presente ejercicio de análisis –del derecho de toda persona a que no se le apliquen normas jurídicas de manera retroactiva en su perjuicio– contenido en la primera parte del artículo 14 de la Constitución y en los tratados de los que México es parte, se hará a la luz de los criterios relevantes de la SCJN y de los mecanismos internacionales de derechos humanos. El texto cuenta de tres partes, en la primera para introducir la temática me referiré al contexto doctrinario del derecho en cuestión; en la segunda, al reconocimiento, definición y alcances del derecho a la no aplicación retroactiva de la ley; y, en la tercera y última presentaré unas breves conclusiones.

II. Contexto doctrinario

Doctrinariamente, la no aplicación retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, se enmarca en los principios de legalidad y seguridad jurídica; elementos consustanciales al Estado de Derecho que garantizan a las personas el conocimiento del alcance de su libertad, así como los límites de la actuación del poder punitivo del Estado.³² La no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna forma parte del derecho a la estricta aplicación que no solo abarca la materia penal, sino también lo que corresponde a la legislación civil. Los orígenes de dicho principio en el orden jurídico mexicano se remontan a los constituyentes de los siglos XIX y XX.³³

Emilio Rabasa en su obra clásica sobre el artículo 14 de la Constitución señala que el proyecto de Constitución de 1857 contenía entre otros un artículo 4 que señalaba que "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, *ex post facto*, o que altere la naturaleza de los contratos".

³² Véase Díaz Aranda, Enrique. Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), México, Porrúa/IJ- UNAM, México, 2003, p. 68.

³³ Emilio Rabasa nos recuerda que: "A poco del triunfo de la Revolución de Tuxtepec apareció la obra de don José María Lozano, Tratado de los Derechos del Hombre, en la que su autor interpreta por primera vez el artículo 14 en el sentido de que la exactitud en la aplicación de la ley no tiene más alcance que el de la materia penal. Y el debate se encendió [...] En 1886, el licenciado Miguel Mejía publicó un libro, Errores Constitucionales, en el cual refuta la tesis de Lozano y de Vallarta sosteniendo que la garantía de la exacta aplicación de la ley, comprendía 'tanto a lo civil como a lo criminal'; que la finalidad del artículo 14 fue proteger a la persona en ambos aspectos, pues no era ésta 'una garantía imposible, inconveniente, irracional o peligrosa en los negocios civiles'. "Prólogo" de F. Jorge Gaxiola, a la obra clásica de Rabasa, Emilio, *El artículo 14*, México, Porrúa, 1978, p. xv.

Indica que la fuente de inspiración de este artículo se encuentra en la Constitución norteamericana que establece una limitación al Congreso para expedir leyes retroactivas,³⁴ en los siguientes términos: "No Bill of Attainder or *ex post facto* Law shall be passed".³⁵

Para dicho autor la prohibición de aplicar una legislación retroactiva en perjuicio de alguna persona contenido en el artículo 14 (vigente) no solo es un límite al Congreso para dictar leyes de esa naturaleza, sino también al poder judicial quien debiera proteger ese derecho mediante el juicio de amparo.³⁶

Héctor Fix Zamudio y Héctor Fix Fierro –al considerar la aplicación de dicho artículo en la jurisprudencia nacional– afirman que el Poder Judicial de la Federación no ha logrado una definición de retroactividad satisfactoria; sin embargo, señalan que se entiende que una norma se aplica retroactivamente:

... cuando afectan situaciones o derechos –no meras expectativas– que ha surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente u no puedan apreciarse de manera independiente (sobre los elementos para determinar la retroactividad de las leyes, véase la tesis P.J./123/2001, *SJFG*, 9a. época, t. XIV, octubre 2001).³⁷

Este principio de no aplicación retroactiva, si bien se refiere a toda norma que pueda afectar un derecho humano o adquirido, tiene especial relevancia en la materia penal. Como señala Javier Dondé, el principio de legalidad en materia penal se integra por la no aplicación retroactiva de la ley –es decir sólo se aplica la norma que está en vigor cuando los hechos delictivos se cometieron–, por la estricta definición de los tipos penales y por la prohibición de la analogía y la mayoría de razón, por quienes aplican dicha legislación penal.³⁸

³⁴ Rabasa, Emilio. *El artículo 14...*, op. cit., p. 3.

³⁵ Constitución Política..., *supra* nota 21, art. 1 sección 9.

³⁶ Rabasa, Emilio. *El artículo 14...*, op. cit., pp. 16 y 30-31.

³⁷ Fix Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Hector, "Artículo 14", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, México, Porrúa, 2009, ed. 20a., Tomo I, p. 275.

³⁸ Para Javier Dondé el "En México, el Principio de Legalidad Penal se establece como una garantía individual en el artículo 14 de la Constitución: Éste se compone esencialmente de dos partes: la prohibición del efecto retroactivo de las leyes (tanto civiles como penales); [nota suprimida] y la prohibición del uso de analogía y la mayoría de razón; es decir, la ampliación de interpretaciones en la aplicación de sanciones penales. [nota suprimida] Partiendo de una interpretación más profunda, se ha creado un tercer principio, según el cual el uso repetido de la palabra 'ley' en este precepto indica que los delitos deben tener una fuente legislativa". Dondé Matute, Javier. *Principio de legalidad penal. Perspectivas del derecho nacional e internacional*, México, Porrúa, 2010, p. 109.

Esta prohibición de aplicación retroactiva en materia penal también es reconocida en el ámbito internacional, no sólo por las normas de derechos humanos sino también por el derecho aplicable durante los conflictos armados y el derecho penal internacional.³⁹ La prohibición de la aplicación retroactiva, como dice Enrique Díaz Aranda, se refiere a nuevas conductas prohibidas; materias prohibidas; agravantes o bien tipos de penas o sanciones.⁴⁰

Es importante señalar que la prohibición de la no aplicación retroactiva de las leyes, no es aplicable cuando la norma favorece a la persona, lo que implica que se permite la aplicación de las normas de manera retroactiva en beneficio de las personas, cuando, por ejemplo, se suprime un delito, se reducen las penalidades o bien se reconocen nuevas causas de justificación.⁴¹

Además, se entiende que el principio de no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona, tiene excepciones, como lo son las normas constitucionales, las procesales⁴² y la jurisprudencia (al no poder ser considerada como ley en sentido estricto).⁴³ De la misma manera el principio aludido se dejará de aplicar cuando se trate de los delitos de carácter permanente o continuos.⁴⁴

III. Reconocimiento, definición y alcance del derecho

1. Reconocimiento

El artículo 14 de la Constitución a la letra reconoce el derecho a la no aplicación retroactiva de la siguiente forma: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

³⁹ Como señala Susan Lamb el principio de legalidad penal (*nullum crimen*) se funda en cuatro atributos: (i) el concepto de ley escrita; (ii) el valor de la certeza legal; (iii) la prohibición de la analogía y (iv) la no aplicación retroactiva [nota suprimida]. Lamb, Susan. "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law", Cassese, Antonio, et. al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 734.

⁴⁰ Díaz Aranda, Enrique, Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), México, Porrúa/IJ-UNAM, 2003, p. 68-69.

⁴¹ Díaz Aranda, Enrique. *Derecho penal...*, op. cit., pp. 68-69.

⁴² Para Julio Meier: "Desde el punto de vista jurídico-penal interesa sobremanera destacar a cuáles circunstancias se extiende el criterio de no admitir la aplicación de una ley penal que entre en vigor después de perpetrado el hecho punible, excepción hecha de la más benigna para imputado [nota suprimida] No discutiremos aquí si el principio jurídico afirmado alcanza o deja de alcanzar, total o particularmente a las reglas del Derecho procesal penal; presupondremos, según la opinión dominante, que el principio rige, ordinariamente sólo la aplicación de la ley penal (material), porque la ley procesal penal resulta aplicable conforme al criterio temporal del momento de realización del acto procesal de que se trata." Maier, Julio B.J., *Derecho procesal penal. II. Parte general. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 79.

⁴³ Fix Zamudio, Héctor... , op. cit., pp. 275-276.

⁴⁴ Dondé Matute, Javier, ..., op. cit., pp. 112-113.

Por su parte, México es parte de diversos tratados internacionales en los que se reconoce el principio de no aplicación retroactiva de la ley.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) señala en su artículo 9 lo siguiente:

Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer penas más graves 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.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) establece en el artículo 15 que:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Los cuatro Convenios de Ginebra⁴⁵ en su artículo 3 común señalan que se prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, "d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados", en contra de personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas

⁴⁵ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de junio de 1953.

así como personas que estén fuera de combate, como por ejemplo enfermos, heridos, detenidos, entre otros.

El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)⁴⁶ en su artículo 75 (Garantías Fundamentales) fracción 4 señala que:

No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes: [...] c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición.

Por su parte el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional⁴⁷ en su artículo 6.2.c) reconoce que cuando se busque el enjuiciamiento y sanción de los delitos relacionados con el conflicto armado:

...nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El principio de no aplicación retroactiva también se refleja en el Estatuto de Roma que crea la CPI, de manera que ninguna persona podrá ser juzgada por dicho tribunal por conductas anteriores a la entrada en vigor del Estatuto,⁴⁸ es decir que hubieren sido cometidos a partir

⁴⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de abril de 1983.

⁴⁷ México aún no se adhiere a este instrumento.

⁴⁸ El artículo 24 del Estatuto señala "*Irretroactividad ratione personae*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena".

del 1 de julio de 2002. De la misma manera, el Estatuto reconoce que si el derecho aplicable se modifica y la disposición es más favorable a una persona que esté siendo investigada o procesada, o bien que haya sido juzgada por la CPI, dicha norma se aplicará.

Como se puede observar los instrumentos internacionales de los que México es parte reconocen el principio de no retroactividad de la ley penal en perjuicio de persona alguna. En efecto identifican el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que no sean considerados como delitos por el derecho al momento de cometerse. De la misma manera reconocen que se permite la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de la persona; es decir si hubiere una pena más leve en una ley posterior podrá aplicarse a acciones u omisiones consideradas como delitos al momento de haberse cometido.

2. Definición y alcance del derecho

a. Definición

La Suprema Corte ha definido la retroactividad de la siguiente manera: "[...] una ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir derechos individuales ya adquiridos".⁴⁹ De la misma manera ha confirmado que la aplicación retroactiva de la ley es permisible aplicarla en beneficio de la persona, en particular de los procesados y sentenciados por un delito.⁵⁰ La Suprema Corte ha señalado que:

En efecto, si un individuo cometió un delito estando vigente una ley sustantiva o procesal, que le concedió determinados derechos, y durante el lapso de tiempo en que fue detenido, o durante el trámite del proceso se promulga una nueva ley no los concede, no debe aplicarse la nueva ley, porque el interesado adquirió derechos al amparo de la anterior; asimismo, debe decirse que siempre que una ley anterior le resulte más benéfica que aquella conforme a la cual se siguió su proceso, o viceversa, se le debe aplicar la más favorable para la concesión de beneficios y derechos, y para el dictado de la sentencia correspondiente.⁵¹

⁴⁹ Ejecutoria: 1a./J. 10/2001 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 44/2000-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, ACTUALMENTE SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO Y PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIII, Abril de 2001, p. 334. Reg. IUS. 7084. Tomado de Lucía Segovia, Teresita del Niño Jesús..., *op. cit.*, (comp.), *Los derechos humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN / OACNUDH, p. 225-228.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

La SCJN señaló también que la aplicación de ley de manera retroactiva si puede efectuarse siempre y cuando sea para beneficio de los derechos sustantivos de las personas; es decir, aquellos que son de imposible reparación como la vida, la propiedad, la seguridad y la igualdad.⁵²

Por lo que se refiere a la principio de retroactividad de la ley penal más favorable a la persona, la Corte Interamericana también ha reiterado que dicho principio se encuentra reflejado en la CADH, de manera que "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".⁵³ El mencionado tribunal señaló que una ley más favorable debe entenderse, por ejemplo, como:

[...] aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes de des-incriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.⁵⁴

b. Alcance del derecho

La SCJN ha señalado que los sujetos obligados a respetar el artículo 14 Constitucional son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En sus palabras:

[...] La prohibición de dar efectos retroactivos a las leyes, se dirige tanto al legislador cuando a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y se traduce en el principio de que las leyes sólo deben ser aplicables a los hechos ocurridos durante su vigencia.⁵⁵

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 178.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 179.

⁵⁵ Ejecutoria: 2a./J. 16/2008 (9a), AMPARO EN REVISIÓN 1102/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 903. Reg. IUS. 20912. Tomado de Lucía Segovia, Teresita del Niño Jesús; Alma Luz Beltrán y Puga; Luis Miguel Cano López (compiladores). *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 503-509.

Para la Corte IDH, en un Estado de Derecho todas las autoridades en ejercicio de sus competencias deben respetar los principios de legalidad y de irretroactividad, y con mayor énfasis cuando se trata del ejercicio del momento en que ejerce el poder punitivo, o como dice el tribunal la *represión*.⁵⁶ En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* la Corte IDH señaló que

[...] en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva (*nota suprimida*).⁵⁷

Para dicho tribunal los principios de legalidad penal y de no aplicación retroactiva de normas desfavorables a la persona, tienen un alcance también a la materia administrativa, en lo particular a las sanciones administrativas.⁵⁸ En un caso, la Corte Interamericana encontró responsable a un país por destituir a trabajadores al servicio del Estado en aplicación de normas administrativas de manera retroactiva.⁵⁹ La Corte IDH reconoce pues que la norma punitiva puede ser tanto penal como administrativa.⁶⁰

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs. Panamá Vs. Panamá)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 106.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese...*, *supra* nota 53, párr. 176.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo...*, *supra* nota 56, párrs. 109-115.

⁶⁰ Para la Corte: "En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo (Nota 191. *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 139, párr. 107; *Caso Yvon Neptune*, *supra* nota 97, párr. 125, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 99, párr. 187). El Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que 'en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva' (*Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 139, párr. 106, citando *cfr., inter alia*, *Eur. Court HR*,

La Corte IDH también ha señalado que el principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable obliga a los Estados a no "[...] ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible cuando fue cometido [nota suprimida]".⁶¹

Sobre el principio de legalidad en materia penal, dicho tribunal ha señalado que la definición del tipo penal debe ser redactada de manera estricta y que no permita interpretaciones, es decir con un significado unívoco. El tipo debe fijar los elementos que permitan al destinatario de la norma entender cual es la conducta punible y cual no lo es. Lo que se busca con la no ambigüedad es que la autoridad no tenga margen de interpretación, por consiguiente que no sea discrecional.⁶² En su opinión, los tipos penales deben definir con claridad la conducta *incriminada*, lo cual implica que deberán fijarse los elementos que permitan distinguir (deslindar –dice la Corte) la conducta prohibida de otras no punibles o ilícitas que ameriten sanciones no penales. Señala además que:

... [l]a ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad [nota suprimida].⁶³

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité CCPR) al interpretar el artículo 15o. del PIDCP fue enfático al señalar que la prohibición de la aplicación retroactiva

Ezelin v. France (Application no. 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 45, y *Eur. Court HR*, Müller and others v. Switzerland (Application no. 10737/84) Judgment of 24 May 1988, para 29)." Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 183.

⁶¹ Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 102; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*... *supra* nota 53, párr. 175.

⁶² En palabras de la Corte IDH: "La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afecta severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, con violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana". Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121.

⁶³ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*... *supra* nota 53, párr. 174.

de la ley en perjuicio de alguna persona, solo es aplicable a la materia penal,⁶⁴ por lo que por ejemplo ha permitido la aplicación retroactiva de leyes educativas⁶⁵ y electorales.⁶⁶

3. Exclusión de la jurisprudencia y de los delitos permanentes

Para la Suprema Corte la jurisprudencia no se rige por la "garantía de irretroactividad de la ley", debido a que la misma no puede ser considerada como ley en sentido formal al no ser producto del órgano legislativo, sino la interpretación que los tribunales hacen de la legislación.⁶⁷ De la misma forma la SCJN señala que la jurisprudencia no se trata de una norma general, sino que se aplica a casos concretos derivado de un proceso y el alcance de su obligatoriedad se limita a los mismos jueces competentes. En palabras del máximo tribunal:

[...] 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.⁶⁸

⁶⁴ Por ejemplo, véanse primeros casos del Comité CCPR. *Comunicación 044/1979. Alba Pietraroia (presunta hija de la víctima) en representación de Rosario Pietraroia (también conocida como Rosario Pietraroia (o Royá) Zapala vs. Uruguay (CCPR/C/OP/1, p. 76). 27 de marzo de 1981. Disponible en:* <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/ae2f872f1bf7bba7c125664b002c520e?OpenDocument>> (19 de junio de 2013); Comité CCPR. *Comunicación 028/1978. Luciano Weinberger Weisz (hermano de la presunta víctima) en representación de Ismael Weinberger vs. Uruguay, (CCPR/C/OP/1, p. 57). 29 de octubre de 1980. Disponible en:* <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/54dd62d543c8f898c125664b002c519c?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).

⁶⁵ Dicho órgano creado por tratados señala que "The Committee also notes the author's allegation that the law 'On Education' was applied retroactively in his case. The Committee, however, observes that article 14, paragraph 1 of the Covenant does not contain a prohibition of the retroactive application of laws regulating civil matters. The Committee also observes that article 15, paragraph 1, of the Covenant prohibits retroactive application of laws only in relation to criminal law matters. Accordingly, the Committee considers that the above allegation of the author is incompatible with the provisions of the Covenant, and therefore declares this part of the communication inadmissible under article 3 of the Optional Protocol." Comité CCPR. *Comunicación 1994/2010, I.S. vs. Bielorrusia (CCPR/C/101/D/1994/2010). 25 de marzo de 2011, párr. 4.4. Disponible en:* <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/654da97c4e5a7f1fc1257949004ec484?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).

⁶⁶ Para el Comité CCPR "Concerning Mr. Crippa, in respect of the first part of his communication relating to article 14, paragraphs 1, 3 (a) and (b), 5 and 7, and article 15, paragraph 1, of the Covenant, a complaint also covering that of Mr. Masson, the Committee considers that the case in question, as it deals with the regularity of the electoral dispute, neither constitutes a determination, nor can it be addressed within the framework of a criminal charge. The Committee therefore declares these claims incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Covenant under article 3 of the Optional Protocol." Comité CCPR. *Comunicación 993-995/2001 Gabriel Crippa, Jean-Louis Masson and Marie-Joe Zimmermann vs. Francia (CCPR/C/85/D/993-995/2001). 28 de octubre de 2005, párr. 6.11. Disponible en:* <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/aa8ad577b39a13e3c125710e004e629f?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).

⁶⁷ Ejecutoria: 2a./J. 16/2008 (9a)..., *supra* nota 55, en Lúcia Segovia, Teresita del Niño Jesús..., *op. cit.*, pp. 503-509.

⁶⁸ *Ibidem*.

De la misma manera la SCJN ha señalado que no se considera violatorio del derecho reconocido en el artículo 14 Constitucional el enjuiciamiento de personas que hayan cometido delitos de carácter continuo o permanente como la desaparición forzada de personas, siempre y cuando su consumación no haya cesado. La Suprema Corte al respecto ha señalado que las:

[...] disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquéllas entren en vigor, por lo que es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado respecto de hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, habiendo empezado a realizarse antes de que aquélla entrara en vigor, se continúan cometiendo, en cuyo caso resultará aplicable, como sucede con el delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.⁶⁹

Para la Suprema Corte el delito de desaparición cesa cuando se tiene conocimiento de la suerte o paradero de la víctima, de lo contrario el delito sigue cometiéndose.⁷⁰ Al respecto, la SCJN ha dicho:

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA.

El referido delito que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (coincidente con lo previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal), de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de natura-

⁶⁹ Tesis: P/J. 49/2004 (9a.), DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 967. Reg. IUS. 181148.

⁷⁰ Lucía Segovia, Teresita del Niño Jesús. "Interpretación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos; análisis de la sentencia recaída a la Controversia Constitucional 33/2002", Lucía Segovia, Teresita del Niño Jesús..., *op. cit.*, pp. 41 y ss.

leza permanente o continua, ya que si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.⁷¹

4. El principio de legalidad internacional

Es importante señalar que tanto la CADH como el PIDCP reconocen –cada uno a su manera– que el principio de no retroactividad no podrá invocarse cuando una persona sea enjuiciada por una conducta (acto u omisión) considerada por el derecho internacional como crimen, a pesar que en el derecho nacional no se encuentre tipificada.⁷² Esta disposición recoge lo que el derecho internacional reconoce como el principio de no retroactividad penal internacional contenido en los *Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de este tribunal*.⁷³ Dicho instrumento en el Principio II establece lo siguiente:

El hecho de que las leyes internas no impongan castigo por un acto que constituya un crimen bajo las leyes internacionales no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales.

Es importante destacar que el principio de legalidad penal internacional contenido en el PIDCP, es prácticamente idéntico al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.⁷⁴ Dicho principio reconoce la facultad que tiene la comunidad internacional para llevar a juicio a quienes hubieran cometido crímenes internacionales, sin que con ello se viole el principio de la no aplicación retroactiva de la ley penal. Se reafirma pues el principio que consiste en que las personas pueden ser juzgadas por delitos que hayan cometido siempre y cuando las normas que prohíben la conducta existan con anterioridad al hecho, y dicha existencia puede estar en el derecho nacional o internacional;

⁷¹ Tesis: P/J. 48/2004 (9a.), DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 968. Reg. IUS. 181147.

⁷² La CADH se refiere al "derecho aplicable" mientras el PIDCP se refiere al "derecho nacional o internacional".

⁷³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Vol. II, pp. 374-378.

⁷⁴ Artículo 7. No hay pena sin ley. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

es decir, en las convenciones, en la costumbre internacional o en los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en los términos del artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ.⁷⁵

Es importante señalar que las disposiciones aludidas permiten enfrentar con seriedad las críticas en torno a la creación de tribunales internacionales como por ejemplo los creados después de la Segunda Guerra Mundial o los conformados por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones para conocer los delitos cometidos en la Antigua Yugoslavia a partir de 1991 y en Ruanda en los primeros meses del año 1994.⁷⁶ De la misma relevancia resulta destacable que dicha potestad para enjuiciar crímenes internacionales, no solo es reconocida para llevarse a cabo mediante tribunales internacionales sino también nacionales,⁷⁷ como sucedió también después de la Segunda Guerra Mundial por ejemplo los juicios seguidos en Israel, Francia y Canadá.⁷⁸

5. El principio de no aplicación retroactiva de la ley no puede ser suspendido ni restringido

Como se comentó, uno de los artículos de la Constitución que se reformó fue el 29,⁷⁹ que establece el régimen aplicable para la suspensión de derechos en casos de invasión, pertur-

⁷⁵ Para una aproximación a los debates internacionales al respecto véase Schabas, William A. *The UN International Criminal Tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone* [Los Tribunales Penales Internacionales de las Naciones Unidas. La Antigua Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona], Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 60-67.

⁷⁶ Boot, Machteld. *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction on the International Criminal Court* [Crímenes contra la Humanidad, Crímenes de Guerra. Nullum Crimen Sine Lege y la competencia material de la Corte Penal Internacional], Oxford, Intersentia, 2002, School of Human Rights Research Series, pp. 140-141.

⁷⁷ El artículo 7 del Convenio Europeo, para la doctrina holandesa más calificada, además de haber sido redactado de manera general, se incluyó "[...] para permitir la aplicación de la legislación nacional e internacional, promulgada durante y después de la Segunda Guerra Mundial, para sancionar los crímenes de guerra, de colaboración con el enemigo y traición, cometidos durante la guerra [nota suprimida]. En este sentido constituye una codificación de los principios establecidos por los tribunales de Núremberg y Tokio [nota suprimida]". Dijk, Pieter van, et. al., (eds.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* [Teoría y práctica de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales], 4a. ed., Oxford, Intersentia, 2006, pp. 660 y ss.

⁷⁸ Por ejemplo, Adolf Eichmann por Israel, Klaus Barbie en 1988 por Francia e Imre Finta en 1989 por Canadá. Al respecto véase Lamb, Susan. "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law [Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege en el Derecho Penal Internacional]", Cassese, Antonio, et. al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* [El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional: Un Comentario], Volume I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 739 y ss.

⁷⁹ Artículo 29. "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, 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 o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga

bación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. El artículo en comento incluye, entre un catálogo amplio de derechos que no podrán suspenderse ni restringirse, el principio de legalidad y no retroactividad. Al igual que la CADH,⁸⁰ el PIDCP,⁸¹ y los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949, el derecho a la no aplicación retroactiva de la ley penal no puede suspenderse ni restringirse en tiempos de conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional, ni en cualquier otra circunstancia.

IV. Conclusiones

El derecho a la no aplicación retroactiva de la ley es parte del principio de legalidad que caracteriza al Estado de Derecho. Sus orígenes provienen de la Constitución norteamericana. En los diferentes procesos constituyentes mexicanos de los siglos XIX y XX dicho principio fue extensamente considerado y el texto constitucional vigente (artículo 14) está redactado en sentido amplio y general.

Al interpretar el artículo en cuestión la Suprema Corte ha reconocido que se trata de un derecho que es oponible a todas las autoridades (legislativas, ejecutivas y judiciales), para toda materia que pueda poner en riesgo un derecho sustantivo "de imposible reparación", como pueden ser la vida, la propiedad, la seguridad o la igualdad.

frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez".

⁸⁰ No se autoriza la suspensión, entre otros, de los derechos consagrados en el artículo 9 (legalidad y no retroactividad), conforme al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸¹ El artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no autoriza la suspensión de los derechos que se contienen entre otros en el artículo 15. Sobre el régimen de suspensión de derechos conforme al PIDCP, véase Comité CCPR. *Observación General 29. Estados de emergencia (artículo 4)*. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11). 24 de julio de 2001.

La no aplicación retroactiva de la ley excluye a los delitos permanentes o continuos, las normas procesales, las constitucionales, así como también a la jurisprudencia al no poder ser considerada como ley en el sentido formal.

El derecho y jurisprudencia internacional aplicables se refiere al principio de no aplicación retroactiva de la ley exclusivamente a la materia punitiva (penal y administrativa) y expresamente se dejan fuera de la protección de dicho principio otras áreas como por ejemplo la educativa o electoral.

Por otro lado, los tratados internacionales de los que México es parte, reconocen que la comunidad de Estados tienen facultad para llevar a juicio a aquellas personas, ya sea en tribunales nacionales o internacionales, que hayan cometido un delito o crimen internacional, en el entendido que la norma que prohíbe la conducta esté reconocida por el derecho internacional, y sin importar si está tipificado por el derecho del país en el que se cometió el delito. La fuente del derecho internacional en donde se ubique la norma prohibitiva tendrá que ser alguna de las que reconoce el propio Estatuto de CIJ.

Por último, el principio de la no aplicación retroactiva de la ley es un derecho que no es susceptible de ser suspendido o restringido conforme a las reglas aplicables contenidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.
- Tesis: P./J. 49/2004 (9a.), DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 967. Reg. IUS. 181148.
- Tesis: P. I/2011 (10a.), CONTROL DIFUSO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 549, Reg. IUS. 2000008.
- Tesis: P. LXX/2011 (9a.), SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557. Reg. IUS. 160480.
- Tesis: P. LXVII/2011(9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Reg. IUS. 160589.
- Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Reg. IUS. 160526.

- Tesis: P. LXV/2011 (9a.), SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 556. Reg. IUS. 160482.
- Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 550. Reg. IUS. 160584.
- Ejecutoria: 1a./J. 10/2001 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 44/2000-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, ACTUALMENTE SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL CUARTO CIRCUITO Y PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIII, Abril de 2001, p. 334. Reg. IUS. 7084.
- Ejecutoria: 2a./J. 16/2008 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1102/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 903. Reg. IUS. 20912.
- Tesis: P./J. 48/2004 (9a.), DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 968. Reg. IUS. 181147.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores Vs. Panamá Vs. Panamá)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Vélez Looz Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- Comité CCPR. *Comunicación 044/1979. Alba Pietraroia (presunta hija de la víctima) en representación de Rosario Pietraroia (también conocida como Rosario Pietraroia (o Roya) Zapala vs. Uruguay*, (CCPR/C/OP/1, p. 76). 27 de marzo de 1981. Disponible en: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/ae2f872f1bf7bba7c125664b002c520e?OpenDocument>> (19 de junio de 2013)
- Comité CCPR. *Comunicación 028/1978. Luciano Weinberger Weisz (hermano de la presunta víctima) en representación de Ismael Weinberger vs. Uruguay*, (CCPR/C/OP/1, p. 57). 29 de octubre de 1980. Disponible en: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/54dd62d543c8f898c125664b002c519c?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).
- Comité CCPR. *Comunicación 1994/2010, I.S. vs. Bielorrusia* (CCPR/C/101/D/1994/2010). 25 de marzo de 2011, párr. 4.4. Disponible en: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/654da97c4e5a7f1fc1257949004ec484?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).
- Comité CCPR. *Comunicación 993-995/2001 Gabriel Crippa, Jean-Louis Masson and Marie-Joe Zimmermann vs. Francia* (CCPR/C/85/D/993-995/2001). 28 de octubre de 2005, párr. 6.11. Disponible en: <<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/f4c4778b9e02a1b1c12567b70044cc03/aa8ad577b39a13e3c125710e004e629f?OpenDocument>> (19 de junio de 2013).
- Comité CCPR. *Observación General 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11). 24 de julio de 2001.
- CIJ. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, 31 de marzo de 2004.

- CIJ. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. 14 de febrero de 2002.
- CIJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. 26 de febrero de 2007.
- CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*. 5 de febrero de 1970.
- CIJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. 10 de diciembre de 2003.
- CIJ. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. 28 de mayo de 1951.

Excepciones
constitucionales a un
Sistema de Derecho
Penal de orientación
democrática: delincuencia
organizada y arraigo

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA*
y Ricardo A. ORTEGA SORIANO**

* Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

** Director Ejecutivo del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH) de la CDHDF.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una reflexión preliminar: las dimensiones democrática y antidemocrática de la reforma de justicia en materia penal del año 2008*. III. *Conclusiones*.

I. Introducción

El presente escrito tiene como finalidad desarrollar el análisis de algunos conceptos que desde su incorporación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") en el año 2008 han planteado una serie de obstáculos y preocupaciones para la consolidación de un sistema de derecho penal de orientación democrática como lo son el régimen especial aplicable a la delincuencia organizada, y su materialización en una de sus herramientas más controvertidas: el arraigo.

Aunque en principio la denominación del presente artículo pareciera circunscribirse sólo al análisis de dichas figuras, en realidad el propósito de este estudio es, de alguna manera, mucho más amplio. En efecto, estamos convencidos que a partir de un análisis con perspectiva de derechos que sea capaz de realizar una valoración integral de las normas que integran el bloque de constitucionalidad vigente en México a partir de la reforma constitucional del año 2011¹ será posible desarrollar una distinción entre aquellas limitaciones que impone

¹ En otras palabras, nos referimos a las normas constitucionales de fuente interna así como aquellas de fuente internacional. Recuperamos la expresión del Dr. Rodrigo Uprimny en donde señala que: "las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite", *Cfr.* Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2a. ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura

el derecho penal, particularmente a la libertad personal, que resultan compatibles con el marco de protección de derechos humanos y distinguirlas de aquellas que no lo son.

Por ello, a lo largo del presente desarrollo someteremos los elementos asociados con el régimen aplicable a la delincuencia organizada así como con el arraigo a un examen de compatibilidad con el marco internacional de protección de los derechos humanos con la finalidad de poner en evidencia aquellos aspectos por los cuales tales figuras imponen restricciones indebidas a los derechos de las personas, y de paso llevar a cabo un contraste con aquellas figuras que bajo ciertos criterios restrictivos y excepcionales, podrían resultar compatibles con éste (detención en flagrancia o urgencia y orden de aprehensión).

Para alcanzar dicho propósito, en primer término presentaremos el marco general de protección de los derechos a la libertad e integridad personales² así como a las garantías del debido proceso legal³ como punto de referencia, para posteriormente analizar las condiciones que autorizarían una restricción a los mismos. Estamos convencidos que los criterios analíticos que proporciona la teoría de los derechos humanos, impulsada de manera relevante y principalmente por tribunales internacionales, nos permitirá identificar con claridad aquellas limitaciones a los derechos que resultan válidas en una democracia, y distinguirlas de aquellas que conservan reductos de visiones de tipo autoritarias.

II. Una reflexión preliminar: las dimensiones democrática y antidemocrática de la reforma de justicia en materia penal del año 2008

Antes de iniciar con el estudio mencionado, presentaremos una breve reflexión sobre aquellos elementos que han condicionado la reciente reforma en materia de justicia penal y que, de algún modo, resultan determinantes para comprender el sentido y alcance que se ha pretendido otorgar al análisis constitucional que es objeto de nuestra reflexión.⁴ Tal reflexión constituye un elemento que es necesario tener presente de manera transversal a lo largo de nuestro análisis.

/ Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 25, así como, Rodríguez Manzo, Graciela. . . , *et. al.*, "Bloque de Constitucionalidad en México", *Colección ReformaDH*, SCJN / OACNUDH / CDHDF, México, 2013, p. 17.

² Reconocidos fundamentalmente en los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Mexicano el día 24 de marzo de 1981, así como en los artículos 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

³ Reconocidas esencialmente en el artículo 8 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado Mexicano el día 24 de marzo de 1981

⁴ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Primera Sección.* Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. pp. 3- 11.

En alguna otra ocasión hemos recuperado una idea expuesta por el Dr. Sergio García Ramírez, quien ha sostenido que la reforma en materia de justicia penal forma parte de la categoría denominada "reformas ambiguas" ya que en el fondo la misma plantea, por una parte, un sistema penal de carácter regular u ordinario "en donde desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas", y por otra parte, "un sistema nominalmente excepcional o extraordinario" con procedimientos ajustados y garantías limitadas",⁵ y que a nuestro juicio más bien se ubica en una vertiente de disposiciones de carácter autoritario.⁶

Lo anterior es así, ya que por una parte la reforma constitucional de junio de 2008 surgió a partir de la necesidad de modificar el sistema de justicia penal mexicano, buscando -de acuerdo con los propios legisladores- establecer un sistema garantista que respetara tanto los derechos de la víctima u ofendido como los del imputado, incluyendo la presunción de inocencia y en donde el proceso se rigiera por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, en el marco de un sistema de corte acusatorio y oral.⁷

No obstante lo anterior, uno de los grandes problemas que ahora debe enfrentar la justicia mexicana se relaciona con el hecho de que la reforma en materia de justicia penal no sólo representó la incorporación de los esquemas relatados anteriormente y a los que el Dr. García Ramírez se refiere como parte de las mejores corrientes democráticas y garantistas, sino que introdujo en la misma oportunidad, una serie "de figuras de excepción en el plano constitucional a partir de la alegación según la cual es necesario hacer frente a una circunstancia de especial gravedad, desencadenada particularmente por la actuación de la delincuencia organizada".⁸

Sin tener la intención de profundizar más en relación con los propósitos de la reforma anteriormente referidos, es importante tenerlos presentes al momento de analizar las figuras que nos proponemos estudiar a continuación, ya que es necesario recordar que un derecho penal moderno con orientación democrática se encuentra regido por los principios de subsidiariedad, el cual refiere que el derecho penal sólo debería utilizarse cuando los otros remedios

⁵ García Ramírez, Sergio, "La reforma penal Constitucional de 2007", en García Ramírez, Sergio e Islas, Olga, *La reforma constitucional en materia penal, Jornadas de Justicia Penal. Temas Selectos*, México, INACIPE / IJ - UNAM, 2009, p. 188.

⁶ Cfr. González Placencia, Luis y Ortega Soriano, Ricardo, "La reforma constitucional en derechos humanos: Una necesaria reinterpretación de la reforma penal constitucional en clave garantista", *Revista Anual*, núm. 3, Cultura Constitucional / Cultura de Libertades / SEGOB, México, p. 401.

⁷ Cfr. *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos*, 19 de febrero de 2008, aprobado por el pleno de la Cámara de Diputados el día 26 de febrero de 2008. p. 1.

⁸ González Placencia y Ortega Ricardo..., *op. cit.*, p. 402.

procesales y legales no funcionen, así como el *principio de ultima ratio*, el cuál sólo justificaría la actuación del sistema penal como último recurso.⁹

Precisamente por ello, es útil recordar que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha reconocido que en una sociedad democrática "el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro", resaltando el propio tribunal la relevancia de garantizar el principio de intervención mínima y *ultima ratio* a los que nos hemos referido ya aquí.¹⁰

Una vez expuesto lo anterior, quisiéramos apuntar que el tratamiento de los temas que se desarrollarán en el presente análisis junto con las obligaciones asociadas a los estándares para la protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, se realizará teniendo presentes los elementos relacionados con los parámetros apuntados con antelación y asociados a la idea del derecho penal mínimo, compatible con un régimen democrático.

1. Libertad e integridad personales y debido proceso como reglas generales

La Corte Interamericana ha definido el concepto de libertad personal, refiriendo que la misma "sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido", y que esencialmente constituye el derecho de "toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su propia vida individual conforme a sus propias opciones y convicciones".¹¹

De acuerdo con la lectura que ha desarrollado la Corte IDH del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"), el mismo contiene dos tipos de regulaciones diferenciadas entre sí, en donde esencialmente existiría por una parte: a) una determinación de carácter general que reconoce plenamente la amplitud y pleno ejercicio de este derecho; mientras que por otro lado, b) se plantea una regulación de carácter específico que establece una serie de garantías que tienen como finalidad evitar que una persona sea privada de la libertad de manera ilegal, por lo que cualquier

⁹ Peritaje de Carlos Tiffer Sotomayor, propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana") y por las presuntas víctimas, Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 p. 22.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, p. 76.

¹¹ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170 párr. 52.

violación a este tipo de garantías necesariamente acarreará una violación a la regulación general antes establecida.¹²

En cuanto a la primera regulación que esencialmente reconoce a la libertad como regla general, debe resaltarse que de acuerdo con la propia Corte Interamericana, la protección contenida en el artículo 7 de la CADH anteriormente señalado "protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico", en donde también reconoce la propia Corte Interamericana que, sería imposible pretender regular la totalidad de manifestaciones en las que este derecho puede expresarse.¹³

A la par del derecho a la libertad personal, el numeral 7.1 de la Convención Americana reconoce expresamente también el concepto de seguridad personal, el cual de acuerdo con el propio tribunal interamericano "debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal y arbitraria de la libertad física",¹⁴ de tal manera que se garantice "la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable".¹⁵

En el caso de este derecho, se ha reconocido que a partir de una protección adecuada a la libertad personal se impide que la ausencia de garantías pueda traducirse en "la subversión de la regla de derecho" que a su vez se traduzca en la privación "a los detenidos de las formas mínimas de protección legal".¹⁶

Por otra parte, el artículo 5 de la Convención Americana reconoce de manera general el derecho a la integridad personal, el cual supone una serie de garantías amplias a favor de las

¹² A este respecto, la propia corte interamericana ha enunciado estas garantías en los siguientes términos: "el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2.); de manera arbitraria (artículo 7.3); a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4); al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5.) a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7). Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 143. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 79; Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 51, y Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 89.

¹³ Cfr. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití...*, *supra* nota 12, párr. 90.

¹⁴ Cfr. TEDH. *Caso de Engel y otros v. Holanda*. (App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). 8 de junio de 1976. párr. 57. Citado en: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 53.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 52.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México...*, *supra* nota 12, párr. 80; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 56, y Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 104.

personas que, en palabras de la Corte Interamericana se traduce entre otras cuestiones, y en su dimensión más severa, en la "prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" y que tal prohibición constituye el día de hoy una norma de jus cogens, además de que el mismo no puede ser suspendido bajo condición alguna.¹⁷

Adicionalmente, y particularmente en los casos en donde las personas se encuentren detenidas por parte del Estado, existen una serie de obligaciones reforzadas de protección a cargo de éste último que requieren asegurar el "derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal".¹⁸

Así las cosas, la Corte IDH ha sostenido que como responsable de los centros de detención, el Estado debe garantizar a las personas la existencia de condiciones que respeten sus derechos humanos así como una vida digna.¹⁹ De la misma forma el propio tribunal interamericano enfatizó el carácter, por si mismos, como tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de las personas, tanto el aislamiento prolongado como la incomunicación coactiva.²⁰

Por otra parte, es importante tener presente el contenido de aquellas reglas, que de manera genérica se relacionan con el llamado "debido proceso legal" y que constituyen uno de los fundamentos básicos de cualquier sistema de derecho penal de orientación democrática. Podría decirse que "el estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero debe hacer con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de Derecho y con respeto a los derechos humanos".²¹

Se ha planteado por la Corte IDH que las garantías del debido proceso legal "deben ser observadas en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias

¹⁷ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 97.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 170.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ La Corte IDH reconoció que la incomunicación sólo debería ser utilizada de manera excepcional, tomando en consideración los graves efectos que genera, ya que el aislamiento del mundo exterior provoca tanto sufrimientos morales como perturbaciones psíquicas, aspectos que ubican a las personas en una situación de particular vulnerabilidad. Cfr. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 171; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 87. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, 150, y Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 84.

²¹ García Ramírez, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: < <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>> (10 de julio de 2013).

garantías judiciales". Además, sostuvo que las mismas sirven para "proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos y obligaciones que están bajo consideración judicial".²²

Por otra parte, debe recordarse que la propia jurisprudencia interamericana ha referido que la presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales, por lo que el acusado no tendría una obligación de probar que no ha cometido el delito, sino que el *onus probandi* corresponde al responsable de la acusación, aspecto por el cual la "demostración fehaciente de culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado".²³

Se ha expuesto que el debido proceso legal, de alguna forma es

...la piedra de toque para el acceso a la justicia- formal, material y cautelar [en un] ámbito crítico para la vigencia de los derechos, como lo es el procedimiento penal, donde entran en riesgo los bienes más relevantes –vida, integridad y libertad– y se elevan los más severos alegatos del autoritarismo para la reducción, la relativización o la supresión de los derechos y libertades.²⁴

Ahora bien, teniendo presente el marco general anterior, uno de los aspectos más relevantes que deben ser tenidos en consideración por los Estados, se relaciona con los requisitos establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que reconocerían como reglas generales a los derechos y que por otro lado, sólo autorizarían una restricción excepcional de los mismos.²⁵

²² Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 118.

²³ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 128; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 154; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. ..., *supra* nota 12, párr. 182. La propia Corte Interamericana recupera una cita del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Comité CCPR) que señala: "Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado." Naciones Unidas. *Cfr.* Comité CCPR. *Observación general No. 32, (Artículo 14). El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30.

²⁴ Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. ..., *supra* nota 11.

²⁵ "De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción." Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. ..., *supra* nota 11, párr. 53.

A partir de lo anterior, estudiaremos ahora la limitación a los derechos relacionados con los conceptos que son objeto de este estudio, para ello partiremos de la distinción entre lo que se ha considerado como el "sistema ordinario de restricción de la libertad personal" que incluye los conceptos de urgencia, flagrancia y orden de aprehensión, así como del denominado "sistema excepcional de restricción de la libertad", que incluye los conceptos de arraigo y delincuencia organizada, concentrándonos en este último.²⁶

2. Restricciones incompatibles con la libertad personal: régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada y arraigo en México

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 incorporó, como se señaló con anterioridad, además de los aspectos que comúnmente son referidos como juicios orales, elementos relacionados con el combate contra el denominado crimen organizado. Así, la reforma en cuestión incorporó en los párrafos 8o. y 9o. del artículo 16o. de la Constitución tanto las figuras de arraigo como de delincuencia organizada.²⁷

Como se puede apreciar de la lectura de los párrafos referidos anteriormente es posible desprender los siguientes elementos:

- La existencia de una autorización a la autoridad judicial para decretar el arraigo de una persona bajo dos condiciones: i) la existencia de una petición formulada por el Ministerio Público y ii) siempre que se trate de delitos de delincuencia organizada.
- La justificación de la orden de arraigo debe acreditar que la misma es necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.
- La necesidad de que la orden de arraigo dictada por un juez se sujete a las modalidades de lugar y tiempo que una ley señale, siempre que no exceda de 40 días.

²⁶ Cfr. Silva García, Fernando, "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconveniente", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, México, 2012, p. 219.

²⁷ Párrafos 8o. y 9o. del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "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.

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". *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

- La posibilidad de prorrogar el plazo máximo antes referido en aquellos casos en donde el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, hasta un máximo total de duración del arraigo de 80 días.
- La definición de delincuencia organizada reconoce: i) una organización de hecho de tres o más personas; b) que el objeto de tal organización sea el de cometer delitos de forma permanente o reiterada; y c) cuyas modalidades específicas son referidas a la legislación secundaria.

a. El régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada como expresión del derecho penal de autor

Las normas constitucionales dirigidas al combate de la delincuencia organizada parten, como hemos resaltado previamente, del presupuesto de que las herramientas ordinarias propias de un derecho penal de mínima intervención y de orientación democrática no son adecuadas para este tipo de delitos, y en consecuencia reconocen la necesidad de establecer un sistema excepcional dirigido en contra un cierto tipo de personas consideradas "especialmente peligrosas" o enemigas del Estado.²⁸

A nuestro juicio, el régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada se inscribe en el enfoque antes apuntado y pone en duda a nivel estructural la vigencia de elementos esenciales para el funcionamiento de un Estado Constitucional de Derecho como lo son los principios de igualdad y no discriminación; los relacionados con el derecho penal mínimo y de orientación democrática antes apuntados, y en general, los límites excepcionales reconocidos internacionalmente y que autorizarían llevar a cabo una restricción a los derechos humanos.

- El régimen constitucional aplicado a la delincuencia organizada frente al principio de igualdad y no discriminación

Como se apuntó anteriormente, a partir del año 2008 se establecieron diversas normas jurídicas que de alguna manera elevaron a rango constitucional al denominado derecho de autor o derecho penal del enemigo, con lo que se estableció una suerte de "régimen de excepción constitucionalizado".²⁹

²⁸ En estos casos, la pena no se considera un reproche hacia la conducta del autor, sino que es un mecanismo de aseguramiento de sujetos especialmente peligrosos, por lo que "el derecho penal del enemigo no habla a sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos. Aguilar López, Miguel, "Presunción de inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio", *Colección Estudios de la Magistratura*, núm. 6, IJF, México, 2009, p. 219.

²⁹ González Placencia, Luis y Ortega Soriano, Ricardo..., *op. cit.*, p. 401.

Así las cosas, el marco constitucional establecido a partir de la reforma en materia de justicia penal proporciona un tratamiento diferenciado a las personas en la persecución, investigación y sanción de los delitos, en función de que las mismas pertenezcan o "se presuma" que pertenezcan a la delincuencia organizada o no, aplicando en función de dicha distinción un sistema ordinario o excepcional para la persecución de los delitos.³⁰

Un análisis con enfoque de derechos humanos³¹ es capaz de dar cuenta sobre aquellas distinciones de tratamiento que son permisibles en un Estado democrático, y cuáles son incompatibles con el mismo.³² La propia Corte Interamericana ha sostenido en múltiples ocasiones que no todo tratamiento diferenciado es *per se* discriminatorio, siempre que la distinción descansa en elementos objetivos, razonables y proporcionales.³³

Es por ello, que el reconocimiento diferenciado que se dirige a las personas, además de ser establecido en las leyes, debe superar la aplicación del llamado "test de igualdad", el cual nos permitirá advertir si la diferenciación de tratamiento realizada cumple con los criterios antes señalados. En este sentido, el mencionado "test de igualdad" requiere advertir si la distinción "es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable"; si es necesaria, es decir, "que no exista otro medio alternativo menos lesivo"; y si es "proporcional en sentido estricto", lo cual requiere un ejercicio de ponderación entre "aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto".³⁴

³⁰ Cfr. Silva García, Fernando..., *op. cit.*, p. 219.

³¹ Las características que impone un enfoque de derechos pueden resumirse en términos generales en las siguientes: a) La personas son titulares de derechos; b) se reconoce la necesidad de identificar las causas estructurales de los problemas; d) Se parte del hecho que la obligaciones del Estado deben garantizarse en el marco del principio de igualdad; d) Los derechos son exigibles; e) Debe asegurarse el principio de transparencia y rendición de cuentas. Sánchez Moreno, Manuel, "Enfoque de derecho humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos", *Revista de Fomento Social*, enero-marzo 2011, núm. 261, vol. 66. p. 50.

³² "...no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". [...] Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran". Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46; y Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56.

³³ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*..., *supra* nota 32, párr. 89. La propia Corte Interamericana advierte que tales criterios provienen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. TEDH. *Caso def Willis v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 36042/97). 11 de junio de 2002, párr. 39; TEDH. *Caso de Wessels- Bergervoet v. Holanda*. (App. No. 34462/97). 4 de junio de 2002, párr. 46; TEDH. *Caso de Petrovic v. Austria*. (App. No. 20458/92). 27 de marzo de 1998, párr. 30; TEDH. *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes de idiomas en la educación en Bélgica v. Bélgica*. (Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). 23 de julio de 1968, párr. 10.

³⁴ Cfr. González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Óscar, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 47, San José, Enero- junio 2008, p. 130.

Así las cosas, el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado para la investigación, persecución y sanción de conductas penalmente ilícitas aplicado a las personas en función de su participación efectiva o presunta en actividades relacionadas con la delincuencia organizada, desde una óptica o perspectiva de derechos, no puede simplemente ser justificada en función de la existencia de normas constitucionales que lo autorizan, sino que de manera adicional, tal diferenciación debería superar, por lo menos, los criterios de objetividad y razonabilidad así como superar la aplicación del test de igualdad antes referido.

A nuestro juicio, la incorporación de un marco jurídico diferenciado para el combate a la delincuencia organizada no supera dicho test ya que la distinción del tratamiento que se plantea en este caso se encuentra basada en elementos subjetivos e irracionales, y en donde además las afectaciones que produce no resultan proporcionales con los fines que se pretenden alcanzar.

Lo anterior es así, ya que como ya apuntamos anteriormente, la orientación del régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada plantea como elemento central de la diferenciación de tratamiento al régimen aplicable en el resto de los delitos a las características de sus autores o supuestos autores. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha reconocido la distinción entre aquella orientación de las reglas penales basada en las características de las personas (derecho penal de autor) y las ha contrapuesto con aquellas que se basan en las conductas que el Estado puede sancionar penalmente (derecho penal de acto).³⁵

En efecto, las normas asociadas al denominado derecho penal de autor parten de las características personales del inculpado como un factor relevante para la imposición de las penas, ya sea para reducirla o agravarlas, y reconociendo al mismo como una persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante. Por ello, la pena en realidad busca corregir al individuo "peligroso" o "patológico" a partir de tratamientos que buscan sanar, rehabilitar, reeducar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto.³⁶

Para la Primera Sala de la Suprema Corte en México, en realidad se parte de una

...falaz premisa [en donde] existe una asociación lógico necesaria entre el "delincuente" y el delito para asumir que quien ha delinquido probablemente lo

³⁵ Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.

³⁶ Cfr. *Ibidem*.

hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera conatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley.³⁷

Precisamente por ello, la modificación constitucional introducida en el artículo 18 que eliminó el concepto de "readaptación" para sustituirlo por el de "reinserción", no sólo constituye una mera transformación semántica, sino que, de acuerdo con la propia Primera Sala "el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito".³⁸

En estas condiciones, puede afirmarse que el elemento central que distingue la aplicación de un régimen ordinario de orientación democrática aplicable a la investigación y a la persecución de los delitos, de uno extraordinario aplicable a la delincuencia organizada y que restringe una cantidad importante de derechos —como se verá más adelante— se basa en la presuposición de ciertas características asociadas a las personas que las cometen o se presume que las cometen, aspecto que en realidad supone la incorporación de un elemento de carácter subjetivo como base de tal distinción, el cual estigmatiza a las personas, generando con ello un marco discriminatorio de actuación por parte de la autoridad, el cual además es incompatible con las obligaciones nacionales e internacionales relacionadas con el principio de igualdad.³⁹

³⁷ Cfr. *Ibidem*.

³⁸ Tesis: 1a. CCXXIV/2011 (9a.), DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 197.

³⁹ La Corte Interamericana reconoció diversos instrumentos internacionales que han consagrado el principio de igualdad entre los cuáles se encuentran: Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 3.1); Convención Americana (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio

- La delincuencia organizada frente a los principios de un derecho penal mínimo y de orientación democrática

Además de la debilidad de origen relacionada con la razonabilidad de la distinción que inspira el régimen aplicable a la delincuencia organizada, y que como observamos, le confronta de manera directa con el principio de igualdad, puede afirmarse que la propia definición de esta noción encierra una cantidad importante de complicaciones técnicas y conceptuales que afectan la delimitación de los casos a los cuales resulta aplicable este régimen excepcional para la investigación y la persecución de ilícitos.⁴⁰

Sobre este particular, puede advertirse que la definición de delincuencia organizada fue uno de los elementos, que como ya referimos, se incorporó en el artículo 16 de la Constitución Federal en el marco de la reforma de 2008, pero que cuenta con una definición más precisa en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁴¹ Sin pretender desarrollar un análisis dogmático sobre el tipo penal de delincuencia organizada, nos parece importante advertir al menos algunos problemas en dicha definición que eventualmente generan una afectación a derechos humanos, particularmente en lo relativo a los requisitos que debería contener un sistema penal de orientación democrática. Tales complicaciones parecen localizarse en distintos ámbitos:

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No. 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1). Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. ..., *supra* nota 32, párr. 86.

⁴⁰ De acuerdo con Gustavo Fondevilla, en la reforma constitucional en materia de justicia penal de 2008, los delitos ordinarios se relacionan con una cuestión de seguridad pública, es decir, con la protección que tienen las personas, mientras que la delincuencia organizada plantea problemas que ponen en peligro la permanencia misma del Estado. Fondevilla, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto, "Reforma procesal penal: Sistema acusatorio y delincuencia organizada", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15 y 16, enero-diciembre de 2010, IJ – UNAM / AMJ, México, 2011, p. 20.

⁴¹ Artículo 2o.: "- 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 "Ley Federal contra la delincuencia organizada, publicada el día 7 de noviembre de 1996, Última reforma publicada el día 14 de junio de 2012. La reforma al artículo 2o. en relación con la definición de delincuencia organizada fue publicada el día 23 de enero de 2009.

Problema	Derechos humanos afectados	Observaciones
La incorporación de este concepto es la base de un régimen excepcional que restringe derechos	Se afectan fundamentalmente los derechos a la igualdad y no discriminación, debido proceso legal, libertad e integridad	Se recurre a la decisión de restringir derechos más que la profesionalización y mejora de estrategias y técnicas de investigación policial, o políticas públicas basadas en la prevención y participación ciudadana.
Comprobación de la existencia de hecho de una organización y no sólo que algunas personas se hubieran organizado para cometer un ilícito.	Debido proceso relacionado con el estándar de la prueba y presunción de inocencia.	Es relevante el estándar probatorio que demuestre el establecimiento de una cadena de mando, puesto y responsabilidad en la organización.
Proporcionalidad de las sanciones en relación con las funciones y jerarquía dentro de la organización	Proporcionalidad de la pena y aplicación de sanciones en función a una categoría personal (pertenecer a la delincuencia organizada) y no en relación con las conductas desplegadas y el nivel de participación.	La Convención de Palermo (artículo 2. a. y c.) reconoce una distinción entre figuras de grupo delictivo organizado y grupo estructurado, que se dirigen a determinar una proporcionalidad en la pena. La definición constitucional de delincuencia organizada no establece parámetros de proporcionalidad
Confusión entre delincuencia organizada y asociación delictiva	Falta de especificidad de los tipos penales que permiten el sometimiento de las personas a un régimen excepcional y afectación a la proporcionalidad de la sanción en función de criterios arbitrarios.	La identificación típica de ambas figuras las confunde entre sí, resultando como elemento relevante para determinar una u otra, un listado arbitrario de delitos, en cuyo caso se impone un agravamiento de la pena.
Elaboración propia a partir de Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto..., <i>op. cit.</i>		

Adicionalmente a todo lo planteado, uno de los aspectos que resultan particularmente sorprendentes se relaciona con la decisión de incorporar dentro del texto constitucional la tipificación de conductas, aspecto sumamente inusual para una ley fundamental.⁴² La razón para incorporar dicha tipificación a nivel constitucional parece descansar en un reconocimiento del propio legislador constitucional sobre la contradicción normativa que genera dicho régimen especial en relación con los derechos humanos que serían propios de un modelo garantista y de cuño democrático.⁴³ Ahora bien, de manera adicional a los problemas que se han descrito en este apartado, a continuación se exponen brevemente algunas de las restricciones que se generan a diversos derechos, a través de las diversas disposiciones constitucionales que configuran dicho régimen.

- La delincuencia organizada frente a los límites reconocidos internacionalmente para la restricción de derechos

Como hemos señalado a lo largo del presente análisis, el régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada establecido por la reforma del año 2008 ha optado por "endurecer el régimen de excepción" bajo la premisa de que "la gravedad del problema reclama mayores restricciones de garantías".⁴⁴

Más allá de los problemas técnicos y conceptuales asociados a la definición y que se han señalado con antelación, es necesario reflexionar sobre el impacto que generan las restricciones que se han establecido en diversas normas constitucionales a los derechos de las personas y si tales restricciones son compatibles o no con un marco de protección a los derechos humanos.

Debe resaltarse que el establecimiento del régimen jurídico aplicable a la denominada delincuencia o criminalidad organizada impactó de manera directa diversas normas constitucionales, además de la relacionada con su propia definición constitucional, y que esencialmente se encuentran vinculadas a reglas vinculadas con:

⁴² Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 20.

⁴³ La propia iniciativa de reforma constitucional en materia de justicia penal presentada por el Ejecutivo Federal reconoce expresamente que al haber pocas medidas de cautela en el derecho penal resulta indispensable ampliarlas, "y dado su carácter de restricción de derechos fundamentales, deben ser incorporadas a nivel constitucional". Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Presentada por la Subsecretaría de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación, el día 13 de marzo de 2007 ante la Cámara de Senadores, Oficio No. SEL/300/1153/07, p. 4.

⁴⁴ Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 20.

Contenido	Aspecto relevante
a) la obligación del juez de ordenar oficiosamente prisión preventiva en casos relacionados con delincuencia organizada; ⁴⁵	Prisión preventiva oficiosa
b) la posibilidad de que el juez mantenga bajo reserva el nombre así como los datos del acusador ⁴⁶ o bien el derecho de las víctimas al resguardo de su identidad y protección de sus datos personales;	Reserva de datos de acusador y víctimas
c) beneficios para aquel inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos relacionados con delincuencia organizada ⁴⁷ ;	Beneficios para la colaboración con la investigación y persecución de la delincuencia organizada
d) que tales personas sean sujetas de prisión preventiva en establecimientos especiales destinados para tal efecto; ⁴⁸	Prisión preventiva en centros especiales.
e) impedir que las personas acusadas de este tipo de delitos puedan cumplir sus penas en centros de reclusión cercanos a su domicilio; ⁴⁹	Restricción de derechos en la compurgación de penas

⁴⁵ "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 19, segundo párrafo.

⁴⁶ "Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 20, inciso A, numeral III.

⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 20, inciso A, numeral III.

⁴⁸ "Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 18, último párrafo.

⁴⁹ "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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917* en el Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada *el 26 de febrero de 2013* en el Diario Oficial de la Federación, art. 18, penúltimo párrafo.

f) que las autoridades puedan restringir sus comunicaciones con terceros, excepto con su defensor así como la imposición de medidas especiales de vigilancia; ⁵⁰	Restricción de comunicaciones
g) la suspensión de los plazos de prescripción en aquellos casos en que habiéndose dictado el auto de sujeción a proceso la persona se evada de la acción de la justicia o bien sea puesto a disposición de otro juez en el extranjero; ⁵¹	Suspensión de plazos de prescripción de delitos
h) la validez de actuaciones practicadas en fase de investigación cuando las mismas no puedan ser reproducidas en juicio o existan riesgos para testigos o víctimas aunque conserven su derecho a objetarlas; ⁵²	Vulneración del principio del contradictorio y de unidad procesal de la prueba
i) Aplicación de las reglas relacionadas con la extinción de dominio. ⁵³	Aplicación del régimen excepcional de extinción de dominio
j) Autorización a las y los juzgadores para aplicar la medida de arraigo	Aplicación del arraigo penal

Desde luego, el conjunto de reglas que se han descrito anteriormente se basan en una concepción excepcional y restrictiva asociada a una idea de supuesta mayor eficacia del sistema, y así hacer frente a los reclamos sociales que cuestionan la ineficacia de las autoridades para combatir la problemática asociada con la criminalidad organizada.⁵⁴

⁵⁰ "Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados 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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, art. 18, último párrafo.

⁵¹ "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." Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, art. 19, penúltimo párrafo.

⁵² "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, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, art. 20, inciso A, fracción V.

⁵³ "...En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas...". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Publicada el día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación*. Última reforma publicada el 26 de febrero de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, art. 22, frac. II.

⁵⁴ Fondevila, Gustavo y Mejía Vargas, Alberto. . . , *op. cit.*, p. 19.

Precisamente tomando en consideración lo anterior, es necesario recordar que tanto en los ámbitos del derecho constitucional como en los del derecho internacional se han considerado como legítimas ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos.⁵⁵ Por una parte, frente a escenarios de normalidad institucional la restricción a los derechos puede establecerse a partir de un criterio o test de proporcionalidad, siempre teniendo en consideración el carácter excepcional que entrañan las restricciones a los derechos en una democracia.⁵⁶

Por otra parte, y en situaciones de "anormalidad institucional", se plantea el polémico supuesto de los llamados estados de excepción o emergencia, "bajo los cuales los gobiernos están autorizados para restringir o suspender temporalmente, por el lapso más breve posible que permita superar la situación de anormalidad, el ejercicio de ciertos derechos humanos".⁵⁷

Lo interesante de la reflexión apuntada con anterioridad, es que el marco jurídico aplicable a la delincuencia organizada se inscribe en un esquema de normalidad constitucional, razón por la cual, las limitaciones establecidas por el mismo a los derechos de las personas, deberían sujetarse al marco de excepcionalidad y proporcionalidad antes relatado.

En efecto, es necesario recordar que desde una perspectiva de derechos humanos no basta con el hecho de que una restricción sea establecida por la ley para que por este simple hecho se considere como una restricción válida, sino que es fundamental que la misma logre rebasar la aplicación del ya referido test de proporcionalidad. Pensar de manera contraria a ello, es decir, suponer que el establecimiento de una restricción puede llevarse a cabo con el simple hecho de establecerla en una ley "conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido".⁵⁸

La propia Corte Interamericana ha señalado que "cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley tanto en el sentido formal como material", añadiendo que "si la restric-

⁵⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, p. 141.

⁵⁶ A este respecto: "...debe regir un principio de proporcionalidad que otorgue racionalidad a la aplicación de la medida excepcional. Esto significa que las medidas aplicadas deben ser estrictamente necesarias para obtener los resultados perseguidos y que estos últimos deben encontrarse suficientemente justificados. Esta exigencia adquiere una especial relevancia cuando lo que está en juego es la suspensión o restricción –aunque sea temporal– de los derechos humanos o fundamentales de las personas, que –desde la perspectiva de la teoría liberal que sostiene al constitucionalismo moderno– constituyen el la fuente de legitimidad del Estado y de sus poderes y, al mismo tiempo, son el fin último que todo Estado constitucional debe garantizar." Salazar, Pedro, "Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución Mexicana", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de los Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, IIJ – UNAM, 2011, p. 259.

⁵⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, ..., *op. cit.*, p. 141.

⁵⁸ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26.

ción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad".⁵⁹

De igual manera, se ha resaltado que "el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita", por lo que "en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro". En este sentido, la Corte IDH ha alertado de que un esquema contrario a ello, "conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado".⁶⁰

Como se puede apreciar, la incorporación de un régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada plantea una suerte de "generalización" en la aplicación de un marco jurídico que restringe una serie de derechos a las personas que son procesadas con base en el mismo. En virtud de lo anterior, difícilmente podría decirse que la aplicación de las medidas restrictivas antes relatadas pudiera superar la aplicación de un test o análisis de proporcionalidad.

En virtud de las limitaciones propias del presente análisis, no nos detendremos a analizar de manera puntual a cada una de las restricciones que establece a los derechos de las personas la imposición del régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada, ya que ello supone la realización de un estudio más minucioso que el que aquí nos proponemos alcanzar. En cambio, y en virtud de la extensión y propósitos de los conceptos que nos proponemos analizar aquí, sólo analizaremos de manera particular las restricciones a los derechos de las personas que se generan con la imposición de figuras como el arraigo.

b. Análisis del arraigo a la luz de las limitaciones permitidas internacionalmente

La incorporación de la figura del arraigo no puede considerarse como un hecho aislado en la normatividad penal establecida por virtud de la reforma del año 2008, sino que se inscribe en una serie de reglas que normalizan diversas excepciones asociadas con la delincuencia organizada, y que desde luego suponen una importante cantidad de restricciones a derechos humanos, por lo que desde luego se "compromete el Estado de Derecho".⁶¹

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina...*, *supra* nota 10, párr. 63.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Silva García, Fernando. ..., *op. cit.*

Asimismo, se ha señalado que la constitucionalización del arraigo de alguna manera ha llevado al texto fundamental, el "muy vernáculo principio de "detener para investigar" cuando en la mayoría de los países democráticos del mundo sucede lo contrario: primero se investiga a la persona, y cuando se reúnen los elementos suficientes se les detiene".⁶²

De ahí que resulta muy importante recordar que si bien, como señala la Corte IDH, cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley del Estado, resulta fundamental que el procedimiento que se aplica, así como los principios expresos o tácitos que sustentan el actuar de la autoridad, sean compatibles con el marco internacional de protección de los derechos humanos.⁶³

De esta manera, podemos afirmar que el objetivo del arraigo consiste en privar a una persona de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada en la etapa de juicio. Podría afirmarse entonces, que la investigación no se lleva a cabo de manera previa a la detención de una persona, sino que las personas son detenidas de manera arbitraria para ser investigadas.⁶⁴

Como se expuso con anterioridad, la autorización que otorga la Constitución a las y los jueces para decretar una medida de arraigo, siempre que exista una petición del Ministerio Público y que se trate de delitos de delincuencia organizada, exige la existencia de una justificación asociada al a) éxito de la investigación; b) la protección de personas o bienes jurídicos; c) cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.⁶⁵ La imposición de esta medida que restringe, entre otros derechos, la libertad de las personas, por un período de 40 días con la posibilidad de extenderse hasta un máximo de 80.⁶⁶

Como puede observarse, la configuración de la figura del arraigo se encuentra asociada a dos aspectos fundamentales relacionados con el marco de protección de los derechos hu-

⁶² Carbonell, Miguel, "Sobre el nuevo artículo 16 constitucional", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15 y 16..., *op. cit.*, p. 142.

⁶³ Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.

⁶⁴ Gutiérrez, Juan Carlos..., *op. cit.*, p. 87.

⁶⁵ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

⁶⁶ Es importante tener presente que el artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional del año 2008, estableció que: En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

manos: a) el impacto de esta figura en los derechos a la libertad e integridad personal, en tanto supone una restricción de tales derechos; y b) las implicaciones que la fórmula "detener para investigar" generan en las reglas del debido proceso legal, en el contexto de un sistema de derecho penal de intervención mínima y de orientación democrática.

- Impacto del arraigo en los derechos a la libertad e integridad personales

La Corte Interamericana ha sostenido que el artículo 7 de la Convención Americana contempla dos regulaciones, una general y otra específica. La primera de ellas, reconoce el amplio alcance de la libertad personal, mientras que la segunda, establece una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado ilegalmente de ella. En este sentido, puede afirmarse que es "la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción".⁶⁷

Precisamente por ello, la Corte IDH ha reconocido que "no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley", sino que es necesario que esa ley cumpla con determinados requisitos de excepcionalidad, para considerar que esa medida no resulta arbitraria.⁶⁸

De igual manera, se ha resaltado que la CADH prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables o carentes de proporcionalidad.⁶⁹ Lo anterior en buena medida ha sido reconocido por la Corte IDH, el cual ha constatado a lo largo de su jurisprudencia, que las medidas cautelares que afectan aspectos como la libertad personal deberían revestir un carácter excepcional, ya que las mismas se encuentran también limitadas por el derecho a la presunción de inocencia, y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.⁷⁰

En este sentido, los requisitos de excepcionalidad que autorizarían la restricción de los derechos de las personas han sido establecidos por la Corte Interamericana a través del llamado test o análisis de proporcionalidad. Dicho test requiere que:

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párrs. 51 y 53.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 93.

⁶⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 90; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 66; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú...*, *supra* nota 16, párr. 105; y Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 215; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, *supra* nota 16, párr. 57; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 98; y Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 83.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 197.

- La finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.⁷¹
- Que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido;
- Que las medidas sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.
- Que se trate de medidas que resulten estrictamente proporcionales, en el sentido de que el sacrificio inherente a la restricción de la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y cumplimiento de la finalidad perseguida.⁷²

Antes de analizar si en el marco de la figura de arraigo es posible superar el test de proporcionalidad antes señalado, es preciso recordar que en el año 2005, previo a la constitucionalización del arraigo en México, el Pleno de la Suprema Corte se pronunció en relación con la figura del arraigo y determinó la inconstitucionalidad de la medida a partir de dos consideraciones:

- La amplitud del tiempo en que una persona es sujeta a detención por virtud del arraigo, tomando en consideración los plazos breves establecidos en el sistema ordinario de restricción de la libertad en donde los plazos se cuentan incluso en horas;⁷³
- La ausencia de un estándar probatorio adecuado, así como la imposibilidad de ejercer un contradictorio que permita ejercer el derecho a una defensa adecuada.⁷⁴

⁷¹ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 93, Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr.90; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, *supra* nota 16, párr. 111.

⁷² Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 93.

⁷³ "En toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica". Tesis: P. XXII/2006 (9a.), ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 1170, Reg. IUS. 176030.

⁷⁴ El Pleno de la SCJN sostuvo que: "aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola

- Sistema ordinario de restricción de la libertad

Precisamente en este contexto, en primer término resulta útil recordar aquellos casos propios del denominado "sistema ordinario de la restricción de la libertad" en donde, justo como ha sostenido la SCJN, reconoce aspectos excepcionales y con una temporalidad reducida para restringir la libertad de las personas.

En este sentido, el mismo artículo 16 de la Constitución contempla el día de hoy por una parte este "sistema extraordinario" que incorporó el régimen aplicable a la delincuencia organizada, por otro lado, mantiene la regulación asociada al régimen ordinario antes referido y que autorizaría la privación de la libertad de las personas, bajo supuestos acotados y claramente definidos. Dicho sistema ordinario de restricción de la libertad personal incorpora aspectos tales como:

- **Un principio básico de legalidad** el cual impide que las personas puedan ser molestados en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de la existencia de un mandamiento escrito que funde y motive la causa del procedimiento.⁷⁵

Sin embargo, si bien resulta imprescindible que cualquier restricción de la libertad se sujete plenamente a los requisitos establecidos por la ley, la sola autorización de ésta no resulta suficiente para justificar una detención, sino que es preciso que además tal restricción a la libertad de las personas, cumpla con los criterios de proporcionalidad que se han relatado con antelación.⁷⁶ De alguna manera nos encontramos frente a una legalidad convencionalizada o sustancial y no de carácter meramente formal que se sustente sólo en la validez que le da el procedimiento que la da origen de las leyes.

- **Orden de aprehensión.** Una manera en que la Constitución autoriza a restringir la libertad de las personas, se verifica a través del libramiento de una orden de aprehensión, bajo la exigencia de que la misma sea dictada por una autoridad judicial com-

la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" En el razonamiento expuesto por la Suprema Corte para llegar a la anterior conclusión, es posible advertir que tal medida es violatoria de derechos ya que: "no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se den los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad". *Ibidem*.

⁷⁵ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, art. 16. 1er. párrafo.

⁷⁶ Cfr. *Supra*, nota 69.

petente; previa denuncia o querrela y "respecto a un hecho calificado por la ley como delito y siempre que existan datos que establezcan que se ha cometido ese hecho, y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión".⁷⁷

En relación con esta figura, es importante destacar que a partir de la reforma constitucional del año 2008, se han vertido importantes críticas a partir de lo que se ha considerado una disminución en el estándar exigido para la procedencia de este tipo de medidas.⁷⁸ En este sentido, se ha resaltado que la reforma en cuestión resulta "cuestionable y riesgosa" ya que tanto el "Ministerio Público y jueces de control pueden volver tan laxa la exigencia para emitir la orden de aprehensión que faciliten atentados contra la libertad y los derechos humanos, amén de que las expresiones cuerpo del delito y probable responsabilidad tenían un significado semejante al que ahora se utiliza en la reforma constitucional."⁷⁹

Si sumamos la reducción del estándar relacionado con el libramiento de una orden de aprehensión con el carácter no excepcional que aún reviste la prisión preventiva en México,⁸⁰ entonces es posible advertir un riesgo de generar un espacio desproporcionado para la restricción excepcional de la libertad que resultaría incompatible con estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

En este sentido, se ha sostenido la afirmación relativa a que tendría sentido el rebajar los requisitos para librar una orden de aprehensión cuando un proceso penal se encuentra guiado férreamente por el principio de presunción de inocencia y cuando la existencia de la prisión preventiva es en verdad excepcional", ya que en este caso "la orden de aprehensión librada con requisitos "laxos" no tendría más efecto que presentar a una persona ante un juez, a efecto de informarle de la acusación en su contra y darle una oportunidad completa de defensa ante la autoridad judicial". A nuestro juicio, más allá de que la reforma del año 2008 hubiese rebajado los estándares para el libramiento de una orden de aprehensión, una interpretación compatible con las obligaciones internacionales de México en materia de derechos humanos, requeriría

⁷⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, art. 16o., 3er. y 4to. párrafo.

⁷⁸ De acuerdo con Miguel Carbonell, la redacción que ahora requiere que "existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión" de alguna manera "rebaja los requisitos para librar la orden". Cfr. Carbonell, Miguel, "Sobre el...", *op. cit.*, p. 140.

⁷⁹ Valencia Carmona, Salvador, "Constitución y proceso penal", *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 13..., *op. cit.*, p. 52.

⁸⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, "Sobre el...", *op. cit.*, p. 141.

que la aplicación de tales medidas se sujetara a las condiciones restrictivas y de excepcionalidad ya relatadas.

Otro aspecto que es preciso tener presente es el que señala la Corte Interamericana, la cual ha reconocido que el artículo 7.4 de la Convención Americana requiere que la autoridad informe a la persona afectada los "motivos y razones" de la detención "cuando ésta se produce", aspecto que constituye un "mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo en que ocurre una privación de la libertad".⁸¹

En conclusión, resulta fundamental que toda orden de aprehensión cumpla con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad que justifiquen la medida restrictiva que se autoriza a través de ésta, ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a una detención ilegal e incluso arbitraria.⁸²

- **Detención preventiva en casos de urgencia y flagrancia.** El multireferido artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la posibilidad excepcional para detener a una persona:
 - **En casos de flagrancia**, en donde "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".⁸³
 - **En casos de urgencia**, "cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".⁸⁴

⁸¹ De igual manera el tribunal interamericano ha señalado que. "el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención". Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México...*, *supra* nota 12, párr. 105.

⁸² Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párr. 152.

⁸³ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, art. 16, 5o. párrafo.

⁸⁴ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, art. 16, 6o. párrafo.

En ambos casos, "el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".⁸⁵

En relación con lo anterior, se ha sostenido que la reforma constitucional, tuvo como uno de sus propósitos el modificar la concepción de la flagrancia, con el objetivo de "reducir los casos de detención sin orden judicial a sólo ciertos supuestos", y con ello evitar el "uso abusivo de la misma".⁸⁶

En este sentido, uno de los objetivos de la reforma se relaciona con hacer frente a una extensión indebida por parte del legislador ordinario que había extendido el concepto de flagrancia a la denominada "cuasi-flagrancia" o "flagrancia equiparada", la cuál se traduciría en una ampliación de los supuestos excepcionales de restricción de la libertad, y que abriría la puerta para que se practicaran detenciones "cuando habían transcurrido 24 o incluso 48 horas de la comisión del delito".⁸⁷

Ahora bien, justamente por lo anterior es necesario tener presente que el marco de protección de los derechos humanos, como ya se ha señalado, contempla la necesidad de establecer interpretaciones restrictivas en todas aquellas cláusulas que autorizarían una limitación de un derecho. Es importante tener presente que las fórmulas que ahora se analizan, en realidad se basan en autorizaciones excepcionales en las cuales se podría restringir la libertad de una persona sin contar con una autorización judicial.

Precisamente por ello, es fundamental tener en cuenta un aspecto básico que ha tenido en cuenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se relaciona con asegurar que cualquier acto que involucre la detención de una persona debería producirse "siempre que existan indicios racionales" sobre la posible culpabilidad de la persona detenida, aspecto que obligaría a las autoridades "a aportar hecho o informaciones que permitan al órgano jurisdiccional valorar si existen indicios suficientes para acordar la detención".⁸⁸

⁸⁵ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, art. 16, 7o. párrafo.

⁸⁶ Quintero, Ma. Eloisa y Martínez Álvarez, Isabel Claudia. "Flagrancia. Confusiones e imprecisiones conceptuales". Disponible en: < http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/memorias_inacipe/memorias_eloisa_quintero/Flagrancia.%20Confusiones%20e%20imprecisiones%20conceptuales.php> (10 de julio de 2013).

⁸⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, Sobre el nuevo artículo 16 constitucional, Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia. Número 15-16 Enero- Diciembre, Año 2010, ISSN 18070-0586, p. 141.

⁸⁸ Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido, de 30 de agosto de 1990, Murray c. Reino Unido, de 28 de octubre de 1994 y Elci c. Turquía, de 13 de noviembre de 2003, citados en Sarmiento, Daniel, *et. al., Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thompson/Cívitas, 2007, p. 16.

Asimismo, es importante resaltar la importancia de la labor de las y los juzgado-res, para quienes no debería bastar el señalamiento de que existe urgencia o flagrancia en la detención de una persona, sino las razones que demuestran que efectivamente existe tal urgencia así como elementos que demuestren la detención en flagrancia, según sea el caso.

Precisamente por lo anterior, la jurisprudencia interamericana ha reconocido que toda persona que es privada de la libertad sin orden judicial debe ser liberada o puesta a disposición de un juez.⁸⁹ En igual forma, se ha sostenido que toda persona que es detenida debe ser sometida sin demora a una revisión judicial, lo cual constituye el elemento idóneo para combatir detenciones arbitrarias e ilegales.⁹⁰

- Incompatibilidad de la figura del arraigo con los parámetros de proporcionalidad que se derivan de un Estado Constitucional de Derecho

Teniendo presente el marco ordinario de restricción de la libertad personal así como los elementos referidos por la Suprema Corte en el año 2005, analizaremos ahora la figura del arraigo, aplicando para ello los elementos del test de proporcionalidad, que revelarán incompatibilidad de dicha medida en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho.

En primer término es posible advertir que la autorización que confiere la Constitución a las y los jueces para dictar una medida de arraigo, se actualiza sólo cuando existe una solicitud por parte del Ministerio Público y se relaciona con un delito asociado a la delincuencia organizada.

En cuanto a este primer aspecto, es importante resaltar que en términos del marco internacional de protección de los derechos humanos resulta desproporcionado el basar la restricción a la libertad de una persona sólo en función de un delito, por grave que sea el mismo.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 69, párr. 95; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 73; Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 129; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 84; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 140; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 108. La propia Corte Interamericana utiliza como fundamento de este análisis criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH. *Caso de Kurt vs Turquía*. (App. No. 24276/94). Sentencia del 25 de mayo de 1998; TEDH. *Caso de Aksoy v. Turquía*. (App. No. 21987/93). 18 de diciembre de 1996.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 69, párr. 95; Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 73; Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina...*, *supra* nota 89, párr. 129; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras...*, *supra* nota 89, párr. 84; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 140; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 135.

La Corte Interamericana ha referido en el caso relacionado con la prisión preventiva que "las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente" toda vez, que dicha medida es de tipo "cautelar y no punitiva".⁹¹

Si consideramos que la figura del arraigo ha sido identificada como una medida de tipo cautelar asociada con la libertad de las personas y si advertimos lo expuesto por la Corte Interamericana en relación con la figura de la prisión preventiva, que también constituye una medida cautelar de carácter excepcional, y con mayores controles que el propio arraigo, resulta entonces "insuficiente que la orden de arraigo se fundamente exclusivamente en el tipo de delito cometido (grave o delincuencia organizada), toda vez que en todo caso, resultaría preciso expresar una motivación ceñida al caso concreto", la cual desde luego debería entonces atender a la posible participación de la persona a la que se pretende dictar una medida restrictiva de la libertad, en la comisión de un ilícito.⁹²

En virtud de lo anterior, la fórmula utilizada por la Constitución para introducir el arraigo, ya plantea desde su configuración inicial una asociación con un tipo particular de delitos (los asociados con la delincuencia organizada), y por ello, una primer sospecha de compatibilidad con la normativa internacional al establecer un vínculo, para la aplicación de esta figura, con las características de una persona (en función de los elementos del derecho penal de autor analizados previamente), y no basar tal restricción en una justificación asociada estrictamente a los límites necesarios basados en un análisis o test de proporcionalidad.

Ahora bien, la Constitución establece que además de la solicitud formulada por el agente del Ministerio Público y de la relación de tal solicitud con delitos de delincuencia organizada, que dicha solicitud se funde en una justificación vinculada con: a) el éxito de la investigación; b) la protección de personas o bienes jurídicos o; c) cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

Al respecto, es necesario recordar que el análisis de proporcionalidad que autorizaría de manera excepcional la restricción de derechos humanos exige como uno de sus fundamentos que la misma se base en un fin legítimo. De esta manera es importante señalar que no basta con el hecho de que la Constitución incorpore una finalidad determinada para restringir un

⁹¹ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 69; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú...* *supra* nota 16, párr. 106; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, *supra* nota 16, párr. 75; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 69, párr. 180.

⁹² Silva García, Fernando..., *op. cit.*, p. 226.

derecho, sino que tal finalidad debería ser acorde con el marco de protección de los derechos humanos.

Si revisamos la jurisprudencia interamericana, es posible advertir que la Corte Interamericana "ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".⁹³

A este respecto, y de acuerdo con el propio tribunal interamericano, "para que se cumplan con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia".⁹⁴

Debemos recordar que la propia Corte Interamericana nos ha referido de manera muy clara que "el Estado no debe detener para investigar" y que "por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio", que precisamente, la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena", sino sólo en un fin legítimo.⁹⁵

Así, la justificación que establece la Constitución y que se encuentra asociada con el dictado de una medida cautelar "cuando existiere el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia" podría enmarcarse dentro de una de las finalidades legítimas reconocidas por la Convención para restringir la libertad personal. Sin embargo, las otras dos finalidades referidas por el artículo 16, a saber, el éxito de la investigación o la protección de personas o bienes jurídicos, no parecerían encuadrarse en esta misma circunstancia.

Cuando la Constitución reconoce que una de las finalidades para dictar una medida de arraigo lo es asegurar el éxito de la investigación (que es distinto a evitar que una persona impida el desarrollo de la misma), en realidad pareciera que de facto existiría un reconocimiento a la utilización del arraigo, a partir de la rudimentaria y antidemocrática figura de "detener para

⁹³ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 91; Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 90; Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador...*, *supra* nota 16, párr. 111.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 90.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 103.

investigar", aspecto que no podría encuadrarse en una finalidad legítima en términos convencionales; y finalmente, y en cuanto a la justificación asociada con la protección de personas o incluso, bienes jurídicos, tal finalidad parecería enmarcarse en una serie de obligaciones del Estado, o en una finalidad preventivo general o preventivo especial, que ni siquiera guarda relación con el delito o la pena, más que en una finalidad que razonablemente pudiera estar relacionada con la restricción de la libertad de las personas.

Ahora bien, teniendo presente lo anterior, cuando analizamos tanto la necesidad y proporcionalidad de la medida, nos encontramos ante problemas todavía más evidentes. Podríamos decir que la medida de arraigo podría ser idónea para alcanzar la finalidad perseguida, en tanto es posible que la misma permita alcanzar los objetivos para las que se han planteado, sin embargo, el costo que plantea en términos del sacrificio a los derechos que supone en relación con la relevancia de los objetivos que pretende alcanzar parece innecesario e incluso, sumamente desproporcionado.

Así las cosas, uno de los aspectos fundamentales que hay que tener presentes para evaluar la necesidad de la medida de arraigo en el marco de una sociedad democrática, justamente se asocia con si la misma es absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y si no existe una medida menos gravosa respecto a la afectación a la libertad e integridad personales entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.⁹⁶

Al respecto, sería importante evaluar si la detención de una persona por 40 días, con la opción de extenderse hasta alcanzar los 80 días, constituye una medida estrictamente necesaria para alcanzar los fines que persigue el Estado, es decir, en este caso, el cumplimiento de su obligación de garantizar la seguridad ciudadana.⁹⁷

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. ..., *supra* nota 11, párr. 93.

⁹⁷ Este concepto refiere particularmente un tipo de seguridad propio de los regímenes democráticos en oposición a la comprensión de la seguridad desde la óptica de los Estados autoritarios. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el propósito de su Informe sobre Seguridad Ciudadana se relaciona con: "la interpretación de las obligaciones negativas y positivas de los Estados miembros con respecto a los derechos humanos vinculados con la seguridad ciudadana de todas las personas bajo su jurisdicción, atendiendo particularmente los derechos de las víctimas de delitos, frente al Estado y a las acciones violentas de los actores estatales y no estatales (organizados y no organizados), e incluyendo el análisis de programas de prevención, así como las medidas de disuasión y represión legítimas bajo la competencia de las instituciones públicas" y reconoce que: "en el ámbito de la seguridad ciudadana se encuentran aquellos derechos de los que son titulares todos los miembros de una sociedad, de forma tal que puedan desenvolver su vida cotidiana con el menor nivel posible de amenazas a su integridad personal, sus derechos cívicos y el goce de sus bienes, a la vez que los problemas de seguridad ciudadana, se refieren a la generalización de una situación en la cual el Estado no cumple, total o parcialmente, con su función de brindar protección ante el crimen y la violencia social, lo que significa una grave interrupción de la relación básica entre gobernantes y gobernados. CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009, Marco Conceptual, párr. 20, p. 7.

Si recordamos el criterio expuesto por la Suprema Corte, cuando en el año 2005 determinó la inconstitucionalidad del arraigo, uno de los argumentos expuestos por el máximo tribunal de este país se relaciona con una referencia asociada con la amplitud de tiempo que permitiría la legislación de arraigo vigente entonces en Chihuahua, tomando en consideración los plazos breves establecidos en el sistema ordinario de restricción de la libertad en donde los plazos se cuentan incluso en horas.⁹⁸

Así las cosas, pensar en medidas que tuviesen una igual o mayor idoneidad para asegurar el cumplimiento de la finalidad del Estado para cumplir adecuadamente con su obligación relativa al marco de seguridad ciudadana, de alguna manera, también se inscribe con una perspectiva o visión sobre el papel del derecho penal en una democracia.

Mientras que una perspectiva de análisis vinculada con el paradigma democrático de la seguridad ciudadana, basado en el respeto a los derechos humanos y al establecimiento de un derecho penal de orientación democrática, adoptaría medidas estructurales encaminadas a la prevención y control de la violencia y el delito como parte del ejercicio de una gobernabilidad democrática;⁹⁹ o bien a la adopción de políticas públicas que involucren la participación ciudadana a nivel local o comunitario,¹⁰⁰ un sistema de corte autoritario observaría la restricción de los derechos como la única alternativa posible. En este sentido, desde una perspectiva democrática, no es sencillo entender cómo la restricción de los derechos puede ser visibilizada como la única alternativa posible desde la perspectiva de necesidad de la medida.

Ahora bien, es preciso complementar a lo anterior que la restricción a la libertad de una persona por períodos que alcanzan los 40 u 80 días, difícilmente pueden ser justificados a partir de un análisis estricto de proporcionalidad.

Si tomamos como ejemplos asociados con la temporalidad de las medidas restrictivas de la libertad los casos del combate al terrorismo o la delincuencia organizada en algunos países europeos, podríamos dar cuenta de diversos aspectos que, desde una óptica de derechos, comprometerían a la legislación mexicana. No debe dejarse de lado el hecho de que no obstante que los tiempos de detención son más reducidos y los rigores asociados al control

⁹⁸ "En toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica". Tesis: P. XXII/2006 (9a.). ..., *supra* nota 73.

⁹⁹ Cfr. CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. ..., *supra* nota 97, párr. 207, p. 96.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem.*, p. 96.

judicial de la detención en países como Inglaterra, España o Francia son más amplios que los reconocidos en la Constitución, los mismos han sido cuestionados por organizaciones de protección de los derechos humanos.¹⁰¹

Por ejemplo, si analizamos el caso de la legislación de España (artículos 509 y 520 del Código de procedimientos penales), podemos observar cómo una legislación restrictiva en esta materia, si bien por una parte autorizaría a un juez la posibilidad de una detención o prisión incluso con incomunicación, la misma "sólo se practica por el tiempo estrictamente necesario para adoptar medidas urgentes con miras a evitar que la persona huya de la justicia, lesione los derechos de la víctima, oculte, altere o destruya pruebas, o cometa nuevos delitos". En estos casos, la legislación española autoriza como máximo que la detención se mantenga por un máximo de 5 días (en custodia policial), o bien que por orden judicial en los casos de terrorismo y delincuencia organizada pueda ampliarse a otros 5 días más, y sólo en casos de terrorismo, se autorizaría una extensión de 3 días adicionales (un total de 13 días), así como la práctica de un examen médico.¹⁰²

Por otro lado, "la Ley de Terrorismo del Reino Unido, enmendada en 2006, permite por ejemplo un máximo de 28 días de detención" sujeta a diferentes controles. Por ejemplo, se plantea que la policía puede detener a una personas hasta por 48 horas, con una "revisión de custodia cada 12 horas por parte de un oficial superior quien debe reunirse con el detenido y preparar un informe escrito sobre las razones para la detención", y señalándose que después de 48 horas, "cualquier solicitud de custodia continuada requiere de la autorización de un juez de un Tribunal Superior".¹⁰³ Sin embargo, es importante resaltar que de acuerdo con el Gobierno de Reino Unido, entre los años 2006 y junio de 2009 sólo se aplicaron detenciones de más de 14 días en 3 casos.¹⁰⁴

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por ejemplo, en relación con una norma establecida en el artículo 28 de la Constitución de 1886 que otorgaba poderes amplios al Poder Ejecutivo para retener hasta por 10 días a aquellas personas contra quienes hubiera indicios que atentaban contra la paz pública, equiparándola inclusive con procedimientos del tipo "lettres de cachet" que autorizaban al monarca francés a detener por tiempo indeterminado a cualquier súbdito.¹⁰⁵

¹⁰¹ UNDOC. *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, ONU, Viena, 2010, p. 96.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 98.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. C-024/94*, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero, Sentencia de 27 de enero de mil novecientos noventa y cuatro. Aprobado por Acta No. 5 de la Sala Plena, p. 22.

En el caso colombiano, se ha reconocido a la figura de la detención preventiva como un instrumento que "permite aprehender por un tiempo máximo estrictamente determinado [36 horas] a un ciudadano para verificar ciertos hechos"; y se ha sostenido que el mismo "existe en la mayoría de las constituciones democráticas de postguerra puesto que se considera como un instrumento necesario para que las autoridades policiales cumplan con su papel pre-cautelivo y su deber constitucional de mantener el orden público".¹⁰⁶

Dicho tribunal constitucional ha reconocido que dicha medida debe ser necesaria, lo que significa que "debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz" y que se estaría frente "a una detención arbitraria si no se dan estas situaciones de urgencia o de evidente peligro, y las autoridades policiales deciden detener preventivamente".¹⁰⁷

Ahora bien, es necesario tener presente que a partir de la Sentencia del Caso Brogan contra el Reino Unido se ha planteado, en términos de carácter teórico, una disputa en donde se plantea que aquellas leyes que prevén períodos de detención policial de 6, 13 o 28 días, violan o no de manera automática las normas internacionales de derechos humanos.¹⁰⁸

Como se puede observar, diversas experiencias legislativas relacionadas con las denominadas detenciones preventivas, que en algunos casos son equiparadas (Colombia) a los casos de detención policial en casos de urgencia y flagrancia, o bien, a los sistemas excepcionales aplicados a la delincuencia organizada o al terrorismo, han sido evaluados por los tribunales tanto nacionales como internacionales en función de la proporcionalidad de los plazos así como de los mecanismos de control y supervisión judicial con los que cuentan. En tales experiencias, tenemos que, incluso con estándares más elevados de control y menor duración en tiempo, tales mecanismos plantean un severo conflicto que cuestiona la proporcionalidad de tales medidas.

En este sentido, a juicio de la Corte Interamericana "se infringe la Convención cuando se priva de libertad [a las personas], durante un período excesivamente prolongado y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 23.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰⁸ UNDOC. *Compendio...*, *op. cit.*, p. 97.

Si tomamos como base todo lo anterior, y en término de los estándares de razonabilidad exigidos por la normativa internacional de los derechos humanos, el caso mexicano parece mucho más desproporcionado que los demás ejemplos planteados. En este sentido, la aplicación del régimen excepcional en materia de arraigo, parece reconocer la aplicación restrictiva de la libertad personal, más como regla que como excepción.¹⁰⁹

Finalmente, es importante no perder de vista, a partir de lo anterior, que la arbitrariedad que comporta la afectación de la libertad personal, afecta de manera directa también el ejercicio del derecho a la integridad personal. Así las cosas, la Corte Interamericana ha reconocido que una persona "ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad".¹¹⁰

En otra ocasión, la Corte IDH sostuvo que frente al caso de una detención, bastaría que la misma se reconociera como ilegal, para que la misma aunque se haya dado por un breve tiempo para que se actualice una conculcación a "la integridad psíquica y moral".¹¹¹ Esto da cuenta de la particular relación que existe entre la afectación de los derechos a la libertad e integridad personal.

Por ello, la jurisprudencia interamericana ha resaltado que cuando se afecta el derecho a la libertad personal, en realidad se genera un riesgo de que se produzcan afectaciones a otros derechos que incluyen aquellas asociadas a la integridad personal.¹¹²

- Impacto del arraigo en la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso legal

La aplicación de la figura del arraigo tiene a su vez afectaciones fundamentales a las reglas del debido proceso legal, y particularmente en lo relacionado con la presunción de inocencia.

¹⁰⁹ En un sentido similar se pronunció la Corte Interamericana en relación con la legislación chilena asociada a la prisión preventiva. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 212.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 104; Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador...*, *supra* nota 69, párr. 147; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú...*, *supra* nota 69, párr. 108, y Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 87.

¹¹¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras...*, *supra* nota 100, párr. 98; Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala...*, *supra* nota 20, párr. 128; Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú...*, *supra* nota 20, párrs. 82-83; y Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala...*, *supra* nota 90, párrs. 162-163.

¹¹² Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 87, Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 104.

Es necesario tener en cuenta que la detención de una persona se ajustará al marco normativo internacional en la medida que cumpla con las exigencia de excepcionalidad que hemos relatado, a partir de la aplicación del análisis o test de proporcionalidad y respete el principio de presunción de inocencia.¹¹³

En otras palabras, es posible afirmar que la aplicación de la fórmula "detener para investigar" en realidad descansa sobre un criterio que necesariamente presumiría la culpabilidad de una persona a la que es necesario investigar, y no a la existencia de elementos objetivos de convicción que permitan suponer razonablemente la probable responsabilidad de ésta.

En realidad, la aplicación de medidas de carácter restrictivo que afecten aspectos tan relevantes como la libertad de las personas para ser compatibles con la presunción de inocencia, requerirían fundamentar y acreditar la existencia en el caso concreto, razones que justifiquen la necesidad de tales medidas.¹¹⁴

Precisamente por ello, privar a la personas de la libertad por un plazo desproporcionado a aquellos cuya "responsabilidad criminal no ha sido establecida, comprometería gravemente los derechos de las personas, ya que lo anterior equivaldría a una anticipación de la pena.¹¹⁵

En este sentido, la SCJN ha establecido en alguna ocasión que la "presunción de inocencia impone una carga de la prueba a quien acusa" por lo que sólo "las pruebas de cargo pueden desvirtuarla" y esto únicamente podrá darse "cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter".¹¹⁶

Por otra parte, se ha planteado que en la aplicación del arraigo "los agentes del ministerio público, en vez de pedir que las personas sean perseguidas por el delito en flagrancia, prefieren pedir que éstas sean arraigadas" con la finalidad de que las mismas queden a su disposición para luego interrogarlas sin que las mismas sean puestas a disposición de un juez.¹¹⁷

Además de la presunción de inocencia, y como ya se apuntó anteriormente, existen otros elementos asociados al estándar de prueba que exige la aplicación de esta medida así como

¹¹³ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras...*, *supra* nota 17, párr. 88, Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 69, párr. 67; Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú...*, *supra* nota 16, párr. 106; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 197.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile...*, *supra* nota 69, párr. 198.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador...*, *supra* nota 11, párr. 145.

¹¹⁶ Amparo en Revisión 89/2007. Sentencia definitiva de 21 de marzo de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=89024>> (10 de julio de 2013).

¹¹⁷ *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaut, 24 de mayo de 2013, A/HRC/23/43/Add.1, pár. 62.

la afectación al principio del contradictorio que también se traducen en importantes afectaciones al debido proceso legal.

Por todo ello, algunos actores internacionales incluso han considerado que la figura del arraigo "es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio" que al principio de este estudio se reveló como la dimensión de orientación democrática de la reforma del año 2008.¹¹⁸

III. A manera de conclusión

El establecimiento de figuras como la delincuencia organizada y el arraigo tornan evidente los límites que se imponen a los derechos de las personas. En este sentido, permiten observar distintos elementos que deben ser considerados cuando se trazan dichas limitantes.

A lo largo de estas páginas, y a partir del estudio de dos figuras que se ubican como el corazón del régimen excepcional de persecución a la criminalidad organizada instituido por la reforma constitucional del año 2008, es posible comprender las razones democráticas que impedirían aceptar la compatibilidad de las mismas con un régimen constitucional y democrático.

Las reglas aplicables al denominado "sistema ordinario de restricción de la libertad personal" son, desde una óptica de derechos la única alternativa viable por la configuración de un derecho penal de orientación democrática, por lo que la introducción de un régimen agravado de restricciones a los derechos, debería contar con un importante sustento racional que fuese capaz de justificar la pertinencia de tales acciones y la imposibilidad de llevar a cabo acciones menos invasoras a los derechos de las personas.

De esta manera, la incorporación de un sistema excepcional de restricciones a distintos derechos, y con especial énfasis a la libertad de las personas, se instala como parte de los legados de un sistema de corte autoritario que no parece, al menos en las condiciones en las que hoy se encuentra, poder compatibilizarse con el amplio espectro de normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 63.

Desde luego, el presente análisis no es todo lo exhaustivo que debería ser, sin embargo, la decisión de concentrarse en aquellos aspectos en donde tales conceptos plantean un contraste con el enfoque de derechos humanos, parece capaz de advertir aquellos criterios que deben ser tomados en cuenta por la judicatura para establecer parámetros racionales cuando se decidan a limitar algún derecho.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo en Revisión 89/2007. Sentencia definitiva de 21 de marzo de 2007. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=89024>> (10 de julio de 2013).
- Tesis: P. XXII/2006 (9a.), ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 1170, Reg. IUS. 176030.
- Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.
- Tesis: 1a. CCXXIV/2011 (9a.), DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 197.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, 150.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH. *Caso Fleury y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009, Marco Conceptual.
- *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Gabriela Knaul, 24 de mayo de 2013, A/HRC/23/43/Add.1.
- Comité CCPR. *Observación general N° 32, (Artículo 14). El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- TEDH. *Caso de Engel y otros v. Holanda*. (App. No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). 8 de junio de 1976.
- TEDH. *Caso de Willis v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 36042/97). 11 de junio de 2002.
- TEDH. *Caso de Wessels- Bergervoet v. Holanda*. (App. No. 34462/97). 4 de junio de 2002.
- TEDH. *Caso de Petrovic v. Austria*. (App. No. 20458/92). 27 de marzo de 1998.
- TEDH. *Caso sobre ciertos aspectos de las leyes de idiomas en la educación en Bélgica v. Bélgica*. (Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64). 23 de julio de 1968.
- TEDH. *Caso de Kurt vs Turquía*. (App. No. 24276/94). Sentencia del 25 de mayo de 1998.
- TEDH. *Caso de Aksoy v. Turquía*. (App. No. 21987/93). 18 de diciembre de 1996.

Derecho de audiencia:
arts. 14 Constitucional
y 8o. de la Convención
Americana sobre
Derechos Humanos

Fernando SILVA GARCÍA*

* Juez de Distrito. Doctor en Derecho Público.

SUMARIO: I. *Delimitación del tema.* II. *Dimensiones del derecho de audiencia a partir de la lectura complementaria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la CADH.* III. *Algunas conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: *Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; derecho de audiencia; artículo 14 constitucional; artículo 8o. convencional.*

I. Delimitación del tema

El derecho de audiencia establecido en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional es uno de los múltiples derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH); que tiene eficacia transversal por el hecho consistente en que la oportunidad defensiva es exigible ante cualquier tipo de privación o restricción que el poder público efectúe a los diversos derechos humanos reconocidos constitucional e internacionalmente; de allí la dificultad práctica que existe para desarrollar una sistematización precisa y delimitada sobre el mencionado derecho de audiencia, considerando que sus diversas dimensiones se entremezclan con el contenido de otros derechos humanos que han sido cabalmente desarrollados en otros apartados del presente libro.

De allí la necesidad de delimitar nuestra sistematización al contenido genérico del derecho de audiencia sin abarcar temas que, si bien están relacionados con el debido proceso, corresponderían más a otros derechos humanos (libertad personal, propiedad, protección judicial, etcétera), por lo cual deberemos aclarar que el presente desarrollo prescindirá de la referencia a las garantías judiciales en materia penal; a las garantías relacionadas con el derecho al juez natural, la independencia e imparcialidad judicial; al deber de motivación adecuada; al derecho al recurso efectivo; al derecho a la justicia pronta; a los límites de la jurisdicción militar y al derecho a la doble instancia en materia penal; que si bien son derechos que la

jurisprudencia ha entendido comprendidos dentro del amplio concepto denominado *debido proceso* del artículo 8 de la CADH; lo cierto es que en el derecho mexicano han sido consideradas categorías autónomas y distintas del derecho de audiencia entendido en sentido estricto.

Por otro lado, es preciso adelantar al lector que, en términos generales, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) sobre el derecho de audiencia es una de las más proteccionistas y desarrolladas a lo largo de los años, por lo cual hemos encontrado que, por regla general y salvo pocas excepciones, no existe una oposición entre la jurisprudencia constitucional e interamericana; de allí que, en principio, el operador jurídico pueda considerarlas complementarias, lo cual justifica que para la presente sistematización hayamos elegido una metodología sustentada en el desarrollo temático de los criterios interpretativos de ambos tribunales, como en seguida se expone.

II. Dimensiones del derecho de audiencia a partir de la lectura complementaria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Eficacia directa. El derecho de audiencia debe respetarse aunque la ley secundaria sea omisa en prever un procedimiento defensivo en beneficio del afectado

La SCJN ha interpretado que la circunstancia de que una ley no establezca garantía de audiencia (para los afectados por un acto de privación), no exime a la autoridad de otorgar la debida oportunidad de escucharlos en defensa,

...en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 constitucional, que protege dicha garantía en favor de todos los gobernados.¹

Sin embargo, la SCJN también ha dicho que si la legislación sobre expropiación establece la posibilidad de recurrir un determinado decreto expropiatorio con posterioridad a su emisión,

¹ Tesis, AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, México, t. 66, p. 50. Reg. IUS. 238542 y Tesis 2a. CII/95, AMPARO CONTRA LEYES. AUNQUE EN UNA SENTENCIA ANTERIOR SE HAYA DECLARADO INCONSTITUCIONAL UN PRECEPTO LEGAL POR NO ESTABLECER LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, CARECE DE INTERÉS JURÍDICO EL QUEJOSO PARA IMPUGNAR ESA NORMA SI LA APLICADORA LO OYÓ PREVIAMENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. II, noviembre de 1995, p. 309. Reg. IUS. 200693.

pero en ninguno de los preceptos legales se regula la forma en que el recurso relativo debe sustanciarse, ni la autoridad que debe resolverlo, ello se traduce en violación a la garantía de audiencia.² Con posterioridad a dicha tesis, el Pleno de la SCJN, en el Amparo en Revisión 1133/2004, resuelto el 16 de enero de 2006, determinó que el hecho de que la ley del acto guarde silencio en lo relativo a un procedimiento de audiencia tratándose de actos privativos no debe impedir que la autoridad administrativa otorgue la oportunidad de defensa al particular afectado, en aplicación directa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución"). A ese respecto, la SCJN estableció que

...la corrección de la ausencia, en la ley del acto, de un procedimiento de audiencia, a través de la aplicación directa del artículo 14 constitucional, no genera propiamente un control difuso de la constitucionalidad de la ley, porque no da lugar a la inaplicación de norma legal alguna, sino en todo caso a su integración, a partir de una actividad interpretativa de interrelación normativa, considerando que la ley no niega la posibilidad de defensa previa, sino que simplemente guarda silencio en ese sentido. [Para la SCJN], en ese caso se estaría, más bien, ante la presencia de una labor integrativa, de aplicación directa de la Constitución, como deber de todos los poderes públicos a su observancia, sin que ello implique que la inaplicación de alguna norma secundaria en el caso concreto (que es el límite de la eficacia directa de la norma suprema en nuestro sistema constitucional). [El Pleno agregó] que la exigencia en el sentido de que en todas y cada una de las leyes que establezcan facultades para emitir actos privativos se debe prever que dicha afectación debe ser con audiencia previa, significaría una indebida técnica legislativa que no podría acarrear como resultado su inconstitucionalidad, pues, de ser así, se llegaría al absurdo de declarar contrarias al texto básico todas las normas secundarias que no reprodujeran siempre y en todo los casos, todas las exigencias que la propia Constitución ya prevé (como, por ejemplo, el requisito de fundamentación y motivación de los actos de molestia).³

A esos efectos, la SCJN determinó que

² Véase Tesis 2a. CXIV/2000, EXPROPIACIÓN. LAS LEYES QUE ESTABLEZCAN LA PROCEDENCIA DE UN RECURSO PARA IMPUGNAR EL DECRETO RESPECTIVO, PERO SIN ESTABLECER SU DEBIDA REGLAMENTACIÓN, VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XII, septiembre de 2000, p. 180. Reg. IUS. 191250.

³ Amparo en revisión 1133/2004. Sentencia del 16 de enero de 2006, México, p. 70. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=67576>> (24 de junio de 2013) y Solicitud de modificación de jurisprudencia varios 2/2006-SS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 526. Reg. IUS. 19866.

...la ausencia de un procedimiento de audiencia en la ley del acto genera la necesidad constitucional –como deber de la autoridad– de colmar la laguna legal respectiva a través de la aplicación de los principios generales del Derecho, a fin de garantizar que el particular sea oído, y vencido en juicio, en orden a cumplir con el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. El vacío normativo, en esos casos, no da lugar a una creación normativa ad hoc proveniente de autoridad administrativa, puesto que dicha laguna puede colmarse con los elementos mínimos que la jurisprudencia ha exigido como formalidades esenciales del procedimiento.⁴

En ese sentido, por ejemplo, la 2a. Sala de la SCJN ha entendido que si se otorga la protección constitucional respecto de una ley por ser violatoria de la garantía de audiencia, la autoridad facultada para emitir un acto privativo podrá reiterarlo si lleva a cabo un procedimiento en el que cumpla las formalidades esenciales, aun cuando para ello no existan disposiciones directamente aplicables.⁵

A pesar de ello, la SCJN también ha llegado a resolver que cuando la ley revela la manifiesta intención de coartar la garantía de audiencia, debe declararse la inconstitucionalidad del precepto respectivo. A partir de esa orientación, se ha resuelto, por ejemplo, que el procedimiento establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

...por virtud del cual el acreedor prendario puede obtener la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, porque solo permite al deudor oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del acreedor, sin que sea el caso de considerar que esa deficiencia de la norma pueda ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establecen las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con

⁴ Amparo en revisión 1133/2004, *supra* nota 4, p. 71.

⁵ Véase Tesis 2a./J.16/2008, AUDIENCIA. SI SE OTORGA LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL RESPECTO DE UNA LEY POR SER VIOLATORIA DE ESA GARANTÍA, LA AUTORIDAD FACULTADA PARA EMITIR UN ACTO PRIVATIVO PODRÁ REITERARLO SI LLEVA A CABO UN PROCEDIMIENTO EN EL QUE CUMPLA LAS FORMALIDADES ESENCIALES, AUN CUANDO PARA ELLO NO EXISTAN DISPOSICIONES DIRECTAMENTE APLICABLES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, febrero de 2008, p. 497. Reg. IUS. 170392.

claridad su intención de establecer un procedimiento privilegiado incompatible, por su propia naturaleza, con las normas aplicables a los juicios mercantiles.⁶

Así también, la SCJN ha resuelto que los artículos 59 al 62 de la Ley sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Estado de Campeche, al no prever el procedimiento para oír al posible infractor y se le dé la oportunidad de defenderse en caso de resultar afectado, transgreden la garantía de previa audiencia.⁷

2. Derecho de audiencia previa. Ámbito de aplicación.

Distinción entre actos privativos y de molestia

La SCJN ha dejado claro que la Constitución distingue y regula de manera diferente los actos privativos y los actos de molestia. Los actos privativos son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho; de lo cual deriva que la norma suprema exija, para su emisión, la existencia de un juicio previo seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. Por su parte, los actos de molestia, pese a que implican también una afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho, por lo que la norma suprema los autoriza siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad competente, en donde funde y motive la causa legal del procedimiento.

De manera que para decidir sobre la aplicabilidad o no de la garantía de audiencia (que es exigible solo tratándose de actos privativos) debe advertirse la finalidad que con el acto persiguen las autoridades (privación o molestia provisional).⁸ Para la SCJN,

⁶ Tesis P. CXXI/95, PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. II, diciembre 1995, p. 239. Reg. IUS. 200243.

⁷ Véase Tesis P/J. 119/2007, DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LOS ARTÍCULOS 59 AL 62 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE CAMPECHE, AL NO PREVER EL PROCEDIMIENTO PARA OÍR AL POSIBLE INFRACTOR Y SE LE DÉ LA OPORTUNIDAD DE DEFENDERSE EN CASO DE RESULTAR AFECTADO, TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 983. Reg. 170784 y Tesis P/J.v45/2008. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 392 DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE EN 2004, VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, junio de 2008, p. 721. Reg. IUS. 169425.

⁸ Véase Tesis P/J. 40/96, ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. IV, julio de 1996, p. 5. Reg. IUS. 200080.

...la obligación de respetar al particular el derecho a defenderse contra un acto del Estado, no surge de la materia en que éste se realiza, sino del carácter privativo de aquél, de su libertad, propiedades, posesiones o derechos.⁹

Así, por ejemplo, tratándose de medidas cautelares no rige el derecho de previa audiencia, porque no constituyen actos de privación, sino de molestia.¹⁰

Por otro lado, la SCJN ha determinado que, por regla general, la Constitución impone el deber de 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 cumplir las formalidades esenciales del procedimiento que, de manera concreta, se traducen en:

... 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.¹¹

No obstante, la SCJN ha establecido algunas excepciones a esas reglas generales. Por ejemplo, la 1a. Sala de la SCJN ha considerado que, en materia familiar, si un cónyuge promueve ante el juez competente providencias precautorias a efecto de obtener la guarda y custodia de menores de edad, aun cuando no existe en principio obligación de otorgar la garantía de audiencia a favor del cónyuge afectado y de los menores involucrados, el juzgador,

...atendiendo a las circunstancias del asunto y a los intereses superiores del menor, podrá determinar en qué caso la audiencia que se dé en su favor debe ser previa y cuándo deberá primero lograr el aseguramiento del infante para escucharlo con posterioridad.¹²

⁹ Tesis 2a. LXIII/2007, AUDIENCIA. LAS AUTORIDADES DEBEN RESPETAR ESA GARANTÍA EN CUALQUIER MATERIA, INCLUYENDO LAS SEÑALADAS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUANDO IMPONGAN MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA POR LAS QUE SE PRIVE DEFINITIVAMENTE AL GOBERNADO EN LOS DERECHOS DE USO, GOCE O DISPOSICIÓN DE LA PROPIEDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXV, junio de 2007, p. 340. Reg. IUS. 172260.

¹⁰ Véase Tesis P./J. 21/98, MEDIDAS CAUTELARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Reg. IUS. 196727.

¹¹ Tesis P./J. 47/95, FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. II, diciembre de 1995, p. 133. Reg. IUS. 200234.

¹² Tesis 1a./J. 28/2004, MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL

Así también, en materia tributaria, la Corte ha resuelto que es innecesario que el derecho de audiencia sea previo, al estimar que el impuesto es una prestación unilateral y obligatoria.¹³

Las dificultades para determinar la aplicabilidad de la garantía de audiencia previa pueden ponerse de relieve en materia de expropiación. En un primer momento, la SCJN determinó que en materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia CPEUM (que regula dicha modalidad).¹⁴ Sin embargo, luego de una nueva reflexión, la SCJN arribó a una conclusión contraria, al determinar que la garantía de audiencia debe ser previa frente a los actos de expropiación. En efecto, el Pleno de la SCJN, en el Amparo en Revisión 1133/2004, resuelto el 16 de enero de 2006, determinó que la audiencia –para generar una defensa efectiva– debe ser previa en el ámbito de la expropiación, para lo cual se desarrollaron 4 argumentos centrales: 1) De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14 y 27 constitucionales se obtiene que la Constitución no ha establecido como excepción a la garantía de audiencia previa la ejecución de actos de carácter expropiatorio; 2) El problema jurídico relativo a la aplicabilidad de la garantía de audiencia previa tratándose de la expropiación no entraña un verdadero conflicto entre garantías sociales e individuales y, aunque pudiera considerarse que genera un conflicto de esa índole, ese tipo de controversias no deben resolverse de modo absoluto y abstracto favoreciendo a las garantías sociales frente a aquéllas; 3) La Ley de Expropiación prevé medidas legales alternativas que permiten la ocupación inmediata de los bienes en casos urgentes; 4) Debe existir una relación lógica de correspondencia entre la intensidad de la afectación de un acto expropiatorio y la intensidad de las garantías de defensa frente a posibles actuaciones arbitrarias sobre el derecho fundamental a la propiedad privada.¹⁵

3. Derecho de audiencia. Debe respetarse ante cualquier afectación a los derechos de la persona, con independencia de la materia de que se trate (penal, civil, laboral, administrativo, etcétera)

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte"),

CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. XIX, junio de 2004, p. 138. Reg. IUS. 181312.

¹³ Véase Tesis, AUDIENCIA, GARANTÍA DE, EN MATERIA IMPOSITIVA. NO ES NECESARIO QUE SEA PREVIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, t. 66, p. 77. Reg. IUS. 233084.

¹⁴ Véase Tesis P./J. 65/95, EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. V, junio de 1997, p. 44. Reg. IUS. 198404.

¹⁵ Véase Amparo en revisión 1133/2004, *supra* nota 4.

...el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos.¹⁶

El artículo 8.1 de la CADH consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal", que consiste en el derecho de toda persona 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 para la determinación de sus derechos.¹⁷

...El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la CADH se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva¹⁸

Para la Corte IDH, si bien el artículo 8 de la CADH se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto,

...sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.¹⁹

Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el

¹⁶ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102., y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 123.

¹⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74 y *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 101.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 129 y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 56.

¹⁹ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *supra* nota 17, párr. 69 y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.²⁰

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.²¹

La Corte ha señalado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la [CADH]. El artículo 8.1 de la CADH, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos.²²

4. Derecho de audiencia. Debe respetarse en los procedimientos sobre restitución de tierras indígenas

Al pronunciarse sobre un asunto de restitución de tierras indígenas, la CIDH dejó clara la aplicación del derecho de audiencia para los individuos y comunidades afectadas. Al respecto, la Corte consideró que

...el procedimiento administrativo bajo análisis presenta al menos tres falencias. La primera radica en la remisión que la ley interna hace al Estatuto Agrario, el cual toma como punto de partida la explotación racional o no de las tierras reclamadas, sin entrar a considerar aspectos propios de los pueblos indígenas, como la significación especial que las tierras tienen para éstos. Basta que se compruebe

²⁰ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra* nota 20, párr. 124 y 125.

²¹ *Ibidem*, párr. 127.

²² Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *supra* nota 17, párr. 104 y 105; *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 149 y *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 46.

que las tierras están explotadas racionalmente, para que el IBR se vea impedido de restituirlas a las comunidades indígenas.²³

En segundo lugar, el INDI únicamente está facultado para realizar negociaciones de compra de las tierras o de reasentamiento de los miembros de las comunidades indígenas. Es decir, el procedimiento ante esta institución descansa en la voluntad de una de las partes –que acceda a la venta por un lado, o al reasentamiento por el otro– y no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia. [...] Finalmente, como se desprende del capítulo de Hechos Probados de la presente Sentencia, las autoridades administrativas paraguayas no han realizado suficientes estudios técnicos. [...] Lo único que demuestra el último de ellos (y no existe al respecto controversia entre las partes) es que las tierras en reivindicación están dentro de la tierras tradicionales de la Comunidad Sawhoyamaya, más no especifica cuál es la extensión y los límites de tales tierras. Esta falta de diligencias técnico-científicas convierte al procedimiento ante el INDI y el IBR en inoperativo.

Por las razones señaladas, la Corte reiteró su jurisprudencia anterior, en el sentido de que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras ha sido ineffectivo y no ha mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya recuperen sus tierras tradicionales. En lo que respecta a las alegadas violaciones a los artículos 1.1 y 2 de la [CADH], la Corte rec[ordó] que el Estado está en la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.²⁴

Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte consideró que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya desconoció el principio del plazo razonable y se mostró comple-

²³ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. No. 146, párr. 104.

²⁴ *Ibidem*, párr. 106-109.

tamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la [CADH], en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma.²⁵

5. Derecho de audiencia. Debe respetarse en los procedimientos entablados por mala praxis médica (derecho de acceso al expediente médico)

La Corte IDH destacó que

...el expediente médico contiene información personal, cuyo manejo es en general de carácter reservado. La custodia del expediente médico se encuentra regulada en la normativa interna de cada Estado, que generalmente la encomienda al médico tratante o a los centros de salud públicos o privados en los que se atiende el paciente. Esto no impide que en caso de fallecimiento del paciente e incluso en otros casos, conforme a la regulación respectiva se proporcione el expediente a los familiares directos o a terceros responsables que demuestren un interés legítimo. En términos generales, es evidente la relevancia del expediente médico, adecuadamente integrado, como instrumento guía para el tratamiento médico y fuente razonable de conocimiento acerca de la situación del enfermo, las medidas adoptadas para controlarla y, en su caso, las consecuentes responsabilidades. La falta de expediente o la deficiente integración de éste, así como la ausencia de normas que regulen esta materia al amparo de normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas, en atención a sus consecuencias, para establecer la posible existencia de responsabilidades de diversa naturaleza.²⁶

6. Derecho de audiencia. Deber de respeto tratándose de la remoción de funcionarios públicos como sanción administrativa

Al respecto, la Corte IDH consideró que

...pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, e[el] Tribunal considera

²⁵ *Ibidem*, párr. 112.

²⁶ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C. No. 171, párr. 67 y 68.

que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas solo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.²⁷

7. Derecho de audiencia. Remoción de funcionarios públicos. Inconvencionalidad de la destitución inmediata sin audiencia previa

En la especie, la Corte IDH tomó en cuenta que las víctimas de esta causa no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. Al respecto, consideró que en el asunto de su conocimiento

...el Presidente de la República determinó que había una vinculación entre el paro de labores de los trabajadores estatales y el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán y, con base en ello, ordenó que se despidiese a los trabajadores que habían participado en dicho paro, presumiéndose su culpabilidad. Incluso, la forma utilizada para determinar quiénes habían participado en la organización, llamado o ejecución del paro nacional efectuado el 5 de diciembre de 1990, esto es, la identificación del inculcado por parte del directivo de cada institución, utilizando en algunos casos "informes" realizados por diversos jefes de la entidad, significó la negación a los trabajadores de un proceso formal previo a la destitución. Una vez identificado el trabajador que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitírsele presentar alegatos y pruebas en su defensa. Una vez impuesta la sanción, el funcionario público podía solicitar su reconsideración a la misma autoridad que lo había despedido, así como apelar ante el superior jerárquico de dicha autoridad. Sin embargo, consta en el acervo probatorio de este caso que no todos los recursos interpuestos fueron siquiera contestados, lo cual implica una violación al derecho de recurrir. [Para la Corte IDH] los despidos efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. La CIDH opinó que al

²⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra* nota 20, párr. 131.

aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la [CADH].²⁸

8. Derecho de audiencia. Debe respetarse en el procedimiento disciplinario instaurado contra policías

En el asunto de su conocimiento, la Corte IDH manifestó que

...en relación con el procedimiento disciplinario, efectuado por la Oficina de Investigación y Disciplina del Comando del Departamento de Policía de Putumayo en contra de los miembros de la policía que participaron en el operativo, observó que el procedimiento duró cinco días desde que el oficial investigador inició la diligencia hasta que el comandante de policía, quien a su vez era el superior jerárquico de los agentes investigados, declaró cerrada la investigación y absolvió a los participantes de dicho operativo. En ese sentido, la Procuraduría Intendencial de Putumayo, la Procuraduría Delegada para la Defensa de Derechos Humanos, el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, y la Dirección General de Policía actuando como Juzgado de Primera Instancia, señalaron que el procedimiento disciplinario presentó irregularidades; se realizó en forma sumarísima; impidió el esclarecimiento de los hechos; y conllevó a la prescripción de la acción penal por el delito de prevaricato. Asimismo, la Corte observó que, en las circunstancias expuestas, el "juzgador" ejerció la doble función de juez y parte, lo cual no otorga a las víctimas o, en su caso, a sus familiares, las garantías judiciales consagradas en la Convención. La brevedad con que se tramitó este procedimiento disciplinario impidió el descargo de pruebas y únicamente la parte involucrada (los miembros de la policía) participó en el proceso.²⁹

9. Derecho de audiencia. Preparación anticipada de la defensa

La Corte IDH se ha encargado de establecer que la oportunidad defensiva presupone que el afectado debe contar con un plazo razonable para preparar su alegación a esos efectos. En tal sentido, en un asunto de su conocimiento, la Corte destacó que

...el 7 de enero de 1998 a las 18:30 horas, la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso la práctica del examen ION-SCANNER en las dependencias de

²⁸ *Ibidem*, párr. 133 y 134.

²⁹ Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C. No. 90, párr. 49.

la fábrica Plumavit y en otros inmuebles. La Jueza determinó que la prueba se realizara el "8 de enero de 1998, a partir de las 10h00". Esta decisión fue notificada a las partes, a través de casillero judicial, el 8 de enero de 1998 "a las nueve horas". La diligencia se llevó a cabo a las "once horas con cincuenta y cinco minutos". En otras palabras, la providencia fue notificada con dos horas y cincuenta y cinco minutos de antelación. La Corte observ[ó] que la tardía notificación de la providencia que dispuso la realización de la prueba de ION-SCANNER hizo imposible la presencia de los abogados defensores en la práctica de la misma. Si bien es cierto que no necesariamente es razonable la intermediación de las partes en la producción de todo tipo de prueba, en la especie la falta de intermediación y contradictorio en la realización de la prueba de ION-SCANNER, por la inmediatez de la comprobación técnica, no podría ser reemplazada con la presentación de observaciones en forma posterior. Además, la Corte da especial relevancia al hecho de que la prueba del ION-SCANNER fue la única prueba técnica en contra de las víctimas y que fue tomada en cuenta por el juzgador para llamar a plenario al señor Chaparro.³⁰ En vista de lo anterior [...] la Corte consider[ó] que el Ecuador violó en perjuicio de los señores Chaparro y Lapo el derecho consagrado en el artículo 8.2.c) de la CADH, en conexión con el artículo 1.1. de la misma.³¹

10. Derecho de audiencia.

Inconvencionalidad de la ausencia de intérpretes indígenas

La Corte IDH ha establecido que conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la [CADH], para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres.³²

En el asunto de su conocimiento, la Corte estimó probado que las víctimas no contaron con un intérprete provisto por el Estado a fin de presentar su denuncia y tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia, máxime que para poder

³⁰ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170, párr. 151 y 152.

³¹ *Ibidem*, párr. 154.

³² *Cfr.* Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C. No. 215, párr. 200.

poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a una persona conocida que hablaba español. Debe valorarse positivamente que en ocasiones posteriores, que convocó a la víctima, se dispuso la presencia de un intérprete y además se informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero; sin embargo la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de las víctimas, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia, por lo que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.³³

11. Derecho de audiencia. Carga probatoria en procesos sobre derechos humanos. Cuando el Estado tiene el control de la evidencia

La Corte IDH ha establecido que si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio.³⁴ Por ende, los hechos deben ser determinados con base en la prueba allegada al tribunal internacional y en las afirmaciones de las partes afectadas que no fueron desvirtuadas o controvertidas por el Estado.³⁵

12. Derecho de audiencia. Carga probatoria en asuntos sobre violación sexual

La Corte ha considerado que, a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violación a derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, especialmente en el supuesto de que sea el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio.³⁶ Para la Corte, debe tener particular consideración el hecho de que la falta de esclari-

³³ *Ibidem*, párr. 201.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 04, párr. 135 ; *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 127 y *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 89.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra* nota 35, párr. 92.

³⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 35, párr. 135; *Caso Escher y otros vs. Brasil*, *supra* nota 35, párr. 127 y *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra* nota 35, párr. 89.

recimiento de los hechos responda principalmente a la destrucción o pérdida de las pruebas en custodia del Estado. Sentado lo anterior, para tener por acreditada la violación sexual por parte de militares, en el caso, la Corte IDH tomó en cuenta los siguientes elementos: i) La declaración de la víctima, ii) la presencia militar en el lugar de los hechos, iii) las pruebas de ADN perdidas en custodia del Estado, iv) el informe psicológico que constata la coherencia entre los hechos narrados por la víctima y los síntomas psicológicos padecidos, v) las existencia de testimoniales consistentes; vi) la existencia de coerción y ausencia de resistencia física de las víctimas; y vii) la negligencia e ineffectividad de la investigación penal.³⁷

...La violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esa forma de violencia, no es posible esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello consideró que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, [sumada a la presencia militar en el lugar de los hechos.]³⁸

En la especie, autoridades del Estado, a pesar de haber encontrado la presencia de líquido seminal y células espermáticas, de manera inexplicable agotaron y desecharon las muestras impidiendo realizar otras pruebas, algunas de fundamental importancia, como por ejemplo, de ADN. Asimismo, la credibilidad del relato de la víctima aparece respaldada por la existencia de una certificación psiquiátrica: "en la que señala que la agraviada estuvo expuesta a un acontecimiento traumático", así como por un informe psicológico que se le realizó en el año 2009 que concluyó que: "existe coherencia entre los hechos narrados de la violación sexual y los síntomas psicológicos padecidos, siendo estas reacciones emocionales típicas de una víctima de violación sexual por parte de alguna autoridad". A dichas pruebas médicas, también se sumaron las testimoniales congruentes de los familiares de la víctima, anteriores y posteriores a los hechos. Por otra parte, la víctima solo recibió asistencia en una ocasión tras la denuncia de los hechos por parte de una médica general quien le realizó una exploración física y una revisión ginecológica en la que determinó que no presentaba datos de agresión, lo que concuerda con las diversas declaraciones de la afectada en las que manifestó que en ningún momento se resistió físicamente a la agresión, máxime que se tuvo por acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción por parte de tres militares armados. En ese orden de ideas, después de más de 8 años de ocurridos los hechos, el Estado no aportó evidencia que permitiera contradecir la existencia de la violación sexual, siendo

³⁷ Véase Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra* nota 33, párr. 100 a 116.

³⁸ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra* nota 33, párr. 100 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 89.

que no podría ampararse en la negligencia e ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad por la transgresión de los derechos reconocidos en la [CADH].³⁹

13. Derecho de audiencia. Detención de extranjeros (migrantes indocumentados). Derecho a la asistencia letrada

La Corte IDH ha resaltado

...la importancia de la asistencia letrada [...] en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Así, el Tribunal estim[ó] que la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia*, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. [...] Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo⁴⁰.

En definitiva, la sola existencia de los recursos no es suficiente si no se prueba su efectividad. En este caso, el Estado no ha demostrado cómo en las circunstancias concretas en que se desarrolló la detención del señor Vélez Loor en la Cárcel Pública de La Palma en el Darién, estos recursos eran efectivos, teniendo en cuenta el hecho de que era una persona extranjera detenida que no contó con asistencia legal y sin el conocimiento de las personas o instituciones que podrían haberse proporcionado. Por ello, el Tribunal consideró que el Estado violó el artículo 7.6 de la [CADH], en relación con el artículo 1.1 de la misma, dado que no garan-

³⁹ Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra* nota 33, párr. 112 a 116.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 132.

tizó que el señor Vélez Loor pudiera ejercer los recursos disponibles para cuestionar la legalidad de su detención⁴¹

14. Derecho de audiencia. Detención de extranjeros (migrantes indocumentados). Derecho a la información sobre la asistencia consular

En el año 1999, en la opinión consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, la Corte declaró inequívocamente que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular, hallado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante "la Convención de Viena"), es un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano.⁴²

...Es así que desde la óptica de los derechos de la persona detenida tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma. Para prevenir detenciones arbitrarias, la Corte reitera la importancia que la persona detenida sea notificada de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la [CADH]. Cuando la persona detenida no es nacional del Estado bajo el cual se halla en custodia, la notificación de su derecho a contar con la asistencia consular se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad. El Tribunal pas[ó], seguidamente, a determinar si el Estado informó al señor Vélez Loor del derecho que le asistía. [...] la Corte [...] no encontró] elemento probatorio alguno que demuestre que el Estado haya notificado al señor Vélez Loor, como detenido extranjero, su derecho a comunicarse con un funcionario consular de su país, a fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la

⁴¹ *Ibidem*, párr. 139.

⁴² Véase Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Convención de Viena [...] La Corte consider[ó] que correspondía al Estado demostrar que en el presente caso cumplió con la obligación de notificar al señor Vélez Loor el derecho a la asistencia consular que asiste a todo extranjero detenido y no sólo a la Embajada de Ecuador. Sobre esto, es importante resaltar que la Convención de Viena pone la decisión de ser o no visitado por el funcionario consular en manos del detenido.⁴³

En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, la Convención de Viena dispone que al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares; y 2) recibir visitas de ellos. Según este instrumento, "los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado [y] a organizar su defensa ante los tribunales". Es decir, el Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido. Asimismo, el detenido tiene el derecho a la asistencia misma, lo cual impone al Estado del cual el detenido es nacional el deber de proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero brindando protección consular. Las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la "protección de los intereses" del detenido nacional, particularmente los asociados con "su defensa ante los tribunales". De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa. La Corte observ[ó] que, si bien el señor Vélez Loor tuvo comprobada comunicación con funcionarios consulares de Ecuador en el Estado de Panamá, el procedimiento administrativo que duró del 12 de noviembre al 6 de diciembre de 2002, y que culminó con la resolución que le impuso una sanción de privación de la libertad, no le proporcionó la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, audiencia ni del contradictorio, ni mucho menos garantizaba que dicho derecho pudiera ejercerse en términos reales. Es decir, si bien el señor Vélez Loor recibió visitas por parte de los funcionarios consulares en el Centro Penitenciario La Joyita con posterioridad a la imposición de la sanción, en las cuales se le entregaron útiles de aseo personal, dinero en efectivo y medicinas y se solicitó la intervención de médicos que verificasen su salud, no pudo ejercer su derecho a la defensa con la asistencia consular ya que el procedimiento administrativo sancionatorio no permitió materializarla como parte del debido proceso legal, pues se decidió sin que la parte fuese oída. Por lo anteriormente expuesto, la Corte concluy[ó] que la falta de información al señor

⁴³ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, *supra* nota 41, párr. 153 a 155.

Vélez Loor sobre su derecho a comunicarse con el consulado de su país y la falta de acceso efectivo a la asistencia consular como un componente del derecho a la defensa y del debido proceso, contravino los artículos 7.4, 8.1 y 8.2.d de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vélez Loor.⁴⁴

15. Derecho de audiencia. Detenido extranjero. Derecho de información sobre la asistencia consular. Momento en que debe cumplirse y efectos de su incumplimiento

La Corte IDH ha establecido que

...el artículo 36 de la Convención de Viena reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.⁴⁵

La expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.⁴⁶

La inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.⁴⁷

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 158 a 160.

⁴⁵ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra* nota 43, párr. 84.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 141-3.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 137.

16. Derecho de audiencia y acceso a la justicia. Víctimas y familiares

El Pleno de la SCJN, por mayoría de votos, ha afirmado que la víctima del proceso penal carece de "interés jurídico" para promover juicio de amparo contra los actos a través de los cuales la jurisdicción militar asume competencia para conocer de un determinado asunto.⁴⁸ En un sentido similar, la Primera Sala tiene diversos criterios en los que declara que la víctima u ofendido carece de interés jurídico para impugnar la negativa a librar orden de aprehensión o el auto de libertad por falta de elementos.⁴⁹ En forma paralela, la Segunda Sala de la SCJN, en materia de responsabilidades de los servidores públicos, ha resuelto constantemente que el denunciante carece de interés jurídico para impugnar en amparo la resolución que declara improcedente la queja.⁵⁰

Por el contrario, la Corte IDH ha establecido que la participación de la víctima en procesos penales no debe estar limitada a la mera reparación del daño sino, preponderantemente, a hacer efectivos los derechos fundamentales a conocer la verdad y de tutela judicial efectiva.⁵¹ Para la Corte IDH, es necesario un equilibrio entre el debido proceso del inculpado y el derecho a la verdad de la víctima y sus familiares.⁵² Y no solo eso, la víctima y sus familiares tienen un derecho fundamental a una investigación seria, imparcial, efectiva y de oficio, en caso de violaciones a derechos humanos.⁵³ De manera que se actualiza una violación a los artículos 8.1 y 25.1 de la [CADH], ante el incumplimiento del deber de investigar efectivamente los hechos denunciados.⁵⁴ Igualmente, contrario a lo resuelto por la SCJN, la Corte ha resuelto que las víctimas tienen un derecho fundamental a participar en los procedimientos de carácter disciplinario, como manifestación del derecho de acceso a la justicia.

⁴⁸ Véase Amparo en Revisión 989/2009. Sentencia del 10 de agosto de 2009, México. Disponible en < <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108557> > (24 de junio de 2013).

⁴⁹ Véase Tesis 1a./J. 54/2008, LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ELLA EL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO CUANDO SE RECLAMA LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, EN TANTO QUE NO AFECTA EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, octubre de 2008, p. 223. Reg. IUS. 168612.

⁵⁰ Véase Tesis 2a./J. 1/2006, RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL DENUNCIANTE DE LA QUEJA ADMINISTRATIVA CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE LA DECLARA IMPROCEDENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIII, enero de 2006, p. 1120. Reg. IUS. 176129.

⁵¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, *supra* nota 35, párr. 297.

⁵² Cfr. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 211.

⁵³ Cfr. Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 27, párr. 62 y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 290.

⁵⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, *supra* nota 54, párr. 389 y *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *supra* nota 33, párr. 198.

En términos generales, la Corte IDH ha dicho que

...en cuanto a la participación de las víctimas, se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.⁵⁵

El Tribunal también ha señalado que

...del artículo 8 de la [CADH] se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación. En consecuencia, los familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a estas últimas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.⁵⁶

17. Derecho de audiencia y derecho a la verdad.

Víctimas y familiares

La Corte IDH ha señalado que

...del artículo 8 de la [CADH] se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.⁵⁷

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 296 y *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

⁵⁶ *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 186; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 63 y 64 y *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 102 y 103.

⁵⁷ *Idem*.

En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.⁵⁸

18. Derecho de audiencia y derecho a una investigación seria, imparcial, efectiva y de oficio, en caso de violaciones a derechos humanos. Víctimas y familiares

La Corte IDH ha interpretado que

...se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento.⁵⁹

La Corte recuerda su jurisprudencia constante en el sentido de que el cumplimiento del deber de investigar en casos como el presente, debe comprender la realización, de oficio y sin dilación, de una investigación seria, imparcial, efectiva, para la cual los Estados deben hacer uso de todos los medios legales disponibles e involucrar a toda institución estatal.⁶⁰

El deber de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la

⁵⁸ Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, *supra* nota 57, párr. 187.

⁵⁹ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201; Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 149 y Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 206.

⁶⁰ Corte IDH. Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 130.

víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".⁶¹

La debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención.⁶²

19. Derecho de audiencia y acceso a la justicia. Inconvencionalidad de las leyes de autoamnistía de crímenes internacionales

La Corte IDH ha encontrado que,

... a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la [CADH], los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la [CADH]. Es por ello que los Estados Partes en la [CADH] que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la [CADH]. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la [CADH]. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁶³

20. Derecho de audiencia y acceso a la justicia. Inconvencionalidad de las normas sobre prescripción de crímenes internacionales

La Primera Sala de la SCJN, por mayoría de cuatro votos, declaró que el crimen de genocidio era prescriptible (Ponente: Ministro Cossío Díaz; Secretario: Raúl Mejía Garza), en un determi-

⁶¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 35, párr. 177; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 123 y *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 157.

⁶² Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *supra* nota 57, párr. 83 y *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 27, párr. 62.

⁶³ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 43 y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 127.

nado momento histórico en nuestro país.⁶⁴ Frente a dicho entendimiento, la Corte IDH ha señalado en jurisprudencia constante que las leyes nacionales que prevén la figura de la prescripción, tratándose de crímenes internacionales, son contrarias a la [CADH]; particularmente al derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva de los artículos 8 y 25 de dicho instrumento internacional.⁶⁵ En efecto, en relación con dichos aspectos, la Corte IDH ha interpretado que

...el derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.⁶⁶ En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno, este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.⁶⁷

III. Algunas conclusiones

Como se ha visto, en términos generales, la jurisprudencia de la SCJN sobre el derecho de audiencia es una de las más proteccionistas y desarrolladas a lo largo de los años, por lo cual hemos encontrado que, por regla general y salvo pocas excepciones, no existe una oposición rotunda entre la jurisprudencia constitucional e interamericana; de allí que, en principio, el operador jurídico pueda considerarlas complementarias, lo cual justifica que para la presente sistematización hayamos elegido una metodología sustentada en el desarrollo temático de los criterios interpretativos de ambos tribunales, como en seguida se expone.

Salta a la vista, como dato relevante, que el operador jurídico tendría que considerar que, a diferencia de la SCJN y de la inercia del sistema jurídico de fuente nacional, la jurisprudencia interamericana cuenta con criterios más evolucionados en torno a: 1) el derecho de audien-

⁶⁴ Véase Recurso de apelación 1/2004-PS, derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS. Sentencia de 15 de junio de 2005, México. Disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Resoluciones/Informaci%C3%B3n%20Jurisdiccionales/2005/7.1Anexo07-2005-J.pdf>> (24 de junio de 2013).

⁶⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95, párr. 119; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie c No. 202, párr. 182 y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 115; *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencias de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 151 y *Caso Bayarri vs. Argentina*, *supra* nota 18, párr. 116.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*, *supra* nota 67, párr. 116.

cia de víctimas y familiares (que tradicionalmente se han visto desprovistos de oportunidad defensiva en procedimientos penales, sancionatorios administrativos y, en general, en procesos que tienen que ver con la defensa de sus derechos humanos afectados por causa de la acción de otros particulares); 2) La prescripción de crímenes internacionales respecto a lo cual, como se ha expuesto, en forma contraria a la jurisprudencia interamericana, la Primera Sala de la SCJN, por mayoría de cuatro votos, declaró que el crimen de genocidio era prescriptible (Ponente: Ministro Cossío Díaz; Secretario: Raúl Mejía Garza), en un determinado momento histórico en nuestro país,⁶⁸ frente a lo cual la Corte Interamericana ha señalado en jurisprudencia constante que las leyes nacionales que prevén la figura de la prescripción, tratándose de crímenes internacionales, son contrarias a la Convención Americana; particularmente al derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva de los artículos 8 y 25 de dicho instrumento internacional.⁶⁹

⁶⁸ Véase Recurso de apelación 1/2004-PS, *supra* nota 65.

⁶⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, *supra* nota 66, párr. 119; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, *supra* nota 66, párr. 182 y *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, *supra* nota 66, párr. 129.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo en revisión 1133/2004. Sentencia del 16 de enero de 2006, México, Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=67576>> (24 de junio de 2013).
- Amparo en revisión 989/2009. Sentencia del 10 de agosto de 2009, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108557>> (24 de junio de 2013).
- Recurso de apelación 1/2004-PS, derivado de la facultad de atracción 8/2004-PS. Sentencia de 15 de junio de 2005, México. Disponible en <<http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Resoluciones/Informaci%C3%B3n%20Jurisdiccionales/2005/7.1Anexo07-2005-J.pdf>> (24 de junio de 2013).
- Solicitud de modificación de jurisprudencia varios 2/2006-SS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 526. Reg. IUS. 19866.
- Tesis P./J. 40/96, ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. IV, julio de 1996, p. 5. Reg. IUS. 200080.
- Tesis 2a. CII/95, AMPARO CONTRA LEYES. AUNQUE EN UNA SENTENCIA ANTERIOR SE HAYA DECLARADO INCONSTITUCIONAL UN PRECEPTO LEGAL POR NO ESTABLECER LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, CARECE DE INTERÉS JURÍDICO EL QUEJOSO PARA IMPUGNAR ESA NORMA SI LA APLICADORA LO OYÓ PREVIAMENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. II, noviembre de 1995, p. 309. Reg. IUS. 200693.
- Tesis aislada, AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, México, t. 66, p. 50. Reg. IUS. 238542.

- Tesis, AUDIENCIA, GARANTÍA DE, EN MATERIA IMPOSITIVA. NO ES NECESARIO QUE SEA PREVIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, t. 66, p. 77. Reg. IUS. 233084.
- Tesis 2a. LXIII/2007, AUDIENCIA. LAS AUTORIDADES DEBEN RESPETAR ESA GARANTÍA EN CUALQUIER MATERIA, INCLUYENDO LAS SEÑALADAS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUANDO IMPONGAN MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA POR LAS QUE SE PRIVE DEFINITIVAMENTE AL GOBERNADO EN LOS DERECHOS DE USO, GOCE O DISPOSICIÓN DE LA PROPIEDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXV, junio de 2007, p. 340. Reg. IUS. 172260.
- Tesis 2a./J.16/2008, AUDIENCIA. SI SE OTORGA LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL RESPECTO DE UNA LEY POR SER VIOLATORIA DE ESA GARANTÍA, LA AUTORIDAD FACULTADA PARA EMITIR UN ACTO PRIVATIVO PODRÁ REITERARLO SI LLEVA A CABO UN PROCEDIMIENTO EN EL QUE CUMPLA LAS FORMALIDADES ESENCIALES, AUN CUANDO PARA ELLO NO EXISTAN DISPOSICIONES DIRECTAMENTE APLICABLES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, febrero de 2008, p. 497. Reg. IUS. 170392.
- Tesis P./J. 119/2007, DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LOS ARTÍCULOS 59 AL 62 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE CAMPECHE, AL NO PREVER EL PROCEDIMIENTO PARA OÍR AL POSIBLE INFRACTOR Y SE LE DÉ LA OPORTUNIDAD DE DEFENDERSE EN CASO DE RESULTAR AFECTADO, TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 983. Reg. 170784.
- Tesis P./J. 65/95, EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. V, junio de 1997, p. 44. Reg. IUS. 198404.
- Tesis 2a. CXIV/2000, EXPROPIACIÓN. LAS LEYES QUE ESTABLEZCAN LA PROCEDENCIA DE UN RECURSO PARA IMPUGNAR EL DECRETO RESPECTIVO, PERO SIN ESTABLECER SU DEBIDA REGLAMENTACIÓN, VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XII, septiembre de 2000, p. 180. Reg. IUS. 191250.

- Tesis P/J. 47/95, FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. II, diciembre de 1995, p. 133. Reg. IUS. 200234.
- Tesis 1a./J. 54/2008, LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ELLA EL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO CUANDO SE RECLAMA LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL EN QUE SE CONCEDE LA LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR, EN TANTO QUE NO AFECTA EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, octubre de 2008, p. 223. Reg. IUS. 168612.
- Tesis P/J. 21/98, MEDIDAS CAUTELARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Reg. IUS: 196727.
- Tesis 1a./J. 28/2004, MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. XIX, junio de 2004, p. 138. Reg. IUS. 181312.
- Tesis P. CXXI/95, PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. II, diciembre 1995, p. 239. Reg. IUS. 200243.
- Tesis 2a./J. 1/2006, RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL DENUNCIANTE DE LA QUEJA ADMINISTRATIVA CARECE DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE LA DECLARA IMPROCEDENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. XXIII, enero de 2006, p. 1120. Reg. IUS. 176129.
- Tesis P/J.v45/2008. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 392 DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE EN 2004, VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVII, junio de 2008, p. 721. Reg. IUS. 169425.

2. Internacionales

- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 123.
- Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie c No. 202.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

- Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- Corte IDH. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No. 170.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. No. 146.
- Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C. No. 215.
- Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

- Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C. No. 90.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.
- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencias de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 04.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Artículo 16.
Actos de molestia

Raúl PÉREZ JOHNSTON

SUMARIO: I. *Introducción y antecedentes históricos.* II. *Sujetos titulares del derecho y objeto de protección.* III. *Sujetos obligados.* IV. *Mandamiento por escrito.* V. *El concepto de autoridad competente.* VI. *La obligación de fundar los actos de molestia.* VII. *La obligación de motivar los actos de molestia.* VIII. *Formas de cumplimiento de la fundamentación y motivación de un acto según su naturaleza y autoridad que lo expide.* IX. *Efectos de la violación a los derechos de fundamentación, motivación y dictado del acto de autoridad competente.* X. *Conclusión.*

PALABRAS CLAVE: Actos de molestia; Mandamientos por escrito; Autoridad competente; Fundamentación y motivación.

I. Introducción y antecedentes históricos

El primer párrafo del artículo 16 constitucional es probablemente uno de los más importantes en la vida jurídica de nuestro país. Entre el artículo 14 y el artículo 16, definen la forma en que pueden restringirse los derechos humanos protegidos en el orden constitucional a través de actos de molestia (artículo 16) o de privación (artículo 14). Dentro del espectro de ambos preceptos constitucionales, se encierra en buena medida cualquier derecho a la seguridad jurídica que pudiera encontrarse en fuente constitucional, como en fuente internacional. "El art. 16... se ha convertido en un depósito en el que tienen cabida todo tipo de limitantes a la acción de las autoridades".¹

No obstante lo anterior, a pesar de tan importante precepto, los actos de molestia no están definidos en el párrafo primero del artículo 16 constitucional, por lo que la interpretación jurisdiccional de tal disposición ha sido indispensable a lo largo del tiempo, ya que lo único que establece el texto constitucional, es que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autori-

¹ Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*. México, Oxford University, 2009, p. 170.

dad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento", redacción que en esencia, ha sido la misma desde la Constitución de 1857.

En este sentido, el artículo 16 de la Constitución de 1857, fue el producto de una intensa discusión durante el Congreso Constituyente en el que el artículo 5o. del Proyecto de Constitución manejaba estos conceptos de manera muy lacónica. Tras ser rechazado el artículo por la ambigüedad de algunos de sus términos como la "racionalidad" en el ejercicio del acto de molestia y el requerimiento de que el acto de molestia estuviere sustentado asimismo en la afirmación de al menos un testigo² el artículo hubo de ser retirado y presentado nuevamente por la Comisión. Ante la nueva redacción, el artículo sería aprobado por mayoría de 78 votos contra 1, manifestando respecto del concepto que nos interesa que "nadie puede ser molestado... sino en virtud de mandamiento de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento." Sin embargo, dicha redacción, nuevamente escueta, no definía ni acotaba las nociones alrededor del acto de molestia y tal como diría el Sr. Cerqueda, "no evita las disputas e interpretaciones de jueces y abogados".³ En el mismo sentido, tal como añadiría el diputado Escudero, podríamos decir que la redacción párrafo primero del artículo 16 quedaría de tal manera que deja "expuestos a los atropellamientos de las autoridades y a los embrollos de los abogados",⁴ lo que trasladaría la solución del problema a la interpretación que del precepto hubieran de hacer los tribunales federales.

Por su parte, en el Congreso Constituyente de Querétaro, el proyecto de Reformas presentado por Venustiano Carranza a la asamblea, ni siquiera comprendía el concepto ya que dejaba la atribución de librar órdenes de aprehensión exclusivamente a las autoridades judiciales. Esta sería una de las principales causas de ataque al artículo ya que los constituyentes estimaron que la redacción del artículo 16 de la Constitución de 1857 daba mayor protección que lo que se proponía con el Proyecto del Primer Jefe y la forma en que fue propuesto a la Asamblea por la Comisión.⁵ El artículo fue discutido en las sesiones de 23 de di-

² Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México : Senado de la República, LX Legislatura, 2007.

³ *Ibidem*, p. 496.

⁴ *Ibidem*, p. 497.

⁵ Al respecto, puede consultarse las palabras del diputado Álvarez en la sesión del 21 de diciembre de 1916 en donde se expresaría de la siguiente manera: "Igualmente quiero hacer otra observación en lo que se refiere a que no dice, como en el artículo de la Constitución de 57, que la autoridad judicial debe ser la competente; esto naturalmente puede estimarse como de sentido común pero, como digo, no debe dejarse ni un lugar solo en que puede refugiarse una injusticia. Puede llevarse una orden escrita de autoridad judicial de otro lugar que no sea la autoridad judicial competente..." (*Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, edición facsimilar de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura, dos tomos, México 1997, sesión correspondiente al 21 de diciembre de 1916. En el mismo sentido, el diputado Ibarra se expresaría: "En la Constitución de 57 se especifica con toda claridad que los cateos sólo se practiquen por orden escrita de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, y tanto en el proyecto del C. Primer Jefe como en el dictamen de la comisión, se ha omitido estas palabras;

ciembre de 1916, 2 y 13 de enero de 1917, sufriendo para tal efecto, modificaciones y un rechazo; finalmente, el 13 de enero sería aprobado por mayoría de votos (147 contra 12), pero significaría, para el concepto que nos interesa, meramente una manutención del *status quo* ya que se regresaría a la redacción de 1857, en el que el contenido del primer párrafo de dicho artículo no tendría mayor definición ni delimitación conceptual adicional de ninguna clase.

Situación que dejaría, al igual que su antecesora de 1857, todo en manos del Poder Judicial de la Federación, quien sería el encargado de tener que dar definición y contenido a la garantía constitucional del ejercicio de las atribuciones por parte de autoridad autorizada para ello.

Dicho lo anterior, a efecto de poder entender mejor esta disposición constitucional, consideramos que resulta indispensable definir, a través de la interpretación que de la misma han realizado los órganos judiciales federales, interpretes constitucionales de los derechos garantizados por el orden jurídico, así como de cuestiones relacionadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "la Corte"), en esta época en la que se impone el dialogo jurisprudencial con el intérprete convencional del sistema interamericano de derechos humanos, con el objeto de definir a qué sujetos está dirigida la titularidad del derecho, cuál es el objeto de protección del mismo, quiénes son los sujetos obligados por el mismo, qué debemos entender por el concepto de autoridad competente, así como qué significa fundar y motivar los actos de molestia a que se refiere el primer párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución y los efectos de la violación a tales derechos.

II. Sujetos titulares del derecho y objeto de protección

Cuando la Constitución en su artículo 16 establece que "nadie puede ser molestado...", se refiere a toda clase de sujeto que tenga interrelación con el Estado. Esto es, se refiere tanto a personas físicas como a personas jurídicas o morales. Dentro de éstas, el derecho se refiere principalmente al caso de particulares frente a la acción del Estado, aunque es posible también que personas morales oficiales puedan invocar la violación a estos derechos en los casos de afectación a su patrimonio cuando estén en una relación de subordinación frente a otro ente estatal, o estando en situación de coordinación, cuando exista una invasión a su esfera de atribuciones en los casos de controversia constitucional a que se refiere la fracción

a mi juicio, esto podría dar lugar a que hubiera autoridad judicial que arbitrariamente diera una orden de cateo sin que hubiera fundamento para darla." En el mismo sentido, puede verse la intervención del Diputado Mercado en la sesión del 2 de enero de 1917.

l del artículo 105 constitucional.⁶ Excepcionalmente, podría invocarse la violación a estos derechos en acción de inconstitucionalidad, cuando el acto sea dictado por autoridad incompetente o cuando no se cumpla con el requisito de fundamentación y motivación substantivo a que nos referiremos más adelante, esto es, que la medida legislativa sea inconstitucional o inconvencional.

En cuanto al objeto de protección de los derechos contenidos en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, debemos mencionar que se refiere únicamente a los actos de molestia, aunque nuestros tribunales han establecido que en relación con actos de privación también debe cumplirse con los requisitos del artículo 16. En este sentido, con independencia que el texto pareciera distinguir la materia de los actos de molestia y de los de privación, estableciendo que los primeros estarían dirigidos a la preservación de la libertad, de las propiedades, posesiones o derechos y los segundos a la afectación de la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, en realidad, y a efecto de darle congruencia al sistema constitucional de facultades de la autoridad para limitar derechos de los sujetos destinatarios de su actuación, la distinción entre unos y otros se basa en la diferenciación de la temporalidad de los efectos del acto y no en las materias o casos que enumeran uno y otro artículo. Así pues, se entiende que los actos de molestia son aquellos que afectan al gobernado de manera temporal, mientras que los actos de privación son los que tienen efectos permanentes en la esfera jurídica del particular. De tal suerte lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en Pleno, al interpretar estas disposiciones constitucionales en la jurisprudencia:

... Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restrin-

⁶ Tesis. P/J. 109/2005. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO PUEDEN ALEGAR INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE FUNDAMENTACIÓN, MOTIVACIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 891. Registro No. 177 331.

gen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento... Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.⁷

Atento a lo anterior, podemos decir que si la distinción entre el acto de molestia y el de privación se basa en la temporalidad de los efectos del acto de la autoridad, y por ende, tal finalidad determina las formalidades a las que dicho acto está sujeto para su validez constitucional, entonces hay que concluir, con independencia del significado que pueda darse a los conceptos de persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, que el acto de molestia es una categorización constitucional para determinar la validez de la limitación de cualquier derecho tutelado en el orden jurídico, sea de fuente nacional o internacional, cuyos efectos sean temporales, provisionales o de naturaleza preventiva y que el listado de casos que enumera es meramente enunciativo y no puede considerarse de ninguna manera como limitativo. En estos casos, es decir, de emisión de actos de molestia, los sujetos obligados estarán obligados para la validez de su actuación, "solamente" a contar con facultades legales para dictar el acto y a fundar y motivar la causal legal de su actuar, como lo veremos más adelante.

III. Sujetos obligados

Los derechos contenidos en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, están dirigidos para su respeto y cumplimiento a todo agente del Estado, esto es, a toda autoridad, sea ésta administrativa, legislativa o judicial, aun cuando existan particularidades en la manera en que cada una de ellas tenga que cumplir con tales derechos. Los particulares ejerciendo actuaciones propias de una autoridad en virtud del ejercicio de una potestad unilateral en situación de supraordinación frente a otro particular en razón de un mandato legal o de un acto de una autoridad que así lo faculte, estarían también sujetos al cumplimiento de los requisitos del párrafo primero del artículo 16 constitucional para emitir actos de molestia válidos, ya que su actuación es equiparable a la de la autoridad legalmente constituida. Los actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación que pudiesen violentar

⁷ Tesis P/J. 40/96. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo IV, Julio de 1996. Página 5 Registro No. 200 080.

derechos fundamentales no están sujetos al requisito formal de validez de la fundamentación y motivación y su impugnación deberá ser ejercida conforme a los medios de defensa ordinarios según su naturaleza y las distintas vías establecidas en el ordenamiento jurídico.

IV. Mandamiento por escrito

El primero de los requisitos de validez de los actos de molestia, se encuentra en la necesidad que el mandamiento de la autoridad se encuentre por escrito. Esto excluye por principio de cuentas la posibilidad de emitir tales actos por medio de órdenes verbales; no obstante ello, y aun cuando en términos generales el requisito de constar por escrito presupone la emisión del acto de autoridad en un soporte material, como tradicionalmente es el papel, ello no excluye la posibilidad de la utilización de medios electrónicos u ópticos para la emisión de tales actos –sobre todo en los casos de audiencias orales u otros actos en donde, a pesar del acta que se levante con la versión estenográfica, el dictado del acto conste a través de su grabación en un soporte óptico.

En este sentido, para el cumplimiento de este requisito, lo que se busca es dar certeza al gobernado sobre: (i) quién emite el documento; (ii) cuándo y dónde se emite; (iii) en un idioma entendible para el sujeto destinatario del acto, siendo el español la regla general, pero pudiendo constar también en lengua indígena cuando la persona a quien se dirige el acto pertenezca a un pueblo originario conforme a las reglas que se desprenden del artículo 2o. constitucional; (iv) que quien emite el acto realmente expresó su voluntad en el sentido del mismo.

En relación con este último aspecto, se ha entendido que todos los actos de autoridad deben estar firmados para su validez. Así pues, es necesario que el funcionario estampe su firma autógrafa en el documento, sin que sea válido que alguien distinto firme en su nombre o por ausencia. La firma electrónica, facsimilar o de sello, podrá ser aceptada sólo cuando la ley faculte expresamente al funcionario a poder utilizar alguna de estas modalidades. Esto último cobra cada vez más relevancia, con la implementación de los juicios electrónicos en materia administrativa y constitucional.

V. El concepto de autoridad competente

El segundo de los requisitos de validez del acto de molestia, es el concepto de autoridad competente. Pero para poder entender dicho concepto dentro del contexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), que como ya vimos, nada dice respecto de qué debe entenderse por autoridad competente, es indispensable

poder saber cuál ha sido la interpretación que de la misma han dado nuestros tribunales de la Federación; lo anterior con el objeto de poder ver algunas nuevas tendencias y peligros que pudieran manifestarse por la redacción actual de lo que debe dilucidar por autoridad competente en el artículo 16 de nuestra Ley Címera.

1. La autoridad competente según la interpretación tradicional de los tribunales de la Federación

Establecido en el texto constitucional, primero de 1857 y posteriormente de 1917 la idea de la necesidad de que los actos de cualquier autoridad sean emitidos por aquella que tenga competencia para ello, los tribunales de la Federación hubieron de ir definiendo ciertas cuestiones de corte interpretativo respecto del alcance que debía tener el artículo 16 constitucional.

La competencia constitucional de las autoridades consiste, según se ha interpretado por los tribunales de la Federación, en la facultad o potestad derivada de alguna disposición constitucional o legal que se confiere a una autoridad determinada.⁸ Sobre este punto, la competencia está íntimamente ligada con el principio de legalidad en el que mientras que el particular puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido, a la autoridad corresponde únicamente hacer aquello que la ley expresamente le permite, ya que de lo contrario, se caería en el régimen de lo arbitrario. Al respecto, Ignacio L. Vallarta en uno de sus célebres *Votos*, con motivo del amparo promovido por León Guzmán⁹ ha establecido: "Esto bastaría para persuadirse de que cuando no es la ley quien determina el límite de las facultades del poder, sino que este se arroga las que le parecen convenientes, comienza el imperio de lo arbitrario, el régimen del capricho, que no es posible defender en un país regido por una Constitución escrita, que (...) fija el límite hasta donde se extienden las facultades de cada poder (...)"

Fuera del caso anterior, conocido también como de facultades expresas o explícitas, se encuentra igualmente la posibilidad de permitir facultades implícitas que sean necesarias para hacer cumplir una facultad explícita que por sí sola no podría hacerse efectiva. Uno de los

⁸ Tesis 2a. CXCVI/2001 AUTORIDADES INCOMPETENTES. SUS ACTOS NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIV, Octubre de 2001, p. 429. Registro IUS 188 678.

⁹ Vallarta, Ignacio, *Cuestiones Constitucionales, Votos del C. Ignacio L. Vallarta, Presidente de la Suprema Corte de Justicia en los negocios más notables desde mayo de 1878 a septiembre de 1879*, México, Imprenta de Francisco. Díaz de León, 1879, pp 110-155.

ejemplos más citados de facultades implícitas es la facultad económico-coactiva del Estado;¹⁰ de igual forma, es de ayuda a lo anterior, el precedente judicial consistente en la tesis FACULTADES IMPLICITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CALCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS.¹¹

Ahora, en tratándose de la competencia para conocer de cierto tipo de asuntos por parte de autoridades ejerciendo funciones materialmente jurisdiccionales, resulta importante acotar que no sólo debe ser expresa la disposición que establece la procedencia de la vía y por ende la potestad resolutoria de la autoridad, sino que, llegado el caso que se desnaturalice el espectro de las atribuciones de la autoridad, concediéndole facultades que no tiene legalmente, podría llegar a constituirse incluso en un tribunal especial de los prohibidos por el artículo 13 constitucional.¹²

Finalmente, respecto del alcance de la noción de autoridad competente para efectos del artículo 16 de la Constitución, se ha establecido claramente que ésta sólo comprende la competencia legal, más no la política.¹³ En este sentido, se ha establecido de manera reiterada que dentro del concepto que encierra la garantía individual del artículo 16 en cita, puede cuestionarse la inexistencia legal de la autoridad o su falta de facultades legales para resolver,¹⁴ pero nunca la legitimidad del título de la autoridad que actúa ya que con ello, se estaría dando un matiz político a la garantía individual que no debiera tener, lo que haría además que convirtiera al amparo en un medio de control político, no constitucional, lo que podría conllevar incluso a la violación de la esfera soberana de los diversos órdenes de gobierno y a que el Poder Judicial trascendiera la esfera competencial de sus poderes.¹⁵ Sobre este punto, Ignacio L. Vallarta, en el ya citado amparo promovido por León Guzmán, bajo el concepto de incompetencia de origen, establecería para cerrar la cuestión:

¹⁰ Vallarta, Ignacio I., *Estudio sobre la Constitucionalidad de la Facultad Económico-Coactiva*, Ed. Imprenta del Hospicio, Puebla, 1885.

¹¹ Tesis número P. XI/92. FACULTADES IMPLICITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CALCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, tomo IX, correspondiente a enero de 1992 página 32 Registro No. 205 711

¹² Sobre este tema, es factible analizar los siguientes precedentes: JUNTAS DE CONCILIACION Y ARBITRAJE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Tomo: IV, Página: 337. Registro No. 810 888; o TRIBUNAL ESPECIAL INEXISTENCIA DEL. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México. Tomo: LV, Página: 2008. Registro IUS 380 180).

¹³ (véase la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte publicada en la página 1141 del tomo CXVII del *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Registro IUS 296896.

¹⁴ COMPETENCIA ESTUDIO DE LA, EN EL AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CXXI, p. 611. Registro IUS 295 396.

¹⁵ Tesis. INCOMPETENCIA DE ORIGEN. NOCION Y DIFERENCIAS CON LA COMPETENCIA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo III. Segunda parte. Enero-Junio de 1989; Pág. 390 Registro IUS. 228 527

¿Tienen los tribunales (...) la facultad de examinar y calificar la legitimidad de las autoridades de los Estados, para deducir de esa calificación su competencia o incompetencia? Para resolver negativamente esta cuestión, basta leer el art. 117 de la Ley fundamental¹⁶, y saber que en todos los preceptos que ella contiene no hay un texto, una palabra, una sola sílaba que dé al poder judicial federal la facultad expresa de revisar los títulos de legitimidad de las autoridades locales. (...)

Ante el terminante precepto constitucional que acabo de citar, deben enmudecer todos los argumentos de deducción, de analogía, de minore ad majus invocados para burlarlo; (...) el artículo 117 declaró de la manera más solemne, que no argumentos, sino textos constitucionales expresos, se necesitan para declarar que competen a los poderes federales facultades que los Estados les disputen, para conocer en aquellos el ejercicio legítimo de la autoridad y no una usurpación de poder, una invasión en el régimen interior de los Estados. (...)

Y siendo esto cierto, como creo que lo es, el art. 41 no sólo no autoriza a la autoridad judicial federal investigar la legitimidad de una autoridad local, porque esta investigación no es caso de su competencia; supuesto que para ello no tiene la facultad expresa; condición esencial según el art. 117, para que el poder federal pueda hacer algo que restrinja la soberanía de los Estados. (...)

Reputo lo dicho bastante á demostrar que el poder de la Corte para juzgar la legitimidad de los funcionarios "sin que más límite que el que ella marque," constituiría no solo un poder inconstitucional, como reprobado por los artículos 50, 60 y 117 de la Constitución; no solo arbitrario y despótico, porque así se llaman los poderes que no tienen más límites que su propia voluntad; no sólo anárquico, porque no podría haber estabilidad en el gobierno ni confianza en la paz, sino monstruoso hasta el punto de erigir una verdadera dictadura judicial, sin precedente en los anales de la tiranía. (...)

"La legitimidad y la competencia son dos cosas esencialmente distintas, (...) El nombramiento, la elección hecha en términos legales en persona que posea los requisitos necesarios, constituye la legitimidad de una autoridad; (...) La legitimidad se refiere á la persona, al individuo nombrado para tal cargo público; y la competencia se relaciona sólo con la entidad moral que se llama autoridad,

¹⁶ El artículo 117 de la Constitución de 1857 corresponde al artículo 124 de la Constitución de 1917.

y, abstracción hecha de las cualidades personales del individuo, no mira sino á las atribuciones que esa entidad moral puede ejercer.

No es, pues, caso de la competencia de la Corte, lo diré, deduciendo esta consecuencia de mis anteriores demostraciones, juzgar de la legitimidad de las autoridades de los Estados; y no lo es, sencillamente porque no tiene facultad expresa para ello, lo que basta para que tal facultad sea de los Estados. Para sostener con éxito lo contrario, sería preciso que el art. 16 hablara no sólo de autoridad competente, sino también de autoridad legítima. No está así expreso el texto constitucional, y ese silencio, bien justificado por lo demás, no puede suplirse con el recurso poco feliz del uso de una frase menos feliz aún, que burle la ley, oponiéndose á sus fines (...).

De la transcripción y razones dadas con anterioridad, podemos establecer que ha sido criterio reiterado que los tribunales de la Federación no pueden conocer de la legitimidad de la autoridad, sin embargo, ello no quiere decir que no puedan existir otros medios con los cuales se pueda cuestionar el título legítimo de una autoridad electa o nombrada, ya que para ello, existen otros medios como podrían ser los relativos a la materia electoral o a la materia de servidores públicos. No obstante ello, tales cuestiones trascienden el contenido del artículo 16 en cuestión, por lo que no puede entenderse la legitimidad de la autoridad dentro de la noción de competencia.

2. El concepto de competencia por afinidad y su problemática desde el punto de vista de la seguridad jurídica del gobernado.

Desde hace unos años, nuestros altos tribunales han dado un giro al concepto de autoridad competente, estableciendo la noción de la competencia por afinidad.

Este criterio surgió con el noble afán de afianzar el acceso a la justicia establecido en el artículo 17 de la Constitución. Al respecto, surgieron un número de controversias planteadas por particulares ante el Tribunal Fiscal de la Federación, hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o alguno de sus correlativos estatales o del Distrito Federal. Fundamentalmente, se trataba de policías que impugnaban la legalidad del acto administrativo por el que

se determinaba su baja,¹⁷ pero con el tiempo, se fue extendiendo a otros funcionarios públicos.¹⁸ En este sentido, no existía un medio ordinario para el tipo de impugnación intentado, y ante la declaración de incompetencia de parte de los tribunales contencioso-administrativos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que los tribunales administrativos no podían escudarse en un tecnicismo legal para no darle acceso a la justicia al particular, y que, siendo que por la naturaleza de la impugnación, el medio de defensa más afín o idóneo, era un juicio contencioso administrativo, el tribunal respectivo debía considerarse competente por afinidad a fin de proveer al particular de un medio de defensa que pueda hacer valer contra ese tipo de acto de autoridad.¹⁹

Sin embargo, este criterio no puede interpretarse de manera restrictiva de derechos de tal suerte que se pudiera pretender que a la luz de una competencia por afinidad se pueda considerar la existencia de un medio ordinario de defensa que, no obstante no estar establecido para tal propósito de manera expresa en la ley, tuviese que agotarse previo a la interposición del juicio de amparo en términos de los artículos 61 fracción XX y 107 fracciones II y III de la Ley de Amparo. (Véase la jurisprudencia por contradicción de tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el número ²⁰

VI. La obligación de fundar los actos de molestia

Cuando el primer párrafo del artículo 16 establece que las autoridades deben fundar sus actos, se ha entendido tradicionalmente por tal obligación como la cita precisa de los preceptos legales aplicables al caso.²¹

¹⁷ Tesis 2a./J. 82/98. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS PLANTEADOS EN CONTRA DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, POR UN POLICÍA, CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo VIII, Diciembre de 1998, pág. 382. No. 194 909

¹⁸ Tesis I.6o.T.241 L COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON MOTIVO DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México Tomo XXI, pág. 1731 Registro IUS 179648.

¹⁹ Tesis número 2a. XVII/2000. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS ASUNTOS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS MIEMBROS DEL SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México. Tomo XI, marzo de 2000, pág. 371, Registro IUS 192190.

²⁰ Tesis. 2a./J. 30/2008, publicada en el, de rubro RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVII, Marzo de 2008, página 174. Registro IUS 170 034.

²¹ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México Volumen 97-102, Tercera Parte; Pág. 143. Registro IUS. 238 212.

De lo anterior se desprende ciertamente una obligación positiva o formal de las autoridades estatales en el sentido de tener que incluir en el documento por escrito que contenga el acto de autoridad la cita clara y precisa de las normas aplicables al caso que justifiquen la causa legal de su proceder.

No obstante ello, pareciera que de interpretar el nuevo sistema de derechos humanos derivado de la reforma constitucional de junio de 2011, los derechos humanos no pueden ser vistos únicamente en su dimensión formal, sino de conformidad con su propia naturaleza.

Hasta ahora, se ha entendido al párrafo primero del artículo 16 como una mera regla de aplicación, pero si a la luz de este nuevo paradigma constitucional, los derechos humanos han de entenderse como principios o mandatos de optimización y ya no sólo como reglas formales, entonces es innegable que no sólo puede reconocerse una dimensión adjetiva o formal en el derecho a la debida fundamentación y en su caso también a la debida motivación, sino también una dimensión substantiva que implica obligaciones adicionales más allá del mero cumplimiento de la formalidad que sean compatibles con la naturaleza del derecho que se deba respetar.

Ello obliga a entender que en la obligación de aplicación correcta de la ley, no sólo se trata de la inclusión en el documento de la norma aparentemente aplicable, sino que además, en el ámbito competencial de cada autoridad, a realizar una interpretación conforme de una norma cuando ésta tenga algún problema de incompatibilidad en cuanto a alguna o varias de sus interpretaciones con la Constitución o algún derecho humano contenido en alguno de los tratados internacionales de los que México es parte, o si esta interpretación conforme resulta insuficiente, a ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad a efecto de determinar la inaplicabilidad de la norma y en su caso la aplicación directa de la Constitución o de la norma convencional que brinde mayor protección a la persona.

VII. La obligación de motivar los actos de molestia

Por su parte, la obligación de motivar los actos de molestia, se ha definido como el señalamiento de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, debiendo razonar además la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables a efecto de justificar la configuración de las hipótesis normativas citadas en la fundamentación. En este sentido, podríamos decir que la motivación es el conjunto de razonamientos lógico jurídicos que

demuestra la adecuación de los fundamentos citados en el caso concreto; razonamientos que tienen²²

...como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.

Ahora bien, si consideramos este derecho no solamente en su dimensión formal, sino también substantiva, esa argumentación mínima que justifique la actuación de la autoridad que invade la esfera de derechos del particular, debe contener los razonamientos suficientes para justificar la limitación del derecho, por lo que en nuestra forma de ver, si la motivación es un mandato de optimización, como ya lo hemos visto con anterioridad, y no meramente una regla formal de aplicación, dentro de la obligación de motivar el acto, la autoridad tendría la obligación de realizar un análisis de proporcionalidad a efecto de poder justificar la validez de su actuación.

En este sentido, la sujeción de la validez de la restricción de un derecho a la luz del principio de proporcionalidad, ha sido altamente discutida en diversos tribunales y jurisdicciones, sin embargo, es un elemento que los tribunales dialogantes de nuestro derecho han adoptado como elemento metodológico a efecto de determinar la razonabilidad y viabilidad de un acto, en este caso lo sería de molestia.

²² Tesis I.4o.A. J/43, de rubro FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1531. Registro IUS 175 082.

Así pues, en términos generales, la Corte IDH ha establecido que para justificar la restricción a un derecho, con independencia del texto literal del artículo 30 de la CADH sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH"), es necesario cumplir al menos, con los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.²³

Así, por ejemplo, en tratándose de derechos en particular, en el caso Baena Ricardo,²⁴ se ha establecido que la restricción del derecho de asociación debe estar sujeta a la legalidad y a la proporcionalidad de la medida. Asimismo, en tratándose del derecho de propiedad, se ha estimado que la privación de dicho derecho tiene que estar sujeta a los principios de legalidad y proporcionalidad para su validez (casos Chaparro Álvarez,²⁵ Salvador Chiriboga²⁶ y la Opinión Consultiva OC-6/86 ya mencionada). Similar situación se ha resuelto en tratándose de regímenes de propiedad colectiva (caso Comunidad Indígena Yakye Axa²⁷).

De igual manera, los principios de legalidad y proporcionalidad han permeado otros derechos para poder justificar su restricción, como por ejemplo, el derecho a salir del país (caso Ricardo Canese),²⁸ los derechos políticos (casos Yatama²⁹ y Castañeda),³⁰ el derecho a la no discriminación y a la diferenciación razonable (casos Castañeda –ya citado– y Niñas Yean y Bosico),³¹ a la vida y respecto del uso de la fuerza pública (caso Montero Aranguren),³² a la

²³ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH)*, Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5; Corte IDH, *La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6; Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A No. 13; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

²⁴ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72.

²⁵ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170.

²⁶ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179.

²⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

²⁸ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

²⁹ Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.

³⁰ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 184.

³¹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

³² Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150.

vida privada (caso Escher)³³ o a la libertad de expresión (casos Kimel,³⁴ Herrera Ulloa,³⁵ Ivcher Bronstein³⁶ y Usón Ramírez –ya citado–)

Adicionalmente, en materia administrativa, también ha reconocido la Corte IDH la necesidad en términos genéricos de una adecuada motivación de los actos para su validez (caso Baena Ricardo –ya citado–).

Por su parte, en materia penal, la Corte IDH ha aplicado también estos requisitos. En relación con el derecho a la libertad personal, la Corte Interamericana ha hecho patente la necesidad de sujetar tales medidas a la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, tal como lo ha establecido en los casos: Tibi,³⁷ Acosta Calderón,³⁸ Gangaram Panday,³⁹ Palamara Iribarne,⁴⁰ Instituto de Reeducción del Menor,⁴¹ García Asto,⁴² Chaparro Álvarez –ya citado– y López Álvarez.⁴³ Por otro lado, en los casos Yatama, Chaparro Álvarez y García Asto, ya citados, la Corte ha establecido que para que sea válida la determinación de prisión preventiva, ésta debe estar fundada y motivada y contener los requisitos que justifiquen que ésta sea suficiente (caso López Álvarez –ya citado–). De igual forma, en relación con la restricción del principio de presunción de inocencia, se ha determinado que debe fundarse y motivarse adecuadamente la determinación que contraría este principio (casos Servellón García⁴⁴ y Chaparro Álvarez y Lapo –ya citado–). Por su parte, se ha estimado que para que el debido proceso legal sea garantizado, los actos de las autoridades jurisdiccionales involucradas deben estar debidamente fundados y motivados (casos Chaparro Álvarez y Yatama, ya citados,

³³ Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

³⁴ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

³⁵ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

³⁶ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

³⁷ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

³⁸ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

³⁹ Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁴¹ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁴² Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

⁴³ Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.

Apitz Barbera⁴⁵ y Tristán Donoso⁴⁶). Finalmente, para efectos de la materia penal, en relación con la respuesta a las solicitudes de liberación, también se ha estimado que éstas deben estar debidamente fundadas y motivadas (caso Chaparro Álvarez –ya citado–).

Asimismo, la SCJN, ha establecido como parámetro de la validez de los actos, incluyendo los de carácter legislativo, una metodología basada en el test de proporcionalidad como se ha venido aplicando principalmente en el Tribunal Constitucional Alemán. En este sentido, uno de los primeros casos que tenemos que se resolvió con base en este principio de proporcionalidad, es el amparo directo en revisión 988/2004, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte el pasado 29 de septiembre de 2004; criterio que sería reiterado a efecto de formar la jurisprudencia IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.⁴⁷ Con motivo de dicha jurisprudencia, nuestro más alto tribunal ha definido el test de proporcionalidad en los siguientes términos:

... Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un obje-

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

⁴⁷ Tesis 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXIV, Septiembre de 2006, página 75. Registro IUS 174 247.

tivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. ..."

Así pues, podemos establecer que el test de proporcionalidad adoptado por la SCJN contiene los siguientes elementos: "a) que la distinción legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) que la distinción establecida resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin y, c) la distinción debe ser proporcional, es decir, no es válido alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional".⁴⁸ Por ello, debemos decir que en términos generales, parte de la motivación de todo acto de autoridad debe comprender un análisis de la necesidad del mismo, de su idoneidad y uso proporcional, no excesivo, de las atribuciones ejercidas.

En este sentido, si bien es cierto que exigir a la autoridad un test de proporcionalidad en cada caso, pudiera constituir un obstáculo desproporcionado para la validez de todo acto de autoridad, principalmente en materia administrativa, debemos decir que este análisis se tendría que hacer en todos los casos, así sea de manera implícita, o a posteriori, pudiendo para el caso, ser este uno de los sentidos interpretativos que se dé al último párrafo del artículo 117 de la Ley de Amparo, que permite a la autoridad que emita actos materialmente administrativos de poder establecer la motivación faltante del acto vía su informe justificado. Lo anterior máxime cuando la motivación está sujeta a un nexo de causalidad con la fundamentación, en donde se tendría que hacer un razonamiento sobre la aplicabilidad del derecho con el que se habrá de fundar el acto. Así pues, si atento al contenido del artículo 1o. constitucional, podemos determinar que todas las autoridades deben prevenir las violaciones de derechos humanos, incluso al momento de seleccionar la norma aplicable a un caso, entonces se derivaría de ello la obligación de ejercer control difuso sobre la norma, y en este sentido, para realizarlo, los instrumentos de ponderación y proporcionalidad se hacen indispensables en un sistema de derechos basado en los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Dicho lo anterior, si la autoridad jurisdiccional debe ejercer ex officio el control de la regularidad del acto a la luz de los derechos humanos, que incluye la interpretación conforme y el control difuso, utilizando, entre otros, el test de proporcionalidad, nos parece lógico considerar que parte de la motivación correcta del acto, a efecto de determinar su validez, está en determinar la legalidad, proporcionalidad y

⁴⁸ Tesis 1a. LIII/2012 (10a.). TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, página 882. Registro IUS 2 000 683.

razonabilidad de la medida adoptada por la autoridad, y si éste será el parámetro de validez que utilizará quien revise la regularidad del acto, como ya se ha dicho, a la luz de la obligación de prevención de violaciones de derechos humanos dentro del ámbito competencial de cada autoridad, se desprende que todas las autoridades, al momento de fundar y motivar sus actos de molestia, deben aplicar estas herramientas a efecto de justificar la limitación de un derecho humano reconocido por el ordenamiento jurídico.

VIII. Formas de cumplimiento de la fundamentación y motivación de un acto según su naturaleza y autoridad que lo expide

Ahora bien, la obligación de fundar y motivar, como ya se ha mencionado, puede tener distintas intensidades o modalidades en función de quién es el sujeto obligado a cumplir con el requisito al momento de dictar un acto dentro de su esfera competencial y de cuál es la naturaleza del mismo.

En este sentido, podríamos decir que incluso en tratándose de actos de molestia, pueden existir diversas modalidades de intensidad, dado que no podría ser exigible el mismo grado de detalle en la fundamentación y motivación de una multa de tránsito, que en un acta de visita de verificación o en una resolución intermedia recaída en un procedimiento administrativo. Se ha considerado, por ejemplo, en el caso de la multa de tránsito, que ésta no tiene que cumplir con una fundamentación y motivación exhaustivas, dada la naturaleza del acto y el fin que persigue, sin embargo, otros actos dentro de un proceso administrativo o judicial, deberían cumplir con todos los requisitos formales y substanciales antes señalados.

En tratándose de la fundamentación y motivación de las autoridades legislativas, o mejor dicho, de los actos materialmente legislativos de cualquiera de los poderes, si bien la SCJN ha establecido que no tiene que cumplir con la formalidad de fundar y motivar cada precepto de la ley, dado que ha sostenido que "tratándose de actos de autoridad legislativa, el requisito de fundamentación se satisface cuando aquélla actúa dentro de los límites de las atribuciones que la CPEUM le confiere y la motivación se colma cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que deben regularse jurídicamente",⁴⁹ sí tiene que cumplir con

⁴⁹ Tesis. 2a. XXVII/2009. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPUESTOS DE HECHO EQUIVALENTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009; Pág. 470. Registro IUS. 167 712.

los requisitos de constitucionalidad del acto legislativo (y un control difuso implícito) así como de proporcionalidad, lo que además implica, desde un punto de vista de seguridad jurídica, el que la norma no sea por demás ambigua en cuanto a su contenido, ni produzca un efecto inhibitorio en los derechos de los particulares.

Finalmente, comentaríamos en este apartado, que la obligación de fundar y motivar debe cumplirse en tratándose de facultades discrecionales (debe justificarse el sentido de la decisión dentro de la discrecionalidad)⁵⁰, pero que en materia de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo, la regla a seguir es la misma que la de la fundamentación y motivación en materia legislativa.⁵¹

IX. Efectos de la violación a los derechos de fundamentación, motivación y dictado del acto por autoridad competente

Finalmente, en cuanto a los efectos de reparación que se han establecido en relación con estos derechos, hay que distinguir distintos efectos según la situación:

1. Falta de mandamiento por escrito

En relación con este requisito formal que establece la constitución, tanto el acto de molestia que no conste en soporte, o no esté firmado, conlleva la nulidad lisa y llana del mismo, sin que esto prejuzgue sobre la posibilidad que tiene la autoridad de ejercer su facultad, siempre y cuando ésta no haya caducado. Podría decirse en este caso que hay inexistencia del acto. En tratándose de un acto de molestia con este vicio, dictado dentro de una solicitud, instancia, recurso o juicio, se tendría que ordenar a la autoridad competente para que dicte el acto con las formalidades de constar por escrito y de estar debidamente firmado a efecto de que surta efectos para el particular, con el objeto de que se cumpla con su petición y no quede en estado de indefensión.

⁵⁰ Tesis P. LXII/98. FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, pág. 56. Registro IUS 195 530.

⁵¹ Tesis 1a./J. 41/2007, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN USO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, pág. 361. Registro IUS 172 518.

2. Autoridad Incompetente

El mismo criterio ha de seguirse en tratándose de la falta de competencia de la autoridad, ya que sería inocuo darle validez a un acto que fue ejercido por autoridad que carecía de atribuciones legales para hacerlo; esto aplicaría incluso a los casos de indebida fundamentación y motivación de la competencia, puesto que se estima que es una formalidad esencial de la validez del acto que el particular entienda que quien emite el acto está en posibilidad legal de hacerlo. Sin embargo, esto no obsta para que la autoridad que sí cuente con facultades emita otro acto, siempre que esté en posibilidad de hacerlo y no hayan caducado sus atribuciones.⁵² En tratándose de un acto de molestia dictado dentro de una solicitud, instancia, recurso o juicio, en el que la autoridad emisora carezca de competencia legal se tendría que buscar, excepcionalmente, constreñir a la autoridad competente para que se pronuncie, a efecto de no dejar al particular en estado de indefensión.⁵³

3. Ausencia total de fundamentación y/o motivación

En primer término, por cuanto a los posibles efectos de la violación al derecho contenido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional, se debe distinguir la falta total de fundamentación y motivación de la indebida fundamentación y motivación, partiendo de la base que por la primera se entiende "la ausencia total de la cita de la norma en que se apoya una resolución y de las circunstancias especiales o razones particulares que se tuvieron en cuenta para su emisión", mientras que la segunda se actualiza "cuando en la sentencia o acto se citan preceptos legales, pero no son aplicables al caso concreto y se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponden al caso específico, objeto de decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste".⁵⁴ En este sentido, para el caso de la ausencia total de fundamentación y motivación se considera como una violación directa a la Constitución que deja al gobernado en situación de indefensión frente al acto de autoridad, por tal motivo, los

⁵² Tesis P. II/95, NULIDAD LISA Y LLANA DE UNA LIQUIDACION FISCAL EMITIDA POR AUTORIDAD INCOMPETENTE. LA SENTENCIA DE AMPARO QUE LA DECLARA NO IMPIDE QUE DIVERSA AUTORIDAD EMITA NUEVA LIQUIDACION. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo 86-2, Febrero de 1995, pág. 15. Registro IUS 205 398.

⁵³ Tesis I.7o.A.321 A, NULIDAD POR INCOMPETENCIA. DEBE DECRETARSE PARA EFECTOS CUANDO EL ACTO IMPUGNADO EMANA DE UN PROCEDIMIENTO EN EL CUAL EXISTE OBLIGACIÓN LEGAL DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LITIS QUE LE FUE PLANTEADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XX, Septiembre de 2004, página 1820. Registro IUS 180568.

⁵⁴ Tesis I.6o.C. J/52. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU DISTINCIÓN ENTRE SU FALTA Y CUANDO ES INDEBIDA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Enero de 2007, página 2127. Registro IUS 173 565.

efectos de la anulación del acto, sea esto en sede administrativa o en amparo, deben ser totales, lisos y llanos. Sin embargo, cuando estemos nuevamente en presencia de una petición, instancia, recurso o juicio, el efecto del amparo no puede ser liso y llano, sino ordenarle a que resuelva, fundando y motivando a efecto de no dejar al gobernado en estado de indefensión.⁵⁵

4. Indebida fundamentación y motivación

Sin embargo, en tratándose de la fundamentación y motivación indebida, hay que hacer algunas precisiones. Si se trata meramente del incumplimiento del formalismo de fundar y motivar detallada y pormenorizadamente, el efecto de la violación a este derecho ha sido para el efecto que la autoridad emita un nuevo acto en el que purgue el vicio.⁵⁶ Esto diríamos aplicaría también por ejemplo en el caso de una indebida interpretación conforme o una indebida aplicación de la norma a la luz de un control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad, si aceptamos, como se ha propuesto, la existencia de elementos substantivos dentro del derecho a la debida fundamentación y motivación. Sin embargo, habría que decir que en tratándose de una inadecuada motivación en razón de ser desproporcional el acto, en nuestra forma de ver, el efecto de la protección a la violación del derecho debería ser la concesión de la nulidad lisa y llana del acto, ya que a través de dicho test de proporcionalidad se estaría determinando una limitación injustificable al derecho humano tutelado, lo cual no es subsanable bajo ninguna circunstancia.

X. Conclusión

A raíz de la reforma constitucional de 2011, que ha impactado la manera de entender los derechos humanos, su posición y finalidad dentro del ordenamiento jurídico, resulta por demás importante resaltar cómo ésta ha impactado conceptos tradicionales de nuestro derecho, como lo son los principios de seguridad jurídica consistentes en la legalidad, la debida fundamentación y motivación. En este sentido, como se ha podido ver, la obligación de toda autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar la eficacia de los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte y de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones, impacta la antigua garantía de fundamenta-

⁵⁵ Tesis 2a./J. 67/98. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL EFECTO DE LA SENTENCIA QUE AMPARA POR OMISIÓN DE ESAS FORMALIDADES, ES LA EMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN NUEVA QUE PURGUE TALES VICIOS, SI SE REFIERE A LA RECAÍDA A UNA SOLICITUD, INSTANCIA, RECURSO O JUICIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, página 358. Registro IUS 165248.

⁵⁶ Tesis 3a. XCVII/91. SENTENCIA QUE OTORGA EL AMPARO POR INDEBIDA FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. EFECTOS DE LA MISMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, Tomo VII, Junio de 1991, página 98. Registro IUS 206193.

ción y motivación, modernizándola y complementándola con elementos no meramente formales, sino substantivos como lo son, la obligación de ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, una vez que la interpretación conforme sea insuficiente, para determinar la aplicación de la norma en la fundamentación, así como la de la razonar la limitación del derecho dentro del acto de molesta, y por consiguiente extensible a los actos de privación, en términos de un test de proporcionalidad que justifique el actuar invasorio del derecho en términos de admisibilidad, necesidad y proporcionalidad. Situación que no representa pocos retos para las autoridades y jueces que deban calificar su actuación, pero que presenta una mejora substancial en términos de la protección de los derechos humanos de las personas.

Criterios Jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Tesis. P/J. 109/2005. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO PUEDEN ALEGAR INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE FUNDAMENTACIÓN, MOTIVACIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Septiembre de 2005, p. 891. Registro No. 177 331.
- Tesis P/J. 40/96. ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCION. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. México. Tomo IV, Julio de 1996. Página 5 Registro No. 200 080.
- Tesis 2a. CXCVI/2001 AUTORIDADES INCOMPETENTES. SUS ACTOS NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIV, Octubre de 2001, p. 429. Registro IUS 188 678
- Tesis número P. XI/92 . FACULTADES IMPLICITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CALCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, tomo IX, correspondiente a enero de 1992 página 32 Registro No. 205 711
- JUNTAS DE CONCILIACION Y ARBITRAJE. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Tomo: IV, Página: 337. Registro No. 810 888; o TRIBUNAL ESPECIAL INEXISTENCIA DEL. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México. Tomo: LV, Página: 2008. Registro IUS 380 180).
- COMPETENCIA ESTUDIO DE LA, EN EL AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Epoca, México, Tomo CXXI, p. 611. Registro IUS 295 396.
- INCOMPETENCIA DE ORIGEN. NOCION Y DIFERENCIAS CON LA COMPETENCIA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, México, Tomo III. Segunda parte. Enero-Junio de 1989; Pág. 390 Registro IUS. 228 527

- Tesis 2a./J. 82/98. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS PLANTEADOS EN CONTRA DE LA SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL, POR UN POLICÍA, CON MOTIVO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo VIII, Diciembre de 1998, pág. 382. No. 194 909
- Tesis I.6o.T.241 L COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON MOTIVO DE LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México Tomo XXI, pág. 1731 Registro IUS 179648.
- Tesis número 2a. XVII/2000. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS ASUNTOS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS MIEMBROS DEL SERVICIO EXTERIOR MEXICANO. CORRESPONDE, POR AFINIDAD, AL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México. Tomo XI, marzo de 2000, pág. 371, Registro IUS 192190.
- Tesis. 2a./J. 30/2008, publicada en el , de rubro RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXVII, Marzo de 2008, página 174. Registro IUS 170 034.
- FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México Volumen 97-102, Tercera Parte; Pág. 143. Registro IUS. 238 212.
- Tesis I.4o.A. J/43, de rubro FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Mayo de 2006, p. 1531. Registro IUS 175 082.
- Tesis 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXIV, Septiembre de 2006, página 75. Registro IUS 174 247.

- Tesis 1a. LIII/2012 (10a.). TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 1, página 882. Registro IUS 2 000 683.
- Tesis. 2a. XXVII/2009. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPUESTOS DE HECHO EQUIVALENTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009; Pág. 470. Registro IUS. 167 712
- Tesis P. LXII/98. FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, pág. 56. Registro IUS 195 530
- Tesis 1a./J. 41/2007, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN USO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Mayo de 2007, pág. 361. Registro IUS 172 518.
- Tesis P. II/95, NULIDAD LISA Y LLANA DE UNA LIQUIDACION FISCAL EMITIDA POR AUTORIDAD INCOMPETENTE. LA SENTENCIA DE AMPARO QUE LA DECLARA NO IMPIDE QUE DIVERSA AUTORIDAD EMITA NUEVA LIQUIDACION. *Semanario Judicial de la Federación* Octava Época, México, Tomo 86-2, Febrero de 1995, pág. 15. Registro IUS 205 398.
- Tesis I.7o.A.321 A, NULIDAD POR INCOMPETENCIA. DEBE DECRETARSE PARA EFECTOS CUANDO EL ACTO IMPUGNADO EMANA DE UN PROCEDIMIENTO EN EL CUAL EXISTE OBLIGACIÓN LEGAL DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LITIS QUE LE FUE PLANTEADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XX, Septiembre de 2004, página 1820. Registro IUS 180568.

- Tesis I.6o.C. J/52. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU DISTINCIÓN ENTRE SU FALTA Y CUANDO ES INDEBIDA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Enero de 2007, página 2127. Registro IUS 173 565.
- Tesis 2a./J. 67/98. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL EFECTO DE LA SENTENCIA QUE AMPARA POR OMISIÓN DE ESAS FORMALIDADES, ES LA EMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN NUEVA QUE PURGUE TALES VICIOS, SI SE REFIERE A LA RECAÍDA A UNA SOLICITUD, INSTANCIA, RECURSO O JUICIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, página 358. Registro IUS 165248.
- Tesis 3a. XCVII/91. SENTENCIA QUE OTORGA EL AMPARO POR INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EFECTOS DE LA MISMA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, Tomo VII, Junio de 1991, página 98. Registro IUS 206193.

2. Criterios internacionales

- Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 CADH)*, Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.
- Corte IDH. *La Expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6.
- Corte IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A No. 13.
- Corte IDH. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Fondo, reparaciones y costas Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.
- Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004 Serie C No. 111.
- Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 184.
- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

- Corte IDH. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

Artículo 17 de la
Constitución Política
de los Estados
Unidos Mexicanos.
Acceso a la justicia

Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. El acceso a la justicia en los principales tratados de derechos humanos vigentes para México. III. Aspectos que componen el derecho de acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la justicia en sentido integral; Derecho de acceso a la justicia en sentido institucional; Tutela jurisdiccional; Justicia pronta; Justicia completa; Justicia imparcial; Justicia gratuita.

I. Aspectos generales

La versión original del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") contenía solamente un párrafo en el cual se preveía el derecho a no ser encarcelado por deudas de carácter estrictamente civil y, en términos muy concisos, el derecho al acceso a la justicia y la correlativa prohibición de la autotutela y de ejercer la violencia para reclamar un derecho.¹ En el año 1987, es decir, casi 70 años después, dicha disposición se modificó por primera vez para, entre otros aspectos, dotar al derecho al acceso a la justicia de una mayor concreción y de garantías más amplias.² Así, se estableció que las resoluciones de los tribunales deben ser emitidas "de manera pronta,

¹ "Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales". Diario Oficial de la Federación de 5 de febrero de 1917. El texto de esta transcripción fue consultado en la página electrónica de la Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf (5 de julio de 2013).

² Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, "Artículo 17", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994, p. 75. Las prohibiciones de la autotutela y del ejercicio de la violencia para reclamar un derecho así como la del encarcelamiento por deudas de carácter civil permanecieron igual. Por lo que respecta al acceso a la justicia, el párrafo pertinente quedó como sigue: "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". Asimismo, se agregó otro párrafo correspondiente a la obligación de la Federación y los Estados de garantizar la independencia judicial. Cfr. *Diario Oficial de la*

completa e imparcial". En el 2008, el artículo 17 constitucional fue reformado por segunda ocasión para incorporar diversos párrafos sobre distintas temáticas: mecanismos alternativos de solución de controversias, modalidad de las sentencias en los procedimientos orales, independencia de los jueces y ejecución de sus resoluciones, y defensoría pública, los cuales se conservan hasta hoy día.³ Finalmente, en el 2010, este artículo fue modificado por última vez para introducir un párrafo sobre la regulación de las acciones colectivas.⁴

El artículo 17 constitucional vigente reconoce no solamente derechos fundamentales,⁵ como el acceso a la justicia y, de forma más amplia, a la tutela jurisdiccional, sino que, asimismo, prevé obligaciones dirigidas, principalmente, al legislativo y al ejecutivo en los ámbitos federal y estatal, por ejemplo, la de asegurar la existencia y funcionamiento de la defensa pública, la regulación de las acciones colectivas y de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Para efectos de este comentario, nos concentraremos en el derecho al acceso a la justicia, para lo cual es indispensable hacer algunas precisiones de manera previa.

El derecho al acceso a la justicia es uno de los elementos que integran el derecho más amplio a la "tutela jurisdiccional". La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en el amparo directo en revisión 1670/2003 sostuvo que el artículo 17 de la Constitución contemplaba cinco garantías.⁶ Una de ellas, el derecho a la "tutela jurisdiccional", que definió como:

(...) el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita -esto es, sin obstáculos- a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o 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.⁷

Federación de 17 de marzo de 1987, p. 3. Esta versión se consultó en la página electrónica de la Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_111_17mar87_ima.pdf (5 de julio de 2013).

³ *Cfr.* Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, p. 4. Esta versión fue consultada en la página electrónica de la Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf (5 de julio de 2013).

⁴ *Cfr.* Diario Oficial de la Federación de 29 de julio de 2010, p. 2. Esta versión fue consultada en la página electrónica de la Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_191_29jul10.pdf (5 de julio de 2013).

⁵ Como puntualiza Carbonell, el primer párrafo lo que contiene es una prohibición de la autotutela y del ejercicio de la violencia para reclamar el propio derecho. Sin embargo, estas prohibiciones adquieren sentido cuando se interpretan en el marco del segundo párrafo del artículo 17. *Cfr.* Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, 2004, p. 725.

⁶ Ello, antes de las reformas llevadas a cabo en los años 2008 y 2010 a la disposición que comentamos.

⁷ Amparo Directo en Revisión 1670/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Sentencia de 10 de marzo de 2004, tomo XXV, Abril de 2007. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/Consulta>

Sin embargo, en ocasiones se confunde "acceso a la justicia" con "tutela jurisdiccional". Por ejemplo, en el amparo en revisión 522/2007 de la Segunda Sala de la SCJN se utilizó el mismo concepto citado anteriormente para referirse indistintamente al "derecho a la tutela jurisdiccional o acceso a la justicia".⁸ Por eso, debe puntualizarse que el derecho a la tutela jurisdiccional es de tipo genérico y que, a su vez, se integra por tres derechos: el acceso a la justicia, el debido proceso y la eficacia de la sentencia o decisión.⁹ Por lo tanto, el "acceso a la justicia" es sólo uno de los aspectos de la "tutela jurisdiccional".

El derecho al acceso a la justicia es considerado como un derecho fundamental ya que "cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley".¹⁰ En este punto, consideramos importante referir, de manera muy breve, que el acceso a la justicia puede verse desde dos ámbitos, es decir, uno reduccionista e institucional y otro integral y, por lo tanto, más amplio. La corriente institucionalista "se centra en la maquinaria del ámbito público de la administración de justicia". Esto se limita al "sistema preexistente de cortes y tribunales abordando reformas de cara a su mayor capacitación, a su reorganización y a una mayor dotación de recursos materiales y humanos para mejorar su rendimiento, y de esta manera ampliar su alcance y aumentar su eficacia".¹¹ Sin embargo, un enfoque integral va más allá de lo estrictamente jurisdiccional, ya que el acceso a la justicia también se concibe como un "instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, menores, ancianos, población de bajos ingresos, etc".¹² Desde esta perspectiva, el acceso a la justicia involucra no sólo al Poder Judicial sino a otros poderes del Estado, como el Legislativo y el Ejecutivo, y toca sensiblemente el tema del diseño de políticas públicas y de legislación a través de los cuales también se cubran las necesidades y se aseguren los derechos de miembros de grupos

Tematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61882> (5 de julio de 2013). Éste es el sentido de la: Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007, "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. 9a. Época, 1a. Sala, S.J.F. y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, p. 124, Registro IUS 172 759.

⁸ Cfr. Amparo en Revisión 522/2007, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVI, Noviembre de 2007, p. 234. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/Documentos/Ejecutorias/20526.pdf>> (5 de julio de 2013). Otro ejemplo es la: Tesis V.1o.C.T.58 K. "TUTELA JURISDICCIONAL O DE ACCESO A LA JUSTICIA. DICHA GARANTÍA CONTIENE LA SUBGARANTÍA DE 'EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES' O DE 'JUSTICIA CUMPLIDA', QUE OTORGA A LOS GOBERNADOS EL DERECHO DE QUE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE CUMPLAN CABALMENTE" (cursivas agregadas). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo, XXVIII, Octubre de 2008, p. 2460, Registro IUS 168 527.

⁹ Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1989, pp. 43 y 44; y, Ovalle Favela, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2007, pp. 152 y 153.

¹⁰ Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, "Introducción. El acceso a la justicia como derecho", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, comps., *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006, p. 15.

¹¹ PNUD, *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, PNUD, 2005, p. 7.

¹² *Idem*.

vulnerables. No es propósito de este comentario analizar el ámbito "integral" del acceso a la justicia, lo cual, además, excedería este espacio, sino sólo el "institucional", pues es el que consideramos que se ajusta más al sentido del artículo 17 de la Constitución. No obstante, nos parece importante dejar planteado el punto relativo al aspecto "integral" del acceso a la justicia.

La SCJN ha hecho varios pronunciamientos sobre el alcance y principios que se desprenden del artículo 17 constitucional. De la tesis P/J. 113/2001 del Pleno se desprende que el acceso efectivo a la justicia: "(...) se concreta en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión jurisdiccional sobre las pretensiones deducidas (...)".¹³

Por lo tanto, el derecho al acceso a la justicia es de carácter adjetivo, pues otorga a las personas la posibilidad de tener una vía jurisdiccional para la tutela de sus derechos.¹⁴ Al respecto, es importante mencionar que la SCJN ha precisado que los derechos que comprende el artículo 17 constitucional obligan no solamente a órganos judiciales sino a cualquier autoridad que materialmente realice actos jurisdiccionales.¹⁵ Inclusive, la SCJN ha ido más allá al aplicar el derecho al acceso a la justicia a los actos que realiza el Ministerio Público en materia penal, tratándose de la investigación y persecución de los delitos, con base en que para "el respeto a los derechos fundamentales, particularmente los relativos a la vida y a la integridad física, el Estado debe asumir una conducta activa y decidida para prevenir su vulneración, a través de las acciones legislativas, administrativas y judiciales necesarias, además de acometer lo necesario para que, en caso de ser vulnerados, las conductas respectivas puedan ser sancionadas".¹⁶

¹³ Tesis P/J. 113/2001, "JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 5. Registro IUS 188 804. Esta tesis jurisprudencial se desprende de la Contradicción de Tesis 35/2000-PL, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Sentencia de 10 de septiembre de 2001, México, tomo XIV, Octubre de 2001, p. 449. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=29123>> (5 de julio de 2013)

¹⁴ Cfr. Sánchez Gil, Rubén, "El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, no. 4, Julio-Diciembre, 2005, pp. 239 y 240.

¹⁵ Tesis: 2a./J. 192/2007, "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 209, Registro IUS 171 257.

¹⁶ Tesis: P. LXIII/2010, "DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o la "Corte") ha precisado que las garantías que se desprenden del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), al cual nos referiremos más adelante, deben ser respetadas en "los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a las autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos".¹⁷ De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, el artículo 8.1 de la CADH es una de las disposiciones de las que se desprende el derecho al acceso a la justicia. Por lo tanto, el análisis de este derecho también involucra "los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso penal, particularmente, las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y el avance del mismo".¹⁸

II. El acceso a la justicia en los principales tratados de derechos humanos vigentes para México

El nivel de especialización del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos ha permitido establecer diversos aspectos del derecho al acceso a la justicia. De esta manera, hoy en día son varios los instrumentos internacionales, particularmente tratados y declaraciones, los que se refieren a este derecho, ya sea de manera general, indicando sus elementos mínimos, o desarrollando su contenido de acuerdo al *status* jurídico de su titular.¹⁹ En este comentario nos referiremos a dos de estos instrumentos por su importancia y por su vigencia en México.

El derecho al acceso a la justicia se encuentra previsto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰ en los siguientes términos:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 25, Registro IUS 163 168.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 118.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 120.

¹⁹ Para un análisis sobre el derecho al acceso a la justicia de conformidad con los instrumentos del sistema interamericano, puede verse: Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Los estándares del acceso a la justicia y el debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, tomo II, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, pp. 9 a 90.

²⁰ AGONU, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)

Sin embargo, es la CADH el tratado internacional que reconoce de manera más amplia este derecho mediante dos de sus disposiciones. El artículo 8.1 de la CADH, relativo a las "Garantías Judiciales" establece que:

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.

Asimismo, el artículo 25.1 de dicho instrumento, que contempla el derecho a la "Protección Judicial", señala lo siguiente:

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.

La Corte IDH ha establecido expresamente que ambas disposiciones consagran el derecho al acceso a la justicia.²¹ Esto es, tal derecho no se encuentra literalmente reconocido en la CADH. Sin embargo, a través de una interpretación conjunta de los elementos de los artículos 8.1 y 25, en varios casos la Corte IDH ha analizado si se ha configurado violación alguna al derecho al acceso a la justicia cuando no se ha llevado a cabo una investigación diligente de los hechos, los recursos interpuestos no han sido efectivos, o los procesos o procedimientos no se han sustanciado dentro de un plazo razonable, entre otros. Un ejemplo claro se encuentra en la sentencia dictada por la Corte en el caso *Radilla Pacheco vs. México*.²²

²¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párrs. 50 y 52.

²² En esta sentencia se declaró la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la detención y posterior desaparición forzada, a partir de agosto de 1974, del señor Rosendo Radilla Pacheco, y por la impunidad en que se encuentran los hechos. En el capítulo IX de la sentencia, titulado "Sobre el derecho de acceso a la justicia y la obligación de realizar investigaciones efectivas", la Corte, entre otros pronunciamientos, señaló que el Estado había violado los derechos establecidos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, debido a que no se había llevado a cabo la investigación de los hechos con debida diligencia, a que no se había respetado el principio del juez natural pues

En el amparo en revisión 282/2007, la Segunda Sala de la SJCN resaltó la vinculación entre el artículo 8.1 de la CADH y los artículos 14 y 17 de la Constitución.²³ Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH, es importante no perder de vista que además del artículo 8.1 de la CADH, también el artículo 25 prevé un componente importante del derecho al acceso a la justicia relativo a la "efectividad" del recurso. La Corte IDH en diversos fallos ha precisado que dicha disposición establece la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional. Por lo tanto, los Estados tienen la responsabilidad de diseñar y establecer normativamente un recurso eficaz para la defensa de esos derechos pero, además, también deben asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.²⁴

una parte de la investigación y juzgamiento de los responsables se había llevado a cabo ante la justicia militar, y porque a nivel interno los familiares del señor Radilla Pacheco, específicamente, su hija Tita Radilla Martínez, no había contado con un recurso que le permitiera impugnar la competencia del juez militar a favor del juez ordinario. (Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.)

²³ Entre otros, el quejoso sostuvo que el artículo 30 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas violaba, además de los artículos constitucionales ya señalados, el artículo 8.1 de la CADH ya que, en su opinión, dicha disposición no establecía un plazo razonable para imponer la sanción administrativa a que hacía referencia, y porque al señalar que la sanción debía ser ejecutada inmediatamente no otorgaba la oportunidad para inconformarse previamente a la ejecución. Al estudiar estos agravios, la Segunda Sala hizo un análisis comparativo de los derechos que reconocen las disposiciones invocadas y afirmó la concordancia que existía entre ellas. La Segunda Sala negó el amparo solicitado ya que consideró, como había señalado el Juez de Distrito que resolvió inicialmente el amparo, que la sanción correspondiente había sido el resultado de un procedimiento en el cual se habían cumplido las garantías establecidas en los artículos 14 y 17 constitucionales, así como en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Igualmente, indicó que el artículo 30 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas no privaba al quejoso de interponer el recurso de revocación o iniciar un juicio contencioso administrativo para impugnar la resolución mediante la cual se impuso la sanción y que, además, de ser favorables las decisiones que se dictaran al respecto, el quejoso podía ser restituido en el goce de los derechos de los que había sido privado. De esta decisión surgió la: Tesis 2a. CV/2007 "DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8o., NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Agosto de 2007, p. 635, Registro IUS 171 789.

²⁴ Sólo por mencionar algunos ejemplos, cfr. Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23; Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 57; Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82 y, Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183, párr. 78. En el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, en el cual se alegó la indebida destitución de una jueza provisoria en dicho país, la Corte analizó de forma detallada los efectos de un recurso de nulidad que la víctima había interpuesto para lograr su restitución laboral. Con base en el artículo 25 de la Convención Americana, la Corte resolvió que no obstante que mediante dicho recurso la autoridad interna competente había declarado que la destitución no se había ajustado a derecho, no se había ordenado la restitución de la jueza Reverón Trujillo ni el pago de los salarios que había dejado de percibir, sin que existiera motivo para ello. Por lo tanto, la Corte Interamericana consideró que dado que dicho recurso no había sido efectivo ni le había brindado una reparación adecuada, el Estado venezolano había incurrido en la violación del derecho reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana. Cfr. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrs. 49 a 127.

III. Aspectos que componen el derecho al acceso a la justicia

El sentido y contenido del derecho al acceso a la justicia ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para efectos de este comentario, consideramos oportuno referirnos, en primer lugar, a una tesis de la Segunda Sala que de manera sucinta desarrolla los principios que conforman tal derecho a la luz del segundo párrafo del artículo 17 constitucional. La tesis aislada 2a. L/2002 identifica los principios de justicia pronta, justicia completa, justicia imparcial, y justicia gratuita.²⁵ Estos principios se refieren a las "cualidades que el constituyente exige que tenga el proceso de administración de justicia".²⁶

1. Justicia pronta

De conformidad con la tesis citada, las autoridades encargadas de la impartición de justicia deben resolver las controversias dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes. La Primera Sala de la SCJN ha establecido que conforme a la reserva de ley del artículo 17 de la Constitución, sólo el legislador puede establecer los plazos y los términos razonables para el ejercicio de los derechos de acción y defensa.²⁷ Sin embargo, el Pleno de la SCJN ha precisado que si bien dicha disposición deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales debe administrarse justicia, "en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan", cuando ello tenga sustento en los principios o derechos consagrados en la Constitución.²⁸

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 8.1 de la CADH hace referencia al concepto de "plazo razonable" como parámetro para verificar el cumplimiento de la obligación de los Estados de resolver cualquier controversia relativa a la

²⁵ Cfr. Tesis 2a. L/2002, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2002, p. 299.

²⁶ Caballero, José Antonio, "Artículo 17", en Cámara de Diputados, *et. al.*, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 7a. ed., tomo XVI, México, Cámara de Diputados, 2006, p. 622.

²⁷ Tesis 1a. LV/2004, ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, Mayo de 2004, p. 511. Registro IUS 181 626.

²⁸ Cfr. Tesis: P/J. 113/2001, *supra*. nota 13.

determinación de los derechos humanos u obligaciones de las personas dentro de un límite temporal que, dependiendo de las circunstancias particulares del caso, sea prudente o justificado. Este artículo contiene una cláusula general ya que es aplicable, además del ámbito penal, a la determinación de derechos u obligaciones en el "orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar que también el artículo 7.5 de la CADH, relativo al derecho a la libertad personal, hace referencia a la aplicación del concepto de "plazo razonable", pero delimitado a una situación particular. De conformidad con esta disposición "(t)oda persona detenida o retenida debe ser 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, sin perjuicio de que continúe el proceso...". La CADH también contiene otro parámetro temporal en el artículo 25.1, correspondiente al derecho a la "protección judicial". Como señalamos anteriormente, esta disposición indica que "(t)oda 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". Por lo tanto, tal artículo se refiere específicamente a recursos o procesos que sirvan para la tutela de estos derechos. Por ejemplo, en el ámbito mexicano, este recurso podría identificarse con el amparo.²⁹ El artículo 25.1 de la CADH no hace referencia al "plazo razonable", sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte IDH se desprende que este estándar también es utilizado al estudiar el ámbito de cumplimiento de este derecho, pues en el análisis de la efectividad y rapidez del recurso previsto por esa disposición es aplicable lo dispuesto por el artículo 8.1 de la CADH.³⁰ La Corte IDH ha estimado que se produce una violación al artículo 25.1 de la CADH cuando el recurso fue presentado en tiempo y forma y, no obstante, no fue sustanciado con la celeridad requerida para atender las violaciones a derechos humanos alegadas.³¹ En casos así, los recursos de amparo son "ilusorios e inefectivos".³²

Sobre la relación entre el concepto de "plazo razonable" y el derecho al acceso a la justicia, la Corte IDH ha establecido que este derecho supone que la solución de la controversia se

²⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001, pp. 498 y 499.

³⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 77.

³¹ Cfr. Corte IDH *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 156.

³² Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 24, párr. 93.

produzca en tiempo razonable, valga la redundancia, pues una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales³³ y, por lo tanto, del artículo 8.1 de la CADH.

Sin embargo, la Corte IDH ha resaltado que no es fácil conceptualizar lo que se considera como "plazo razonable". Por ello, para establecer un período que se considere prudente, o que no constituya la prolongación indebida de un proceso o procedimiento, ha establecido que es necesario examinar las características particulares de cada caso. Siguiendo los criterios formulados por la Corte Europea de Derechos humanos, la Corte IDH en numerosos casos ha señalado que para determinar la razonabilidad del plazo deben tomarse en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y, c) la conducta de las autoridades judiciales.³⁴ En el año 2008 la Corte IDH agregó un cuarto criterio relativo a la "afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia".³⁵ De esta forma, si el transcurso del tiempo afecta negativamente a la persona que se encuentra sujeta a una investigación o a un proceso, particularmente, penal, es necesario que las autoridades actúen con mayor diligencia y prontitud para que el asunto se resuelva en un tiempo breve.³⁶ Como regla general, la razonabilidad del plazo comprende "la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva", lo cual incluye recursos de instancia que se presenten eventualmente.³⁷

El derecho al plazo razonable de duración de un proceso tiene un significado particular en materia penal pues, de conformidad con el artículo 7.5 de la CADH, en caso de demora el inculpado que se encuentre detenido tiene derecho a que se decrete su libertad, sin perjuicio de que la investigación o proceso continúe. Para la Corte IDH, el derecho a ser juzgado en

³³ Por ejemplo, *cfr.* Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 73; Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 148, Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145.

³⁴ El primer caso en el cual la Corte Interamericana realizó el análisis del plazo razonable de conformidad con estos tres criterios fue: Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 77.

³⁵ La primera vez que la Corte Interamericana planteó este criterio fue en: Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155.

³⁶ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 70. Este caso es paradigmático, ya que el señor Juan Carlos Bayarri estuvo en prisión preventiva aproximadamente 13 años, tiempo durante el cual se le siguió un proceso penal en el que, posteriormente, fue absuelto.

³⁷ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 168; *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 104.

un plazo razonable "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente".³⁸ En esta materia, el plazo empieza en la fecha de aprehensión del individuo, en su caso. Si la persona no se encuentra privada de la libertad, el plazo se cuenta a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.³⁹

El análisis que realiza la Corte IDH sobre el plazo razonable en ocasiones también tiene como punto de partida lo dispuesto por la legislación interna aplicable. Así, por ejemplo, si ésta dispone plazos máximos para la conclusión de determinados actos procesales y, no obstante, no han sido cumplidos, se configurará una violación del derecho al acceso a la justicia pues, en principio, tales plazos se presumen "razonables". Ello tiene como fundamento el hecho de que si el legislador establece determinado plazo, "es de esperarse que las autoridades internas (lo) cumplan".⁴⁰ Sin embargo, aún y cuando la ley disponga ciertos plazos, las autoridades del Estado no pueden dejar de cumplir con el estándar del plazo razonable que se desprende del artículo 8.1 de la CADH. La Corte IDH se pronunció sobre un caso en el cual, a pesar de que el proceso penal se llevó a cabo conforme a la legislación interna, incluyendo plazos, declaró la violación del artículo 8.1 de la CADH, entre otros, porque el Estado no cumplió con la garantía de razonabilidad del plazo al juzgar a la víctima,⁴¹ de acuerdo a los estándares analizados usualmente por la Corte IDH.

2. Justicia completa

De manera amplia, el derecho a la justicia completa requiere el establecimiento de tribunales que sean capaces de resolver todos los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción.⁴² En un sentido más estricto, la tesis aislada 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la SCJN indica que la autoridad que conoce del asunto debe emitir su "pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario". La justicia completa también implica que se garantice a la persona una resolución en la que, aplicando la ley, se decida si le asiste la razón sobre los derechos que reclama.⁴³ Por lo tanto, este punto se encuentra re-

³⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, *supra*. nota 33.

³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*, *supra*. nota 33, párr. 70; y Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*, *supra*. nota 37, párr. 168.

⁴⁰ *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, *supra*. nota 31.

⁴¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 147, 148 y 151.

⁴² Cfr. Caballero, José Antonio, *op. cit.* nota 26, p. 636.

⁴³ Cfr. tesis aislada 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la Suprema Corte, *supra*. nota 25.

lacionado con los principios de congruencia y exhaustividad.⁴⁴ Sin embargo, de forma más reciente, la Primera Sala de la SCJN precisó que este principio no significa que los jueces deban pronunciarse sobre la totalidad de los alegatos presentados sino sólo sobre los que sean necesarios para emitir el fallo, de tal forma que los aspectos debatidos se resuelvan en su integridad.⁴⁵

No existe un pronunciamiento expreso de la Corte IDH sobre lo que se considera como el principio de "justicia completa" en el sentido que hemos señalado párrafos atrás. Lo que podemos mencionar es que al interpretar el contenido del artículo 25 de la CADH, la Corte IDH ha establecido que la obligación de los Estados conforme a la cual deben proporcionar un recurso judicial no se reduce a la sola existencia de tribunales, al mero diseño de procedimientos formales o a la simple posibilidad de recurrir a los tribunales. Conforme a dicha obligación, los Estados también tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los recursos judiciales son "verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación".⁴⁶ Si bien este criterio se encuentra más orientado hacia el tema de la "efectividad de los recursos", puede dar lugar a que se estudie si el juzgador atendió los alegatos presentados para dar una respuesta "efectiva". Dejando de lado lo anterior, debemos precisar que el principio de justicia completa podría ser problemático frente a la Corte IDH pues podría dar lugar a que dicha Corte actúe como una "cuarta instancia", de revisión de lo actuado por el juzgador nacional, lo cual no cumple con el mandato que le asigna la CADH.

3. Justicia imparcial

El juzgador debe emitir una resolución apegada a derecho de forma que "no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido". Esta descripción de lo que implica la imparcialidad, que se desprende de la tesis aislada 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la SCJN,⁴⁷ ha sido desarrollada de forma más clara por la Primera Sala recientemente. En la tesis jurisprudencial 1a./J. 1/2012 (9a.) se hizo una distinción entre la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva del principio de imparcial-

⁴⁴ Al respecto, cfr. Tesis: 1a. X/2000, "SENTENCIAS DE AMPARO, PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Agosto de 2000, p. 191. Registro IUS: 191 458.

⁴⁵ Cfr. Tesis 1a. CVIII/2007, "GARANTÍA A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA COMPLETA TUTELADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, p. 793, Registro IUS 172 517.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 177.

⁴⁷ Cfr. Tesis aislada 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la Suprema Corte, *supra*. nota 25.

lidad. La primera se refiere a las condiciones personales del juez que pudieran constituir un impedimento para que conozca de un asunto. Por otro lado, la dimensión objetiva se asocia con los presupuestos normativos que debe aplicar el juzgador para resolver un caso en un sentido determinado.⁴⁸ Sin embargo, en este punto, es importante señalar que de acuerdo a la interpretación de la SCJN, la imparcialidad del juez no constituye un derecho a favor de las personas, es decir, "no opera entre las partes en litigio, sino que consiste en una de las características insoslayables que debe revestir a los juzgadores en el ejercicio de su función jurisdiccional, la cual se traduce 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".⁴⁹ Es decir, la imparcialidad, al igual que la independencia y la competencia del juez, son principios aplicables al órgano jurisdiccional encargado de decidir el conflicto o controversia que se somete a su conocimiento.⁵⁰

Al analizar la imparcialidad de los jueces o tribunales, la Corte IDH ha aplicado el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos para distinguir entre un aspecto subjetivo o personal y un aspecto objetivo de la imparcialidad. Conforme al primero, el juez o tribunal debe carecer de prejuicio personal al emitir una decisión. Este aspecto de la imparcialidad se presume por lo que, en caso de ser cuestionado, debe presentarse prueba en contrario mediante la cual se demuestre que el juez tiene prejuicios de índole personal o actúa de forma parcial contra alguna de las partes.⁵¹ En este sentido, el aspecto subjetivo de la imparcialidad de aproxima sensiblemente a la dimensión subjetiva referida por la Primera Sala de la SCJN. Por otro lado, el juez debe ofrecer "garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia

⁴⁸ Cfr. Tesis 1a./J. 1/2012 (9a.), "IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, p. 460, Registro IUS 160 309.

⁴⁹ Tesis 1a. XLIII/2004, "COSTAS. EL ARTÍCULO 140, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE SU CONDENA, TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, Abril de 2004, p. 413, Registro IUS: 185 755. En el mismo sentido, cfr. Tesis 1a. XXIII/2002, "COSTAS. EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, QUE ESTABLECE SU CONDENA, TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Abril de 2002, Novena Época, p. 461, REGISTRO IUS: 187 261.

⁵⁰ Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos, *Los derechos humanos de los mexicanos*, 3a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 28. Héctor Fix-Zamudio hace una distinción entre las "garantías judiciales", cuyo contenido se refiere a las condiciones necesarias para asegurar la independencia e imparcialidad del juzgador (inamovilidad, carrera judicial, remuneración, autoridad), y los derechos fundamentales de los justiciables (que pueden comprenderse dentro del concepto de "debido proceso legal"). Cfr. Fix Zamudio-Héctor, "Función del poder judicial en los sistema jurídicos judiciales", en *Función del poder judicial en los sistema jurídicos judiciales*, México, UNAM, 1977, pp. 108 y 109.

⁵¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 169; Corte IDH *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, *supra*. nota 31, párr. 56; Corte IDH. *Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 189.

de imparcialidad".⁵² En este caso, se requiere prueba específica y concreta que muestre que el juez actuó con estricto apego a la ley, de manera que genere la convicción de que no estuvo sujeto a ningún tipo de influencia, presión o amenaza, directa o indirecta.⁵³ Por ello, para la Corte IDH el aspecto objetivo de la imparcialidad es necesario para crear o inspirar la confianza en el juez por las partes y la sociedad por lo que, en ese sentido, la imparcialidad está relacionada con la apreciación de la justicia que se imparte.⁵⁴

Sin embargo, debemos resaltar dos aspectos que difieren del criterio de la SCJN. Para la Corte IDH, el "derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso".⁵⁵ De lo anterior se desprende, en primer lugar, que la imparcialidad del juez es un derecho de la persona, de conformidad con el artículo 8.1 de la CADH y, en segundo lugar, que es una garantía del debido proceso. Esta última podría ser una precisión irrelevante, sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte IDH no se desprende que el análisis de la imparcialidad del juzgador se realice dentro del denominado derecho "al acceso a la justicia". Como hemos aclarado anteriormente, tanto el "debido proceso" como el "acceso a la justicia", además de la "efectividad" o "ejecución" de las decisiones, son aspectos diferentes que, en su conjunto, conforman la "tutela jurisdiccional". Determinar si la imparcialidad del juez forma parte del debido proceso o si es un aspecto del acceso a la justicia podría llevar a una discusión que superaría el espacio provisto para este comentario. No obstante, podemos afirmar que existe una línea tenue entre ambos conceptos y que, inclusive, existen puntos de coincidencia:

El debido proceso "presupone el acceso a la justicia (...) pero involucra además una serie de derechos sustantivos, formales y cualitativos que tienen lugar no únicamente en el ámbito de la impartición de justicia penal sino en todas las áreas del ordenamiento. A su vez, el debido proceso es condición para un efectivo acceso material a la justicia, esto es, no sólo como la posibilidad de acceder formalmente a órganos estatales, sean o no materialmente jurisdiccionales, para hacer valer todo tipo de derechos, sino para obtener una decisión razonada y, de

⁵² Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, *supra*. nota 31, párr. 56.

⁵³ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, *supra*. nota 31, párr. 56; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *supra*. nota 51, párr. 190.

⁵⁴ *Cfr.* Corte IDH *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párrs. 77, 84 y 85.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 117; y, Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 77.

ser el aso, favorable a la pretensión hecha valer y que tal determinación sea efectivamente aplicada.⁵⁶

4. Justicia gratuita

Los órganos encargados de la impartición de justicia, así como los servidores públicos que tienen dicha función, no pueden cobrar a las partes emolumentos por la prestación de ese servicio.⁵⁷ Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es el cobro de costas judiciales, es decir, el pago de cantidad alguna de dinero a quienes intervienen en la administración de justicia.⁵⁸ De lo anterior se desprende que la Constitución establece una prohibición absoluta en este sentido.

Al respecto, es necesario resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la gratuidad de la justicia o a la prohibición del cobro de costas judiciales como parte del derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, existe un pronunciamiento de la Corte IDH sobre este tema. En el caso *Cantos Vs. Argentina* la Corte IDH analizó si el tres por ciento del valor total de la *litis* que el demandante debía pagar por concepto de tasa judicial, de conformidad con la legislación interna, era violatorio del artículo 8.1 de la CADH. La Corte analizó las circunstancias particulares de los hechos alegados y estableció que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto, la satisfacción de este derecho no implica nada más que se pronuncie una decisión definitiva, sino que las personas deben poder recurrir a los tribunales sin temor de tener que pagar sumas desproporcionadas o excesivas por ello.⁵⁹ La Corte IDH tomó en cuenta que se trataba de una tasa fija que si bien era proporcional al monto de la demanda, la legislación no establecía topes máximos, además de que en caso de que no se cubriera la tasa judicial las autoridades podían recurrir, incluso, al embargo de bienes de los demandantes. Visto de esa manera, la Corte IDH consideró que la cantidad que debía pagar el señor Carlos por concepto de tasa judicial, aunado a una cantidad fijada por el juez por concepto de honorarios a favor de sus abogados, era una suma desmedida y excesiva que impedía el acceso a la justicia.⁶⁰ De lo anterior se concluye que el cobro de costas judiciales no está prohibido por la CADH. Sin embargo, en caso de que proceda conforme a la legislación interna, el monto correspondiente debe ser fijado de conformidad con parámetros razonables que no constituyan obstáculos para el acceso a la justicia.

⁵⁶ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.* nota 19, p. 45.

⁵⁷ Cfr. Tesis 2a. L/2002 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *supra* nota 25.

⁵⁸ Cfr. Tesis P/J. 72/99, "COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Agosto de 1999, p. 19, Registro IUS 193 559.

⁵⁹ Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina*, *supra*. nota 21, párrs. 54 y 55.

⁶⁰ *Ibidem*, párrs. 54, 55, 60 y 62.

1. Criterios Nacionales

- Amparo Directo en Revisión 1670/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Sentencia de 10 de marzo de 2004, tomo XXV, Abril de 2007. Disponible: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=61882>> (5 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 522/2007, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, Noviembre de 2007, p. 234. Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/Documentos/Ejecutorias/20526.pdf>> (5 de julio de 2013).
- Tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007, "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. 9a. Época, 1a. Sala, S.J.F. y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, p. 124, Registro IUS 172 759.
- Tesis V.1o.C.T.58 K. "TUTELA JURISDICCIONAL O DE ACCESO A LA JUSTICIA. DICHA GARANTÍA CONTIENE LA SUBGARANTÍA DE 'EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES' O DE 'JUSTICIA CUMPLIDA', QUE OTORGA A LOS GOBERNADOS EL DERECHO DE QUE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE CUMPLAN CABALMENTE" (cursivas agregadas). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo, XXVIII, Octubre de 2008, p. 2460, Registro IUS 168 527.
- Tesis P./J. 113/2001, "JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 5. Registro IUS 188 804.
- Contradicción de Tesis 35/2000-PL, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito. *Semanario Judicial de la Federación y su*

Gaceta, Novena Época. Sentencia de 10 de septiembre de 2001, México, tomo XIV, Octubre de 2001, p. 449. Disponible <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=29123>> (5 de julio de 2013)

- Tesis: 2a./J. 192/2007, "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Octubre de 2007, p. 209, Registro IUS 171 257.
- Tesis: P. LXIII/2010, "DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 25, Registro IUS 163 168.
- Tesis 2a. CV/2007 "DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8o., NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Agosto de 2007, p. 635, Registro IUS 171 789.
- Tesis 2a. L/2002, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN AQUEL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo 2002, p. 299.
- Tesis 1a. LV/2004, ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, Mayo de 2004, p. 511. Registro IUS 181 626.
- Tesis: 1a. X/2000, "SENTENCIAS DE AMPARO, PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN LAS". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Agosto de 2000, p. 191. Registro IUS: 191 458.

- Tesis 1a. CVIII/2007, "GARANTÍA A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA COMPLETA TUTELADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, p. 793, Registro IUS 172 517.
- Tesis 1a./J. 1/2012 (9a.), "IMPARCIALIDAD. CONTENIDO DEL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, p. 460, Registro IUS 160 309.
- Tesis 1a. XLIII/2004, "COSTAS. EL ARTÍCULO 140, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE SU CONDENA, TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIX, Abril de 2004, p. 413, Registro IUS: 185 755.
- Tesis 1a. XXIII/2002, "COSTAS. EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, QUE ESTABLECE SU CONDENA, TRATÁNDOSE DE SENTENCIAS CONFORMES DE TODA CONFORMIDAD, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Abril de 2002, Novena Época, p. 461, REGISTRO IUS: 187 261.
- Tesis P./J. 72/99, "COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL" *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Agosto de 1999, p. 19, Registro IUS 193 559.

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.
- Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

- Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.
- Corte IDH. *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 183.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.
- Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

- Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

Medios alternos de solución de conflictos

Ma. Guadalupe MARQUEZ ALGARA*
José Carlos DE VILLA CORTÉS**

* Licenciada, Maestra y Doctora en Derecho por la UNAM. Actualmente se desempeña como Profesora Investigadora en el Depto. de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

** Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM. Actualmente cursa el Doctorado en Ciencias Sociales y Humanidades en la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

SUMARIO: I. *Los medios alternos de solución de conflictos.* II. *El uso de los MARC en México.* III. *Hacia una nueva era en la justicia alternativa.* IV. *La reforma constitucional de junio de 2008.* V. *Análisis del Sistema de Justicia Alternativa en los Entidades Federativas.* VI. *Las Constituciones Estatales.* VII. *Leyes Orgánicas de los Poderes Judiciales.* VIII. *Legislación especial estatal.* IX. *Exclusividad profesional.* X. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Medios alternos de solución de conflictos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Tratado de Libre Comercio de América del Norte; mediación; conciliación; arbitraje; justicia alternativa; Poder Judicial.

I. Los medios alternos de solución de conflictos

Los medios alternos de solución de conflictos (en adelante MARC) son procedimientos diferentes a los jurisdiccionales que tienen como objetivo resolver conflictos suscitados entre partes con un problema de intereses. Dentro de los MARC se encuentran la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Una definición legal de la mediación se encuentra en el artículo 6 de la Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes, la cual la define como "el procedimiento voluntario mediante el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo, con la intervención de un tercero imparcial llamado mediador, cuya participación se concreta a facilitar la comunicación entre aquellos".¹

Por su parte, el artículo 7 del mismo ordenamiento define a la conciliación como "el procedimiento voluntario en el cual un tercero llamado conciliador, sugiere a las partes soluciones a sus conflictos".²

¹ *Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes.* Ley publicada en la Primera Sección del Periódico Oficial del Estado de Aguascalientes, el lunes 27 de diciembre de 2004. Última reforma publicada en el Periódico Oficial el 27 de octubre de 2008.

² *Idem.*

Mientras que el arbitraje es "el sistema alternativo al judicial, fundamentado en la autonomía de voluntad de las partes legitimadas que deciden a través de un convenio entre ellas, someter sus diferencias sobre un derecho de su libre disposición actual o de futuro determinable al juicio de una tercera persona (física o jurídica) imparcial y especializada, quien conforme a un procedimiento apegado a derecho o bien actuando con base en equidad decidirá el conflicto. Tal decisión (laudo) produce los mismos efectos que una sentencia judicial".³

En los tres procedimientos interviene un tercero: mediador, conciliador o árbitro, según sea el caso. Sin embargo, la mediación y la conciliación son medios autocompositivos de resolución de conflictos, mientras que el arbitraje es heterocompositivo. La mediación y la conciliación son autocompositivas porque si bien interviene un tercero, éste no tiene ningún poder de decisión sobre las partes, las cuales son las únicas que tienen la facultad de decidir si llegan o no a un acuerdo de voluntades que ponga fin a su conflicto de intereses; "[...] la mediación y la conciliación son mecanismos autocompositivos".⁴

La gran diferencia entre estos dos mecanismos radica en los límites de la intervención del tercero ajeno al conflicto, ya que mientras el mediador únicamente puede ayudar a facilitar la comunicación entre las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin a su conflicto de intereses, el conciliador, además, puede proponer posibles soluciones al conflicto.

Por su parte, el arbitraje es heterocompositivo, ya que las partes se tienen que someter a la decisión del árbitro. Los MARC permiten tener mayores opciones de acceso a la administración e impartición de justicia. Pero debe quedar muy claro que estos medios alternos no buscan de ninguna manera sustituir la actuación de los tribunales, sino tan sólo dar diferentes alternativas a los ciudadanos para que éstos elijan la que consideren más pertinente.

II. El uso de los MARC en México

Si bien los MARC tienen ya bastante tiempo de existir, lo que ha cambiado radicalmente es la forma en que se han desarrollado últimamente, como se verá más adelante.

³ Morán Navarro, Sergio Arnoldo, Cervantes Bravo, Irina Graciela y Peña García, Juan Silvestre (coord.), *Justicia Alternativa en México. Mediación, conciliación y arbitraje. Un estudio referido al sistema jurídico mexicano*, México, Universidad Autónoma de Nayarit, 2009, p. 124.

⁴ Azar Mansur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 9.

En México, desde hace mucho tiempo en diversos procesos judiciales se encuentra regulada la audiencia de conciliación como una etapa dentro de un juicio, en la cual se busca que las partes lleguen a una solución conjunta que ponga fin al mismo. Aunque algunos asuntos se llegan a solucionar por esa vía, la conciliación, en esos casos, forma parte del juicio, no es un procedimiento independiente, por lo que muchas veces la audiencia de conciliación es vista sólo como un trámite por el que hay que transitar para poder seguir con el juicio.

Pero desde hace algunos años es posible acceder a procedimientos de mediación y conciliación de manera muy diferente, a través de instituciones pertenecientes a los poderes judiciales locales en donde únicamente se desarrollan procedimientos de justicia alternativa, en los que se dedica a cada uno de éstos una gran cantidad de horas y sesiones. Sobre este tema se abundará en el siguiente apartado. Por su parte, el arbitraje puede ser utilizado de común acuerdo entre las partes en diversas ramas del derecho.

El uso de los MARC también ha sido previsto en el derecho internacional, tanto público como privado. Por ejemplo, en el artículo 2007 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá se prevé que los posibles conflictos que se susciten pueden ser resueltos a través de procedimientos como la mediación y la conciliación.⁵

Pero a pesar de que la justicia alternativa ya es utilizada desde hace varios años, lo cierto es que entre los conflictos entre particulares, la mediación y la conciliación no tenían una trascendencia de vital importancia dentro de la administración e impartición de justicia.

Sin embargo, a partir de 1997 ha comenzado a cambiar esa situación, ya que la justicia alternativa poco a poco ha ido permeando dentro del sistema jurídico mexicano, alcanzando un papel muy importante, tanto que ha dado pauta a una reforma constitucional.

III. Hacia una nueva era en la justicia alternativa

En México, desde 1997 se ha dado una nueva etapa en la justicia alternativa, en especial con lo que se refiere a la mediación y la conciliación. El movimiento se inicia con la reforma a la Constitución Local del Estado de Quintana Roo y la expedición de Ley de Justicia Alternativa

⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Firmado en Ottawa el 11 y 17 de diciembre de 1992, en Ciudad de México, D.F. el 4 y 17 de diciembre de 1992 y en Washington, D.C. 8 y 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

en ese estado (14 de agosto de 1997), el cual es pionero en la materia. En Quintana Roo se elaboró el diseño de un ambicioso proyecto denominado "Justicia Alternativa", que buscó materializar la igualdad jurídica prevista en su carta fundamental para llevar a todos los ciudadanos la garantía de la administración de justicia, estableciendo medios alternos a los preestablecidos y vigentes en su sistema jurídico. La intención de ese programa fue facilitar a los sectores marginados que por situaciones de orden económico, cultural, social o jurídico, sentían lesionado su derecho a recibir justicia, a tener la posibilidad de resolver sus controversias a través de los medios alternativos como el arbitraje, la conciliación y la mediación.⁶

A partir de ese año, los poderes judiciales de algunos estados, así como algunas instituciones de educación superior, como la Universidad de Sonora, la Universidad Autónoma de Aguascalientes, el Centro de Investigación y Docencia Económicas, entre otras, además de barras y colegios de abogados, notarios, así como organizaciones de la sociedad civil, comenzaron con la difícil labor de difundir, promover, convencer y capacitar a un gran número de profesionales con la esperanza de que el empleo de los medios alternos, mejorara la administración de justicia y promoviera la cultura de la paz social.

Por ejemplo, del 7 al 10 de Noviembre del 2001, se efectuó en la ciudad de Hermosillo, Sonora el Primer Congreso Nacional de Mediación, cuyas ediciones se han venido desarrollando cada año en diferentes ciudades y cuyas propuestas han generado sin duda muchos de los cambios entre los que encuentran la incorporación de los MARC a la Constitución Federal en junio del 2008.

El fenómeno de la incorporación de los MARC en México es relativamente nuevo. Hace unos cuantos años la mediación era un tema casi desconocido tanto para los justiciables, como para las autoridades judiciales. Los ataques a quienes promovían la mediación tanto fuera como dentro de los poderes judiciales eran constantes, calificando de "soñadora" (por decirlo suavemente) la postura de la implementación de la mediación como un instrumento de paz.

Así, con cierto estupor, se quedaron hace años en Hermosillo algunos asistentes al primer Congreso Nacional de Mediación, e incrédulos pensaron que la mediación sólo quedaría en el discurso, como una institución como tantas ubicada en el baúl de las "buenas intenciones".

⁶ Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Mediación y Administración de Justicia*, 1a. edición, México. Comisión Nacional de Tribunales-Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004, p. 165.

El tiempo ha demostrado que la mediación ha ido consolidándose, en proyectos sin duda exitosos, porque el equipo de promotores de la paz sigue creciendo a lo largo y ancho del país, con la convicción de que la mediación es una nueva profesión basada en la vocación de servicio hacia el prójimo y de que es un instrumento de paz.

Retornando al año de 1997, Quintana Roo creó el Centro de Asistencia Jurídica de Quintana Roo, institución en la cual se podían celebrar procedimientos de justicia alternativa, tales como la mediación y la conciliación. Pero estos procedimientos ya no dependían de que existiera previamente un juicio como en el caso de la tradicional audiencia de conciliación en un proceso judicial, ahora eran procedimientos completamente independientes, llevados a cabo en una sede perteneciente al poder judicial local en donde exclusivamente se practicaba la justicia alternativa.

Posteriormente, poco a poco la nueva era de los MARC comenzó a extenderse por todo el país. En 1999 Querétaro se unió al movimiento, en 2001 lo hizo Baja California Sur, etcétera. Para inicios de 2008 la mayoría de las entidades federativas contaba ya con su respectiva ley de justicia alternativa y había inaugurado su propio centro de justicia alternativa, que en algunos casos como el de Guanajuato contaba con varias sedes en diferentes municipios. Además, a cada uno de los procedimientos se le podía destinar gran cantidad de horas y sesiones, en un ambiente relajado.

Sin embargo, el desarrollo de los MARC ha sido un fenómeno singular, ya que cada estado ha concebido y desarrollado su propio proyecto, con sus propias y especiales características, lo que ha originado que los resultados sean muy diversos entre unos y otros estados.

IV. La reforma constitucional de junio de 2008

La incorporación de la mediación en sede judicial resulta particularmente interesante en un país como en México, en donde generalmente se conciben y promueven los cambios a las instituciones a raíz de propuestas centrales que son reproducidas en mayor o menor medida por las entidades federativas. Éste es un fenómeno que nace en la periferia para incidir después en posteriores modificaciones a la Constitución Federal.

El 18 de junio de 2008 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación varias reformas hechas a la Constitución. Entre ellas, se reformó el artículo 17. En la reforma a dicho artículo se estableció que "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".⁷

Por su parte, el artículo 2 transitorio señaló en su primer párrafo que "el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos, tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto".⁸

De tal forma, el ofrecer servicios de justicia alternativa, entre ellos la mediación, se convirtió en una obligación constitucional para todas las entidades federativas del país, aunque con un plazo de ocho años contados a partir del día siguiente de la publicación de la reforma para las entidades federativas en donde todavía no se habían implementado los MARC.

La obligación constitucional de ofrecer mecanismos de justicia alternativa es muy benéfica, pero el hecho de que ocurriera once años después de que iniciara en Quintana Roo también contribuyó a que la justicia alternativa se haya desarrollado de manera desigual por el territorio nacional. Pero por otro lado, con la reforma la mayor parte de los estados en donde todavía no se ofrecían los MARC comenzaron a hacerlo al poco tiempo, a tal grado que actualmente sólo los estados de Guerrero, y Sinaloa no cuentan con centros de justicia alternativa.

V. Análisis del Sistema de Justicia Alternativa en los Entidades Federativas

Como hemos señalado, poco a poco las entidades federativas se fueron incorporando al movimiento de los MARC, pero el desarrollo que se ha tenido en cada entidad federativa puede llegar a ser muy variable con lo hecho por otras entidades federativas. En muchos estados se ha creado un centro de justicia alternativa o centro de mediación y conciliación (la denominación puede variar, dependiendo de cada estado), en donde se ofrecen los MARC, que normalmente tratan exclusivamente de procedimientos de mediación y conciliación, aunque hay algunos estados que también hacen referencia a otros mecanismos alternativos como la negociación o el procedimiento restaurativo, por ejemplo, lo que también marca una diferencia importante entre unos y otros estados. Estos centros de justicia

⁷ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008.

⁸ *Idem*.

alternativa comúnmente tienen una sede, que se encuentra ubicada en la ciudad capital de cada estado.

Sin embargo, en algunas entidades federativas como Guanajuato, quien por cierto es uno de los estados con proyectos de MARC más ambiciosos, se han creado sedes en varios municipios del estado. El Centro Estatal de Justicia Alternativa cuenta con ocho sedes, ubicadas en León, Celaya, Salamanca, Irapuato, Guanajuato, San Francisco del Rincón, San Miguel Allende y Acámbaro, además de una unidad móvil que recorre aquellos municipios en donde no hay una sede del Centro.

Así también, en la mayoría de las entidades federativas se cuenta con un centro de justicia alternativa en el que se pueden tramitar asuntos civiles, mercantiles familiares y penales. Sin embargo, en algunos estados del país como Chihuahua y Durango, además de haberse legislado una ley sobre justicia alternativa, se ha legislado también una ley sobre justicia alternativa pero exclusivamente para la materia penal (la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua y la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua en el primer caso y la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango y la Ley de Justicia Penal Restaurativa del Estado de Durango en el segundo caso). De la misma manera, en esos casos existe una institución para la materia penal y otra para las demás materias.

Los MARC en materia penal tienen una gran importancia, ya que éstos permiten y facilitan el tránsito que se está viviendo, en el cual se busca pasar del paradigma de la justicia retributiva al paradigma de la justicia restaurativa. Es decir, hay un tránsito consistente en que se pase de que el derecho penal se concentre en sancionar y castigar en ciertos delitos (justicia retributiva), a que se concentre en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delinquentes (justicia restaurativa). La mediación y la conciliación en materia penal son idóneas para ello.

VI. Las Constituciones Estatales

Algunas entidades federativas han incorporado a sus respectivas Constituciones los medios alternos. Su regulación es muy diversa, algunas veces sólo hacen una breve referencia a ellos, en otros casos, su incorporación se encuentra mejor fundamentada, como se verá a continuación. Baja California, en su artículo 7 hace referencia al derecho a acceder a los medios alternativos. (P. O. 2 de febrero del 2007); Campeche, en su artículo 77, se refiere a los juzgados de conciliación, Coahuila regula en el Artículo 154 fracción IV al sistema de justicia alternativa, a través de la mediación, conciliación, arbitraje o cualquier otro medio de solución alterno para resolver las controversias entre particulares. (Reformado, P. O. 21 de junio de 2005).

La constitución de Colima en su Artículo 1 refiere el derecho de todas las personas a resolver sus controversias de carácter jurídico a través de la justicia alternativa, mediante procedimientos no jurisdiccionales. (Reformado, P.O. 25 de abril de 2000). En Durango se establece en el artículo 6 que los particulares podrán acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos que prevea la ley respectiva para resolver sus controversias de común acuerdo y de forma pacífica sin necesidad de recurrir al proceso judicial. Estableciendo en el numeral 90, que será el Poder Judicial del Estado, quién se encargará de la instrumentación de los medios alternativos de resolución de conflictos, en los términos de la ley respectiva.

Guanajuato también contempla en su Constitución la regulación de la mediación y la conciliación (artículo 3) como medios alternativos para la resolución de las controversias entre los particulares, respecto a derechos de los cuales tengan libre disposición. Establece que la mediación y la conciliación se regirán bajo los principios de equidad, imparcialidad, rapidez, profesionalismo y confidencialidad. El Poder Judicial contará con un órgano de mediación y conciliación el cual actuará en forma gratuita y a petición de parte interesada. Dicho órgano tendrá la organización, atribuciones y funcionamiento que prevea la Ley. (Párrafos adicionales, P.O. 15 de abril de 2003). Hidalgo regula en su artículo 9 párrafo tercero al sistema de Justicia Alternativa, cuyo servicio también será gratuito. (P.O. 13 de abril del 2007)

Mientras que en Nayarit, el 15 de diciembre de 2009 fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, dentro de las cuales se estipuló dentro del artículo 81, que la ley establecerá los términos y condiciones para la solución de conflictos mediante procedimientos alternativos de justicia y juicios orales.

La Constitución de Nuevo León en su artículo 16, contempla el derecho que tiene toda persona en el Estado de resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley. En Oaxaca, el artículo 11 señala que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial sin perjuicio de los centros de mediación y justicia alternativa que puedan crearse por las autoridades. El servicio tanto de los tribunales como de los centros de mediación o justicia alternativa mencionados, será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas por esos servicios. (Reformado P.O 24 de agosto de 2002)

En la actualidad, Querétaro no contempla los medios alternos en su Constitución Estatal. Sin embargo, es importante puntualizar en este apartado que Querétaro fue uno de los estados en los que se dio la inclusión en su Constitución en el año 2005, haciendo referencia al Centro

de mediación en sus artículos 63 y 64. No obstante lo anterior, la Constitución Política fue reformada casi en su totalidad, de tal forma que la Constitución vigente ya no contempla los medios alternos de solución de conflictos, ya que como se señala en su exposición de motivos, la nueva Constitución se redujo de 105 a 40 artículos, atendiendo a criterios de técnica constitucional moderna, en el sentido de que la norma fundamental debía ser general, abstracta, flexible y evitar el uso de una excesiva reglamentación y especificidad en los preceptos de superior jerarquía, que en cambio debían desarrollarse a través de la legislación ordinaria.

Quintana Roo regula en el artículo 7 el derecho de los habitantes del estado a resolver sus controversias de carácter jurídico mediante la conciliación, la que podrá tener lugar antes de iniciarse un juicio o durante su tramitación. Cuando los interesados así lo determinen, habrá lugar a la conciliación en la fase de ejecución. (Adicionado, P.O. 30 de abril de 1997). En su artículo 97 establece que será obligación del Tribunal Superior de Justicia del Estado, el proporcionar a los particulares, los medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas. (Reformado P.O. 24 de octubre de 2003).

El Estado de Tamaulipas, contempla como atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia, en su artículo 114, fracción XXXII, el promover y aplicar la mediación entre partes, en las diversas materias de su competencia. También establece como atribuciones del Ministerio Público (artículo 124) el promover la mediación, la conciliación y demás formas alternativas de justicia entre las partes en los delitos en que proceda conforme a la ley, así como la justicia restaurativa en los Sistemas Penal y de Justicia para Adolescentes (Reformas publicadas en el P. O No LIX-579 de fecha 12 de septiembre de 2006).

VII. Leyes Orgánicas de los Poderes Judiciales

El diseño institucional como el conjunto de facultades asentadas en la ley, que determinan el alcance o los límites de la estructura de los Poderes Judiciales, queda estructurado en la Ley Orgánica, misma que define el perfil de cada institución, bajo el modelo de administración de justicia creado por cada entidad federativa.⁹

⁹ Márquez Algara, Ma. Guadalupe. *Evolución del Conflicto en Aguascalientes*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2007, pág. 255 y sig.

El conjunto de factores estructurales establecidos en la ley orgánica o en la constitución abarca el tamaño de las instituciones, pero también la facultad para crear nuevas jurisdicciones, para fijar o modificar la competencia, así como la facultad para fijar o modificar la distribución territorial de estas mismas entidades.¹⁰ Desde la perspectiva institucional, no parece existir una política judicial explícita sobre la ubicación en el organigrama, estructura y operación de las instituciones que administran los MARC en las sedes judiciales, cada una ha adoptado una forma específica como se verá a continuación. Los estados donde existen referencias en las respectivas Leyes Orgánicas son: Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Sonora, Tlaxcala, y Veracruz.

1. Aguascalientes. La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, en su artículo 31, al hacer referencia a los órganos auxiliares dependientes de la Presidencia del Supremo Tribunal de Justicia menciona a la Oficialía de Partes, a la Dirección de Informática y al Centro de Mediación. (Reformado, P.O. 17 de mayo de 2004).
2. Chihuahua. Dentro de las facultades del Pleno, el artículo 50 de la Ley Orgánica en su fracción IX, establece la creación de las Subdirecciones Regionales de Mediación, en los términos de su Ley y en la Fracción XIV establece la facultad de nombramientos de los Subdirectores Regionales y de los mediadores adscritos al mismo, que hiciera el Director General del Centro Estatal de Mediación. (Reformado P.O. 7 de junio de 2003).
3. Campeche. En esta entidad federativa, se reconoce en su artículo 75-5 la facultad de los jueces conciliadores, los cuales tendrán la atribución de resolver conflictos, mediante la conciliación de los interesados; en materias de orden civil y familiar, cuya cuantía o naturaleza no requiera inexcusablemente de la decisión de un juez de primera instancia o menor; así también conocerán de asuntos de orden penal cuya persecución requiera de querrela y sólo ameriten de amonestación, apercibimiento, caución de no ofender o multa como sanción. Se establece que estos jueces conciliadores no estarán obligados a fallar de acuerdo con las leyes, pudiendo decidir conforme a su conciencia, a la equidad y a los usos, costumbre y prácticas jurídicas del pueblo indígena, siempre que con ello no se vulneren las disposiciones legales y reglamentarias de orden público vigentes en la entidad, atribución muy importante en donde se estaría incorporando el uso alternativo del derecho. (Adicionado al Títu-

¹⁰ Concha y Caballero, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, 1a. reimpresión, México, IJJ-UNAM, 2001.

lo Cuarto de esta ley mediante decreto número 167 publicado en el Periódico Oficial número 1202 de fecha diez de julio de 1996).

4. Distrito Federal. La reglamentación de la Justicia Alternativa se ha contemplado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya reforma del 8 de enero de 2008 se adiciona un Capítulo Décimo Tercero, y los artículos 186 bis, 186 bis 1, 186 bis 2, 186 bis 3 y 186 bis 4, que determinan las características de su sistema.

Se crea el Centro de Justicia Alternativa como una dependencia del Tribunal que cuenta con autonomía técnica y de gestión, instituida para administrar y substanciar los métodos alternos de solución de controversias, particularmente la mediación, para la atención de los conflictos de naturaleza civil, mercantil, familiar o penal, entre particulares, así como para su desarrollo. El Centro tiene como objeto el desarrollo y la administración eficaz y eficiente de los métodos alternos de solución de controversias, principalmente de la mediación. Se establece que el Centro de Justicia Alternativa se constituye como un apoyo al trabajo jurisdiccional, reconociéndolo como parte del sistema, buscando la optimización de sus servicios a través de la aplicación de programas estratégicos de investigación, planeación y modernización científica y tecnológica. En cuanto a la estructura orgánica del Centro se determina que éste contará con un Director General, el cual contará con la estructura necesaria para el desarrollo eficaz y eficiente de sus funciones, a través de una planta de mediadores especializados y el personal técnico y administrativo que para ello requiera.

5. Durango. El artículo 9 de su Ley Orgánica reformado por el Decreto 79 publicado en el Periódico Oficial el 5 de junio de 2005, establece que además de las facultades y obligaciones que expresamente le confiere el artículo 96 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia tendrá las siguientes:

XXIV. Crear y regular, mediante acuerdos generales, la estructura y funcionamiento del Centro Estatal de Justicia Alternativa y de los centros distritales que sean necesarios en el Estado y hacer la designación del Director correspondiente.

6. Estado de México. El Título Décimo Tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado el 10 de diciembre del 2002 está integrado por los artículos 178 al 186 en los que se establecen disposiciones específicas para el Centro de Mediación y Conciliación.

7. Nuevo León. El Título Decimoprimer de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el Diario Oficial del 21 de junio de 2004 está integrado por los artículos 152 al 155 en los que se establecen disposiciones específicas para el Centro Estatal de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos.
8. Oaxaca. El Título Cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Capítulo Tercero integrado por los artículos del 48 al 51 establece disposiciones específicas para el Centro de Mediación Judicial.
9. Puebla. El artículo 17 fracción XIV de su Ley Orgánica a través de la reforma del 30 de diciembre del 2001, señala como facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia la de establecer los mecanismos necesarios para que se instituyan la mediación y la conciliación como medios en la resolución de los conflictos legales.
10. Sonora. De conformidad con el artículo 82 de la Ley Orgánica, corresponde al Consejo del Poder Judicial velar, en todo momento, por la autonomía de los órganos del Poder Judicial del Estado y por la independencia e imparcialidad de los miembros de este último, y tendrá las siguientes atribuciones: XXI.- Acordar la creación de Centros de Mediación, regular su funcionamiento y designar al personal que formará parte de ellos. Por su parte, de conformidad con el artículo 107 del ordenamiento en comento, será la Visitaduría Judicial y Contraloría las competentes para inspeccionar el funcionamiento de los Tribunales Regionales de Circuito, de los Juzgados, de las Centrales de Actuarios, Oficinas de Partes Comunes y de los Centros de Mediación, supervisando las conductas de quienes laboran en dichos órganos, así como controlando y verificando el cumplimiento de las normas de funcionamiento administrativo que los rijan.
11. Tlaxcala. El artículo 2 de su Ley Orgánica, adicionado el 13 de abril del 2007, establece que el ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en el Tribunal Superior de Justicia, en los juzgados Civiles, Familiares, Penales y de Administración de Justicia para Adolescentes, y en una Unidad de Mediación y Conciliación.
12. Veracruz. La Ley Orgánica del Poder Judicial señala en su artículo 2 ante quiénes se deposita el poder judicial local. La fracción XI se refiere al Centro Estatal de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos y sus Unidades Regionales. Por otro lado, en su artículo 91 bis determina que estarán a su cargo la mediación o conciliación como formas de solución de conflictos entre las partes, que tendrá su sede en la ca-

pital del estado y contará con unidades regionales de acuerdo a lo que determine el Consejo de la Judicatura.

VIII. Legislación especial estatal

La justicia alternativa debe ser un mecanismo eficaz para concluir de manera definitiva y expedita los conflictos y no una vía para prolongarlos. A través de la aplicación de un régimen excepcional y no general, del establecimiento de reglas concretas para un caso concreto que sólo abarque un estado o algún municipio. Las Leyes Especiales se pueden considerar como constitucionales, siempre y cuando estén sometidas a la Constitución. El término especial se aplica por tratarse de un caso determinado y concreto que merece un trato excepcional.¹¹

De las entidades federativas que actualmente han incorporado los MARC a la sede judicial, veintitrés han creado leyes especiales (denominadas como ley de mediación, de justicia alternativa, ley de medios alternos, de acceso a la justicia alternativa, etc.) para la utilización de estos mecanismos para la solución de conflictos. Estos Estados son Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Coahuila, Colima, Chihuahua, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Dos estados sustentan sus actividades en Acuerdos del Pleno, Baja California Sur y Puebla. Y cuatro estados cuentan con Reglamentos de Mediación (Campeche, Estado de México, Michoacán y Querétaro).

IX. Exclusividad profesional

Muchos consideran que no es necesario que los mediadores o conciliadores necesariamente tengan como formación académica la licenciatura en derecho, ya que el mediador y el conciliador más que tener una determinada profesión requiere tener cierto perfil, el cual es independiente de la licenciatura que hayan estudiado. Por ello, si bien es cierto que muchos de estos funcionarios son abogados, también hay psicólogos, trabajadores sociales, o bien, egresados de otras licenciaturas pertenecientes las ciencias sociales.

De hecho, en varios estados se permite que los mediadores y conciliadores tengan una profesión diversa, como en el caso de Aguascalientes y Colima, entre otros. Una de las ventajas

¹¹ González, J., *La nueva concepción de la Ley en la Constitución venezolana de 1999*. DIKAIOSYNE No. 12 Revista de filosofía práctica. Junio de 2006. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela, 2004. Disponible en: <<http://www.grupologosula.org/dikaioayne/art/dik115.pdf>>

que lo anterior conlleva consiste en que se favorece y fortalece el trabajo multidisciplinario e interdisciplinario, por ejemplo, con la mediación.

X. Conclusiones

La nueva era de los MARC en México comienza su historia en 1997, pero de manera totalmente desigual por el territorio nacional, ya que en un inicio no había ninguna obligación para las entidades federativas de ofrecer dichos mecanismos a sus respectivas sociedades, situación que incidió directamente en que la justicia alternativa avanzara de manera muy diferente entre unos y otros estados. Dicho de otra manera, los estados que quisieron incorporar a los MARC lo hicieron, pero así también los que no mostraron interés por ellos, prácticamente no hicieron nada.

No fue sino hasta junio de 2008 en que se convirtió en una obligación constitucional para todas las entidades federativas el contar dentro de su esfera de acceso a la administración e impartición de justicia con los MARC. Aunque aún así, la reforma constitucional al artículo 17 dio un plazo de ocho años, por lo que éste es hasta 2016. Si bien en México se está pasando de una etapa de incorporación de los MARC hacia el inicio de una etapa de consolidación y desarrollo, muchas veces al hablar de la justicia alternativa se tiene que hacerlo por estado, ya que no hay uniformidad alguna entre lo hecho por una y otra entidad federativa.

Así también, las entidades federativas difieren en relación a los MARC en sede judicial respecto a:

- a) Si la existencia de los medios alternos y su regulación deben estar contempladas en la Constitución del Estado, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en una Legislación Especial, o solamente en un reglamento;
- b) Su ubicación en la estructura Institucional, ya que en la mayoría de las entidades analizadas los ubican dentro de la estructura del Poder Judicial, aunque con características distintas, órganos auxiliares tanto del Supremo Tribunal, o del Consejo de la Judicatura, órganos desconcentrados, organismos con autonomía técnica, extensiones de los juzgados civiles, etc.;
- c) Su denominación y ámbitos de competencia geográfica son también muy diversos;

- d) Existen también diferencias significativas en relación a las materias de aplicación así como el contexto temporal en que los procedimientos fueron incorporados a la sede judicial;
- f) Los requisitos de capacitación de los mediadores y conciliadores, así como su exclusividad profesional son propios de cada estado, por lo que cada uno de ellos los ha adaptado y otorgado una justificación "*ad hoc*". No hay homogeneidad de criterios.

La realidad respecto a los MARC nos indica la adopción de otro nuevo paradigma para la administración de justicia en la materia penal: la justicia restaurativa sobre la represiva, lo que implica concentrarse en la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a acuerdos con ayuda de un tercero, en vez de concentrarse en sancionar y castigar al infractor. Cada entidad federativa ha producido un modelo distinto de MARC en sede judicial, con su propio y personal sello. Asimismo, los presupuestos destinados y los resultados obtenidos son completamente variables entre cada estado.

La incorporación de la
Corte Penal Internacional
al orden constitucional
mexicano: Artículos 21
y 13 Constitucionales

Ximena MEDELLÍN URQUIAGA*

* Profesora-Investigadora Asociada de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (en adelante CIDE). Todas las opiniones presentadas en este capítulo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan la posición institucional del CIDE.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Corte Penal Internacional como órgano jurisdiccional permanente vis-à-vis los tribunales especiales.* III. *La incorporación de la Corte Penal Internacional al sistema mexicano: reforma al artículo 21 constitucional y su Ley Reglamentaria.* IV. *Conclusión.*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Organización de las Naciones Unidas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Consejo de Seguridad; Juez Natural; *Ex post facto*; *Ex profeso*.

I. Introducción

El 28 de octubre de 2005, México depositó, ante la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), su instrumento de ratificación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ER o "Estatuto de Roma"). Con este acto, nuestro país se convertía en el centésimo Estado parte de este instrumento internacional, en virtud del cual se establecía un órgano internacional con características únicas. Por primera vez, con base en el acuerdo de la comunidad internacional en pleno, se convenía la creación de un órgano jurisdiccional permanente con competencia para enjuiciar, no a los Estados, sino a las personas que, acusadas por la perpetración de crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y guerra, ostenten los cargos civiles y militares más altos en un Estado o en una estructura no estatal, con capacidad para perpetrar este tipo de crímenes. Este órgano se conoce como la Corte Penal Internacional (en adelante CPI).

Sobre este órgano es importante decir que el mismo no es solamente un cuerpo judicial, sino toda una compleja estructura de administración de justicia. Institucionalmente, la CPI está conformada por: (i) una Presidencia, ejercida por uno de los jueces de la propia CPI; (ii) una Fiscalía, encargada de investigar y perseguir los crímenes; (iii) las Salas, que compone propiamente el cuerpo judicial de la CPI, y (iv) una Secretaría Ejecutiva, como órgano administrativo y de apoyo a las partes y partícipes en el proceso, incluidas las víctimas y sus

representantes. A su vez, la sección judicial de la CPI se subdivide en las Secciones de Cuestiones Preliminares, Primera Instancia y Apelaciones. Cada sección se conforma de salas que actúan, según el caso, de forma unitaria o colegiada, con excepción de la Sala de Apelaciones que siempre deberá actuar de forma colegiada, con la participación de los cinco jueces asignados a la misma.

Esta breve presentación de la estructura institucional de la CPI nos ayuda a imaginar, de forma preliminar, la realidad de la operación de este aparato de justicia en el cual existe una clara división, por ejemplo, entre la investigación de los hechos y la determinación de la responsabilidad y sanciones penales. Sin embargo, para fines de este artículo, cualquier mención a la CPI abarcará todo el esquema institucional, sin identificarla de forma exclusiva con alguno de los órganos arriba enumerados.

Ahora bien, además de la estructura institucional interna de la CPI, se ha afirmado que el ER no sólo establece un órgano jurisdiccional internacional, sino todo un sistema integral de represión penal. Esta reflexión se origina en las normas que, previstas también en el propio Estatuto de Roma, gobiernan la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, para fines de la persecución penal de los más graves crímenes de trascendencia internacional. De conformidad con el artículo 17 del ER, la CPI sólo podrá conocer de un caso cuando el(los) Estado(s) que normalmente ejercería jurisdicción sobre aquél no pueda o no quiera hacerlo. Esto se conoce, en el marco del derecho internacional, como el principio de complementariedad e implica una reafirmación del derecho y la obligación primaria de los Estados de responder a crímenes de tal gravedad.

Por este motivo, la incorporación de pleno derecho de México a este sistema de justicia penal y lucha contra la impunidad era un paso indispensable para nuestra consolidación democrática. Sin embargo, la ratificación del ER por parte de nuestro país no estuvo libre de complejos debates jurídicos y políticos. Particularmente, dadas las reticencias que, en su momento, se expresaron con respecto de otros tribunales penales internacionales –como los creados por el Consejo de Seguridad de la ONU para conocer de los posibles crímenes cometidos en la Antigua Yugoslavia y Ruanda–, a los que se acusó de ser una imposición extranjera en los asuntos internos de los países y de quebrantar la prohibición de establecer tribunales especiales.

Dentro del procedimiento político de aprobación y ratificación de tratados internacionales, según establece nuestro marco jurídico constitucional, el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa que, desde su evaluación, permitiría el reconocimiento de la jurisdicción de distintos órganos internacionales y facilitaría la cooperación con los mismos. Como se detallará en

este capítulo, el Senado de la República hizo una propuesta sustancialmente distinta, misma que se incorporó al artículo 21 constitucional, en virtud de una reforma constitucional.

El actual párrafo octavo del artículo 21 constitucional contiene, sin duda, una redacción muy particular, la cual vale la pena examinar a la luz de otras disposiciones y estándares constitucionales y de protección a la persona. Particularmente, considerando que la cooperación entre nuestro país y la CPI estará regulada por una ley secundaria, misma que deberá ser compatible no sólo con el párrafo referido del artículo 21, sino con todo el marco constitucional, incluido el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental.

El análisis planteado en este capítulo busca, entonces, explicar la naturaleza de la CPI, en tanto un tribunal ordinario. Más aun, tiene como objetivo resaltar la importancia de entender el artículo 21 constitucional, de forma que su reglamentación e interpretación no constituya una injerencia innecesaria de los órganos políticos frente al ejercicio independiente de un órgano jurisdiccional ya integrado a nuestro sistema jurídico. Para estos fines, el argumento se desarrolla en tres secciones generales. En la primera se discuten algunos de los antecedentes que llevaron a la creación de la CPI, así como su estructura normativa e institucional, la cual se analiza a la luz de los criterios constitucionales e internacionales con respecto a la prohibición de establecer tribunales especiales y el derecho al juez natural, independiente e imparcial. En la segunda sección se examina el proceso de reforma constitucional, a fin de comprender mejor las implicaciones legales del párrafo octavo del artículo 21 constitucional y el actual proyecto de ley reglamentaria del mismo. La tercer y última sección presenta algunas reflexiones generales a manera de conclusión.

II. La Corte Penal Internacional como órgano jurisdiccional permanente *vis-á-vis* los tribunales especiales

1. La creación de la Corte Penal Internacional

En el concierto de los tribunales y cortes internacionales, la CPI es el primer órgano permanente con competencia para determinar la responsabilidad penal de individuos acusados por la comisión de los más graves crímenes contra la conciencia de la humanidad: agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Las bases para su creación, así como las normas que rigen el ejercicio de su jurisdicción y organización, se establecen en un tratado internacional multilateral. Estos cimientos normativos distingue a la CPI de otros tribunales penales internacionales que, como se analizará más adelante, han sido establecidos con base en la decisión unilateral de los Estados vencedores de un conflicto armado o por

una resolución del Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Como se anticipó en el párrafo anterior, el Estatuto de Roma fue el resultado de un extenso proceso de negociación internacional que tiene su origen directo desde el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Los tribunales penales militares de Núremberg y Tokio, a pesar de las críticas que pueden haber generado, fueron un paso decisivo para delinear la forma en que la comunidad internacional se enfrentaría a la perpetración de crímenes atroces. Desde los meses que precedieron la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, había un claro acuerdo entre las potencias respecto a la necesidad de castigar a los líderes del régimen nazi por las atrocidades cometidas. La pregunta era, cómo. Las opciones oscilaban desde la ejecución sumaria de los líderes, inmediatamente después de su captura, hasta distintas posibilidades judiciales, pasando por mecanismos políticos de responsabilidad. Al final, la opción jurídica, vía procedimientos penales de responsabilidad individual internacional, prevaleció.¹

En esta misma línea de pensamiento, se incorporó en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante Asamblea General de la ONU o AGNU) en 1948, una referencia expresa a un tribunal penal internacional con competencia para determinar la responsabilidad penal internacional de los individuos acusados por la perpetración de este crimen. En este contexto, en la misma resolución por la cual se aprobó esta convención, la Asamblea General

[i]nvitó a la Comisión de Derecho Internacional² a estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para enjuiciar a las personas acusadas de cometer un genocidio u otros crímenes respecto a los cuales se establezca la jurisdicción de dicho órgano por otros tratados internacionales [...] [y] solicitó a [la misma Comisión] considerar la posibilidad de establecer una Sala Penal dentro de la Corte Permanente de Justicia.³

¹ Véase, por ejemplo, Ginsburgs, George y Kudriavtsev, Vladimir, N. (eds.), *The Nuremberg Trial and International Law [Los Juicios de Nuremberg y el Derecho Internacional]*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1990.

² Nota añadida al texto original de la resolución: La Comisión de Derecho Internacional es un órgano establecido por la Asamblea General en 1947, con el mandato de asistir a ésta última en el cumplimiento del artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual la Asamblea General "[...] promoverá estudios y hará recomendaciones para [...] impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación [...]". Sobre la creación de la Comisión de Derecho Internacional, véase, AGNU, *Resolución 174 (III)*, 123a. sesión plenaria, 21 de noviembre de 1947.

³ Véase, AGONU. *Resolución 260 B (III)*, 179 sesión plenaria, 9 de diciembre de 1948.

En cumplimiento de este mandato, la mayoría de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional determinaron que, efectivamente, era conveniente y posible crear un tribunal penal internacional independiente, en contraposición con la opción de crear una Sala Penal en la Corte Internacional de Justicia.⁴ Con base en estas observaciones, la Asamblea General formó una *Comisión de Jurisdicción Penal Internacional* –compuesta por representantes de diecisiete países miembros de la ONU–, la cual estaría encargada de redactar uno o más anteproyectos referentes a la creación y estatuto de un tribunal penal internacional.⁵ Dos años más tarde, con los anteproyectos listos, la Asamblea General decidió crear una nueva comisión responsable de

[...] (i) examinar las derivaciones y consecuencias de la creación de una corte penal internacional y de los diversos procedimientos mediante los cuales pudiera establecerse; (ii) estudiar la relación de tal corte con las Naciones Unidas y sus órganos, y (iii) volver a examinar el proyecto de estatutos.⁶

Los avances que se alcanzaron durante estos primeros años no llegaron, sin embargo, a concretarse en un acuerdo internacional. Además de los problemas respecto a la definición de ciertos elementos relevantes, en particular el crimen de agresión,⁷ las tensiones políticas generadas por la Guerra Fría detuvieron la discusión sobre la creación de un tribunal penal internacional.⁸

No fue sino décadas después que, en 1989, por iniciativa de algunos países caribeños liderados por Trinidad y Tobago, el debate sobre la creación de una corte penal internacional regresó a la agenda de las Naciones Unidas. Los impulsores del tema no tenían en mente, sin embargo, el tipo de crímenes que fueron competencia de los tribunales de Núremberg y Tokio. Por el contrario, su propuesta se centraba en establecer mecanismos de responsabilidad internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito de drogas y en otras actividades delictivas transnacionales.

⁴ Reporte de la Comisión de Derecho Internacional en su segunda sesión (5 de junio al 29 de julio de 1950), A/CN.4/34 en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1950, Vol. II, Parte IV, párrafos 140 y 145.

⁵ Véase, AGONU. *Resolución 489 (V)*, 320 sesión plenaria, 12 de diciembre de 1950. Los países que formaban parte de esta comisión eran: Australia, Brasil, Cuba, China, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Irán, Israel, Países Bajos, Pakistán, Perú, Reino Unido, Siria y Uruguay.

⁶ AGONU. *Resolución 687 (VII)*, 400a. sesión plenaria, 5 de diciembre de 1952.

⁷ Al respecto véase, por ejemplo, las resoluciones 895 (IX), 897 (IX), 898 (IX), 1181 (XII), 1186 (XII) y 1187 (XII) de la Asamblea General de la ONU.

⁸ Bassiouni, Cherif M., "The Draft Statute for an International Criminal Court", *International Criminal Law. Vol. II, Enforcement*, 2a. edición, Leiden, Transnational Publishers, 1999.

En la resolución 44/39, la Asamblea General retomó la propuesta de los Estados caribeños y, nuevamente, pidió a la Comisión de Derecho Internacional "[...] se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismos de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en [el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad],⁹ incluidas las personas que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes [...]"¹⁰ En 1994, la Comisión de Derecho Internacional aprobó y sometió al conocimiento de la Asamblea General un proyecto de estatuto. Aunque con claras similitudes al futuro Estatuto de Roma de la CPI, el documento preparado por la Comisión difería en algunos de elementos importantes en cuanto al ámbito de competencia de la CPI, así como en los prerequisites necesarios para el ejercicio de la jurisdicción de la CPI y los mecanismos para detonar una investigación.¹¹

Al tiempo que este proceso de creación normativa internacional tenía lugar, el devenir histórico del conflicto armado en el territorio de la Antigua Yugoslavia y el genocidio en Ruanda reafirmó la necesidad de contar con mecanismos apropiados para determinar la responsabilidad, no sólo de los Estados, sino de los individuos acusados por la comisión de crímenes impensables. La sentencia emitida por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg lo había afirmado años atrás: los crímenes internacionales son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, por lo que la sanción a los primeros es la única forma de disuadir la perpetración de graves atrocidades. Sin embargo, a principios de 1990, las discusiones sobre el establecimiento de una corte permanente todavía estaban en una etapa temprana. De esta forma fue que el Consejo de Seguridad creó los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda. En la siguiente sección se abordará, en términos muy generales, las características esenciales de estos órganos.

⁹ Nota añadida al texto original de la resolución: Desde 1947, la AGNU había invitado a la Comisión de Derecho Internacional a preparar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad humana, a lo que siguió una serie de informes y proyectos que, en distintos momentos, fueron presentados ante la misma Asamblea General. En 1981, la AGNU volvió a solicitar, de manera formal, que la Comisión de Derecho Internacional retomara los estudios con respecto a este código. Por fin, en 1996, la Comisión aprobó un nuevo proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en el que se contenían las cuatro categorías de crímenes que eventualmente constituirían la competencia material de la CPI (agresión, genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad). De manera adicional, el proyecto de código contempla, como crimen internacional, ciertas ofensas cometidas en contra de las Naciones Unidas y su persona.

¹⁰ Véase, AGONU. *Resolución 44/39*, 72o. sesión plenaria, 4 de diciembre de 1989. (Responsabilidad penal internacional de las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes y en otras actividades delictivas transnacionales: creación de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre esos delitos.

¹¹ Proyecto de estatuto sobre la Corte Penal Internacional en *Anuario de la Comisión Derecho Internacional*, 1994, Vol. II, Parte II, párr. 91. Se agregó la información el párrafo que era la faltante. Son dos documentos este y el de la referencia que indican.

Con el impulso renovado que proporcionó la experiencia de la creación de los tribunales *ad hoc*, la comunidad internacional siguió adelante con el proyecto de creación de una corte permanente. Así, por fin, con base en los trabajos de las comisiones y comité preparatorio instaurados por la Asamblea General para estudiar y debatir el proyecto de estatuto producido por la Comisión de Derecho Internacional, se convocó a una conferencia de plenipotenciarios a celebrarse en la Ciudad de Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. Esta conferencia debía, según la resolución 52/160 de la Asamblea General, "[...] concluir y adoptar una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional [...]"¹²

A la *Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional* asistieron 148 Estados,¹³ 14 agencias especializadas, más de 200 organizaciones no gubernamentales¹⁴ y un importante número de periodistas acreditados. Los intensos debates que se desarrollaron durante las cinco semanas de la conferencia dieron los resultados esperados: El 17 de julio de 1998 se aprobó –por 120 votos a favor, 21 abstenciones y 7 votos en contra– el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sólo cuatro años después de la clausura de la conferencia de plenipotenciarios, el Estatuto de Roma entró en vigor, al reunirse las 60 ratificaciones requeridas para tales efectos.

Desde entonces, 2002, hasta la fecha, la CPI se ha convertido en un órgano internacional completamente funcional, centrado en la investigación y enjuiciamiento de aquellas personas responsables por los peores crímenes internacionales. A la fecha en que se escribió este artículo, 121 países –de los 193 Estados miembros de la ONU– había ratificado el Estatuto de Roma.

2. La estructura normativa e institucional de la Corte Penal Internacional

Como se destacó en la sección anterior, la CPI es un órgano jurisdiccional internacional permanente, creado por el acuerdo internacional de los Estados miembros de la comunidad internacional, en un proceso de evolución del derecho internacional y ante la necesidad de establecer mecanismos de responsabilidad individual que fortalecieran la lucha común contra la impunidad de los más atroces crímenes. A pesar de haberse abstenido en la votación final de la conferencia de plenipotenciarios de 1998, México dio un primer paso en pro de esa lucha internacional al firmar el Estatuto de Roma el 7 de septiembre de 2000.

¹² AGONU. *Resolución 52/160*, 72a. sesión plenaria, 15 de diciembre de 1997.

¹³ Reporte final del Comité de Credenciales, *Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional*, 14 de julio de 1998. A/CONF.183/7.

¹⁴ Lista de Organizaciones No Gubernamentales acreditadas para participar en la conferencia, *Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas para el establecimiento de una corte penal internacional*, 5 de junio de 1998. A/CONF.183/INF/3.

No obstante, como en el caso de cualquier otro tratado internacional, la plena vinculación internacional de México con la CPI dependería de la ratificación del Estatuto de Roma. Al mismo tiempo, en contraste con otros tratados, la vinculación de México a este convenio implicaba no sólo sujetar al Estado, como ente abstracto, a la jurisdicción de este órgano sino, más bien, aceptar la posibilidad de que un(a) mexicano(a) pudiera, bajo ciertas condiciones, ser investigado, enjuiciado y condenado por la CPI. Por lo anterior, era particularmente importante determinar la compatibilidad de este tratado con el orden constitucional mexicano. Este análisis no fue realizado por la SCJN, al no existir en nuestro sistema jurídico un mecanismo de control previo de constitucionalidad de tratados internacionales. Como en cualquier acuerdo o convenio internacional, la determinación de la compatibilidad del mismo con nuestro Texto Fundamental fue una tarea de los órganos políticos involucrados en la ratificación del ER. En la siguiente sección se analizará el proceso de reforma constitucional que hizo políticamente posible la ratificación del ER por parte de Estado mexicano, así como sus implicaciones normativas. Sin embargo, antes de abordar dicha reforma, es importante entender con claridad la estructura normativa e institucional de la CPI, como punto de partida para evaluar su compatibilidad con los estándares constitucionales aplicables a las instituciones encargadas de la administración de justicia.

A pesar de algunas reticencias iniciales esbozadas por algunos funcionarios y académicos mexicanos –respecto a la protección de los derechos del acusado, la supuesta sujeción de la CPI a órganos políticos, como el Consejo de Seguridad o a los Estados miembros del mismo, así como la exclusión de ciertos crímenes, incluyendo el uso de armas nucleares– lo cierto es que el Estatuto de Roma establece un sistema sólido, que se sustenta en la protección del debido proceso y la independencia e imparcialidad de los órganos de impartición de justicia. Sin embargo, dadas las extensas críticas de las que fueron objeto los tribunales penales internacionales que la precedieron, en tanto su naturaleza especial o *ad hoc*, es importante afirmar, de manera particular, la naturaleza de la CPI como tribunal penal ordinario. No por constituir una jurisdicción de fuente internacional, la CPI ha de considerarse como un tribunal especial, como se verá a continuación.

De conformidad con los criterios establecidos por el Poder Judicial Federal, un tribunal ordinario será aquél órgano judicial que, según la norma que lo crea, cumpla con tres características esenciales: generalidad, abstracción y permanencia. En este sentido, el tribunal ordinario podrá conocer de un número indeterminado de casos o negocios que se sitúen en los supuestos normativos que establecen las reglas de su competencia. De la misma forma, según la interpretación judicial nacional, el tribunal ordinario debe haber sido establecido con anterioridad a los hechos que se presenten para su conocimiento, así como perdurar después que se haya resuelto los casos concretos.

En contraposición, los tribunales especiales son órganos judiciales creados *ex profeso* y *a posteriori* para conocer un caso o negocio específico, mismos que han sido predeterminados, en cuanto a su número, por la norma que funda la competencia del órgano.¹⁵ Más aún, siguiendo la interpretación constitucional nacional, una característica propia de los tribunales especiales es que su existencia está determinada por los casos que se presentarán a su conocimiento; es decir, en lugar de proyectarse en el tiempo, los tribunales especiales dejarán de existir una vez que concluyan con el conocimiento de los casos o negocios que le han asignado.¹⁶

A la par de los criterios establecidos por el Poder Judicial Federal, de conformidad con el artículo 1 constitucional, el análisis de la prohibición de establecer tribunales especiales –como un elemento esencial del derecho a la igualdad en su dimensión jurisdiccional–, debe tener en cuenta los estándares internacionales relevantes en la materia. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) no se ha pronunciado de forma expresa respecto a esta prohibición, sí ha establecido criterios que resultan de relevancia, particularmente cuando el análisis se centra en la naturaleza de un órgano jurisdiccional penal. En este sentido, resalta, en primer lugar, la jurisprudencia respecto del derecho al juez natural, mismo que, en palabras de la Corte IDH:

deriva su existencia y competencia de la ley, la cual ha sido definida por la Corte como la ‘norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes’ [nota omitida]. Consecuentemente, en un Estado de Derecho sólo el Poder Legislativo puede regular, a través de leyes, la competencia de los juzgadores.¹⁷

En este sentido, de conformidad con la propia Corte IDH, la jurisdicción de un tribunal no podrá ser determinada por decisiones del Poder Ejecutivo o, incluso, del Poder Judicial.¹⁸

A estas interpretaciones se incorpora, además, otras dimensiones del derecho al debido proceso, incluyendo los criterios de independencia e imparcialidad del tribunal. A este respecto,

¹⁵ Tesis Aislada, 2a. (5a.), TRIBUNALES ESPECIALES, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, tomo XC, p. 682, Reg. IUS. 806435.

¹⁶ Tesis Aislada, 4a. (5a.), TRIBUNALES ESPECIALES, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, tomo CXI, p. 432, Reg. IUS. 368219.

¹⁷ Corte IDH. Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 76.

¹⁸ Corte IDH. Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, *supra* nota 17, párr. 77.

la jurisprudencia y doctrina internacionales han sostenido que la imparcialidad de los órganos judiciales es una de las piedras angulares de la estructura de protección de los derechos humanos y de todo el Estado Democrático de Derecho.¹⁹ De manera aún más concreta, la Corte IDH ha afirmado que los jueces y tribunales deben "[...] [gozar] de independien[cia], tanto *de iure* como *de facto*, de los funcionarios involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no sólo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real".²⁰ Ahondado en el alcance de la independencia judicial, la Corte IDH concluye, además "[...] que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces"²¹ de manera que no se den conexiones inapropiadas entre la judicatura y otros órganos estatales.

Este breve recuento de los criterios interpretativos nacionales e internacionales respecto a la prohibición de crear tribunales especiales es suficiente para poder analizar la naturaleza de la CPI.²² En contraste con los tribunales militares internacionales para Núremberg y Tokio –creados por un acuerdo de las Potencias Aliadas vencedoras de la Segunda Guerra Mundial²³ y por una proclama especial del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en el Frente del Pacífico del Sur, Douglas MacArthur–, así como los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, la CPI no se estableció para responder a una situación en particular. Nada en el Estatuto de Roma hace referencia a condiciones específicas de competencia, incluidas la nacionalidad de los posibles acusados o el periodo de tiempo durante el cual se deben haber cometido los crímenes. Por el contrario, los artículos 1, 4(2), 5, 6, 7, 8, 11 y 12 del ER –los cuales establecen las condiciones generales de competencia de la CPI en los ámbitos personales, materiales, temporales y territoriales– se caracterizan por ser normas **generales** y **abstractas**, sin referencia expresa a eventos o personas algunas, por lo que

¹⁹ Véase, entre otros, Corte IDH. *Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 127 y 129; *Caso "Cantoral Benavides vs. Perú"*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 114; *Caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 130; *Caso "Lori Berenson Mejía vs. Perú"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; *Caso del "Tribunal Constitucional vs. Perú"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75.

²⁰ Corte IDH. *Montero "Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela"*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 81; *Caso "Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador"*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 122.

²¹ Corte IDH. *Caso "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela"*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55.

²² Un análisis más detallado sobre los criterios interpretativos constitucionales que han delineado el alcance de la prohibición de establecer tribunales especiales así como, de manera más amplia, el contenido de la dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad puede consultarse en el apartado "*La dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad: Artículo 13 constitucional y artículos 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*", en esta misma obra.

²³ El Tribunal Militar Internacional, popularmente conocido como el Tribunal de Núremberg, fue establecido por la Carta del Tribunal Militar Internacional, anexa al Acuerdo de Londres, suscrito por Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia y Rusia el 8 de agosto de 1945.

la CPI no puede ser considerado como un órgano creado ex profeso para atender a un caso o negocio particular.

Es importante resaltar, además, que de conformidad con el artículo 11 del ER, la jurisdicción de la CPI es irretroactiva, por lo que solamente se podrán investigar y enjuiciar hechos acontecidos con posterioridad a la entrada en vigor de este instrumento internacional.²⁴ Esta norma **excluye cualquier posibilidad de considerar a la CPI como un tribunal creado *ex post facto* o *a posteriori***. También con respecto a la temporalidad del tribunal, hemos de recordar que de conformidad con el artículo 1 del ER, la CPI es un órgano permanente, que podrá conocer de un número indeterminado de situaciones y casos. Por el contrario, los tribunales penales internacionales de Núremberg, Tokio, la Antigua Yugoslavia y Ruanda, dejaron o dejarán de existir al momento de concluir con su mandato; es decir, cuando den por cumplido el objetivo para el que fueron creados. De hecho, el tema de la estrategia de cierre de los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda es un aspecto central de debate para los propios tribunales y para el Consejo de Seguridad, cómo órgano responsable por la creación de los mismos.

Con estas bases, es fácil afirmar que la CPI cumple, en su estructura normativa, con los criterios de generalidad, abstracción, finalidad y temporalidad, establecidos por el Poder Judicial de la Federación, para ser reconocido como un tribunal ordinario. Ahora bien, en el proceso de análisis de la compatibilidad de la CPI con el orden constitucional mexicano, es importante hacer también algunas precisiones adicionales, teniendo en mente la jurisprudencia Corte IDH antes enunciada.

Tal como se resaltó, un aspecto central del derecho al juez natural –en relación con el debido proceso y la prohibición de establecer tribunales especiales– son los fundamentos legales en los que se sustenta la competencia de los órganos judiciales. La misma, según la jurisprudencia interamericana, debe estar sustentada en una ley en sentido formal, adoptada por un órgano legislativo, de conformidad con el procedimiento respectivo. Si bien el ER no es una ley en sentido estricto, sí es una norma jurídica general y abstracta que fue aprobada, como se detalló en la sección anterior, por un órgano competente –una Conferencia Internacional de Plenipotenciarios–, de conformidad con un procedimiento formal previamente establecido para la generación de normas internacionales. Más aún, como tratado internacional, el ER ha

²⁴ De conformidad con los Elementos de los Crímenes, como un instrumento auxiliar para la interpretación y aplicación de los crímenes competencia de la CPI, ni siquiera en el caso de las ofensas permanentes, como la desaparición forzada, se podrá conocer de hechos que acontecieron o iniciaron con anterioridad a la entrada en vigor del ER, el 2 de julio de 2002.

de ser integrado, como norma formal vigente, al sistema jurídico de cada país, de conformidad con las normas respectivas de producción o incorporación de normas de fuente internacional al orden jurídico interno. En el caso mexicano, un primer paso fue la reforma al artículo 21 constitucional, la cual se detallará en la siguiente sección, así como la ratificación y publicación del Estatuto de Roma en el *Diario Oficial de la Federación*.²⁵

Así entonces, sujetándose a la esencia del criterio establecido por la Corte IDH, es posible afirmar que la CPI cumple con uno de los requisitos básicos del concepto de juez natural, en tanto que su jurisdicción se sustenta en una norma jurídica en sentido formal. Esta afirmación es, además, compatible con los criterios establecidos por la SCJN, la cual no establece una reserva de ley absoluta con respecto al origen de la competencia de un tribunal, en tanto que la misma se determine con base en una norma general, abstracta y permanente.²⁶

La Corte IDH también ha reconocido que los tribunales ordinarios han de desarrollar sus procesos de conformidad con las normas de debido proceso. Dentro de las muchas dimensiones que abarca este derecho resaltan, como se aventuró al inicio de esta sección, los criterios de independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

En el marco de los debates nacionales sobre la ratificación del ER, algunas voces afirmaron que la CPI era un tribunal sujeto a los órganos políticos internacionales, particularmente al Consejo de Seguridad, así como a los Estados miembros del mismo.²⁷ En principio, hemos de destacar que, jurídicamente, la CPI es un órgano independiente de la ONU y todos sus órganos, principales o subsidiarios. Esto implica, por ejemplo, que el Consejo de Seguridad no podrá modificar las normas que fundamentan la competencia de la CPI, al ser esta una facultad que corresponde exclusivamente a la Asamblea de Estados parte del ER. Esto, en contraste con los tribunales penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda que, como órganos subsidiarios del propio Consejo de Seguridad, pueden ser reformados en todos sus extremos por dicho órgano.

Lo anterior no significa, sin embargo, que no exista una relación particular entre la CPI y el Consejo de Seguridad. De conformidad con el artículo 13(b), el Consejo de Seguridad podrá

²⁵ Según lo establece el párrafo segundo del artículo 4 de la *Ley sobre la Celebración de Tratados*: "Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*". El Estatuto de Roma fue publicado en el *DOF* el 31 de diciembre de 2005.

²⁶ Véase, por ejemplo, Amparo en Revisión 337/2001. Sentencia definitiva de 30 de enero de 2002. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=43596>> (20 de junio de 2013).

²⁷ Véase, por ejemplo, la intervención del entonces Senador por el Partido Revolucionario Institucional Manuel Bartlett Díaz, en la sesión del 9 de diciembre de 2004, con motivo del debate sobre la reforma al artículo 21 constitucional para incorporar el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI en el ordenamiento mexicano.

remitir a la Fiscalía de la CPI una situación en la que parezcan haberse cometido crímenes competencia de esta Corte. Esta es, no obstante, sólo una de las opciones a través de las cuales se puede iniciar la investigación en una situación, por lo que no podría considerarse como una norma que sujete el ejercicio de la jurisdicción de la CPI a los designios del Consejo de Seguridad. Más aún, de conformidad con la práctica desarrollada por la Fiscalía de la CPI, una remisión por parte del Consejo de Seguridad no ha de entenderse como una "orden" para que se inicie inmediatamente una investigación.²⁸ La información remitida por este órgano político quedará sujeta, en contraste, a un análisis independiente por parte de la Fiscalía, como único órgano técnicamente calificado para determinar la conveniencia de iniciar una investigación.²⁹ Este proceso de análisis incluye acciones de indagación y recopilación de información, independiente de aquélla remitida por el Consejo de Seguridad. Solamente después de este proceso, el Fiscal o la Fiscal anunciarán el inicio de la investigación.³⁰

Además de la posibilidad de remitir una situación, quienes afirman la sujeción de la CPI al Consejo de Seguridad han destacado la facultad reconocida en el artículo 16 del ER, en virtud del cual, este último podrá solicitar a la CPI, en virtud de una resolución adoptada de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU, que no se inicie o que no se continúe con una investigación. Si bien el Consejo de Seguridad adoptó, en 2002 y 2003, dos resoluciones consecutivas en las que se solicitó a la CPI, con base en el artículo 16 del ER, no iniciar o continuar investigación alguna "[...] en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes [...]", una tercera renovación probó ser políticamente inviable. Los Estados Unidos de América, promotor de la resolución, se enfrentó a la oposición tajante de otros Estados miembros (permanentes y temporales) del Consejo de Seguridad. Desde entonces, no ha vuelto a adoptar una resolución de este tipo, aún ante los llamados expresos de países y organizaciones regionales africanas que buscaban la suspensión de las investigaciones que actualmente se centran en distintos países de dicho continente.

Más relevante aún, del análisis de las resoluciones 1422 y 1487 se puede arribar a importantes conclusiones. La referencia expresa al Capítulo VII de la Carta de la ONU en el artículo 16

²⁸ Según el mismo artículo 13 del ER, además de la remisión por parte del Consejo de Seguridad, "[l]a Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; [...] o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15".

²⁹ Véase, artículo 15 del Estatuto de Roma.

³⁰ Véase, por ejemplo, la declaración del Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, al Consejo de Seguridad en sesión del 29 de junio de 2005, de conformidad con la Resolución del CS 1593 (2005).

del ER implica, sin duda, que el Consejo de Seguridad podrá solicitar la suspensión de investigaciones sólo cuando se haya detectado una amenaza o quebrantamiento a la paz o acto de agresión. Esto involucra un análisis fáctico en el que se identifique un hecho concreto y actual, no un supuesto hipotético, como el referido en las resoluciones citadas. Además, establece un requisito normativo en virtud del cual, una resolución de este tipo tendrá que estar claramente justificada.

Esta lectura del artículo 16 del ER limita, sin duda, la posible injerencia del Consejo de Seguridad en los trabajos de la CPI. En todo caso, al entender la realidad de la gravedad intrínseca de las situaciones que pueden ser objeto de una investigación de la CPI, tampoco es imposible pensar en un escenario en que estas condiciones efectivamente se lleguen a dar. En ese caso, es importante recordar que ningún tratado internacional podrá imponer a los Estados miembros de la ONU obligaciones que contradigan aquéllas adoptadas en virtud de la Carta de la Organización, particularmente en virtud de una resolución del Consejo de Seguridad, en tanto el órgano con la responsabilidad primaria de responder a las amenazas a la paz y seguridad internacionales.³¹ De ahí, la relevancia del artículo 16 del Estatuto de Roma.

En todo caso, hemos de recordar que las resoluciones del Consejo de Seguridad sólo se podrán adoptar por una mayoría de nueve votos, lo que reduce el riesgo de manipulación por parte de alguno de sus miembros, incluso los cinco permanentes (Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Rusia y China). De hecho, este sistema de votación fue, precisamente, lo que impidió que Estados Unidos de América lograra la renovación, por otros 12 meses, de la resolución 1487 (2003).

Más importante aún, considerando que lo que se requiere es una acción específica a través de la cual el Consejo de Seguridad requiera la suspensión de la investigación, si uno de los miembros permanentes quisiera injerir en la labor de la CPI por este medio tendría que activamente promover la resolución y no podría descansar en su poder de veto. Este fue un avance sustantivo en el proceso de negociación del Estatuto de Roma, ya que el proyecto original de la Comisión de Derecho Internacional establecía que, tratándose de un acto de agresión o cualquier otra situación que estuviere bajo el conocimiento del Consejo de Seguridad, no se podría iniciar una investigación a menos que el propio Consejo lo aprobara.³²

³¹ Véase, los artículos 24, 25, 39, 41, 42 y 103 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

³² Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, Comisión de Derecho Internacional, Artículo 23. Acciones del Consejo de Seguridad "[...] 2. Una queja sobre o directamente relacionada con un acto de agresión no será presentada de conformidad con este Estatuto a menos que el Consejo de Seguridad haya determinado antes que el Estado ha cometido el acto de agresión objeto de la queja. 3. No se iniciará un procedimiento de conformidad con este Estatuto, el cual se derive de una situación que esté bajo conocimiento del Consejo de Seguridad, el cual la

Bajo este supuesto, la CPI sí hubiera estado sujeta, en muchas situaciones, a la aprobación del Consejo y el veto de uno de los miembros permanentes hubiera sido suficiente para impedir que una situación se remitiera a este órgano jurisdiccional. Sin embargo, como se ha descrito, fue la voluntad de los Estados la que determinó un sistema que, compatible con las obligaciones derivadas de la Carta de la ONU, permitiera plena independencia técnica tanto a la Fiscalía como a las Salas de la CPI.

En síntesis, la estructura normativa e institucional de la CPI determina su naturaleza como un tribunal ordinario que satisface los criterios interpretativos constitucionales y convencionales, emitidos por el Poder Judicial Federal y la Corte IDH. La CPI no es un tribunal especial sino un órgano de administración de justicia especializado, tanto por las particularidades de su jurisdicción como por la preparación y capacidades técnicas con las que deben contar sus funcionarios. Al respecto, es apropiado recordar que la especialidad de un tribunal no es, en el análisis de la SCJN, parte de la prohibición establecida en el artículo 13 constitucional.³³

No obstante lo anterior, la identidad originaria de la CPI como tribunal ordinario, independiente e imparcial, podría ser impactada por una errónea reglamentación, interpretación y aplicación del párrafo octavo del artículo 21 constitucional, si es que esta disposición no es entendida dentro de la integralidad del marco constitucional nacional. A continuación se analizará a detalle este argumento.

III. La incorporación de la Corte Penal Internacional al sistema mexicano: reforma al Artículo 21 Constitucional y su Ley Reglamentaria

El 20 de junio de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al artículo 21 constitucional, a través de la cual se agregaba el entonces párrafo quinto (actualmente octavo) que a la letra establece: "[e]l Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional". Esta era la cuarta reforma a un artículo constitucional que, a través de los años, había sido modificado a fin de establecer las bases normativas de distintas reestructuraciones institucionales en materia de seguridad pública, persecución penal e impartición de justicia. A pesar de las múltiples reformas de las que había sido objeto este artículo, la incorporación del párrafo quinto tenía

considere como una amenaza o quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, a menos que el Consejo de seguridad decida lo contrario". [Traducción de la autora].

³³ Acción de Inconstitucionalidad 37/2006. Sentencia definitiva 22 de noviembre de 2007. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86478>> (20 de junio de 2013).

una nota particularmente característica. No se refería a la posibilidad de impugnar la decisión del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público o a la organización de las competencias de la Federación, los estados y los municipios en materia de seguridad pública; tampoco modificaba la denominación de la policía que, según esta norma, habría de auxiliar al Ministerio Público en la investigación de los delitos. Esta reforma tenía, en el centro de la discusión, una institución, que si bien se relacionaba con la persecución e impartición de justicia penal, difería en un elemento esencial de las otras contempladas en este mismo artículo. A través de esta reforma se incorporaba a nuestro texto constitucional la primera y, hasta la fecha, única referencia expresa a un órgano jurisdiccional internacional: la CPI.

Una pregunta surge inmediatamente de esta reflexión inicial: ¿por qué se aprobó una reforma constitucional con una referencia expresa a la CPI y no a cualquier otro órgano internacional cuya jurisdicción había sido reconocida por parte del Estado mexicano?³⁴ De hecho, la iniciativa presidencial presentada ante la Cámara de Senadores el día 10 de diciembre de 2001 se refería no a la CPI, sino a cualquier tribunal internacional establecido por un tratado del que México fuera parte. Más aún, la propuesta inicial de reforma al artículo 21 no se limitaba al reconocimiento de la competencia de los tribunales internacionales sino que se dirigía, prioritariamente, establecer las bases constitucionales necesarias para garantizar la cooperación efectiva entre el Estado mexicano y dichos órganos internacionales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias. En este sentido, la iniciativa referida proponía adicional no uno, sino tres párrafos al artículo 21 constitucional, los cuales establecerían:

La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados.

En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado Mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo.

³⁴ Cuando se aprobó la reforma al artículo 21 constitucional, México había ya reconocido la competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia (por declaración y ratificación de distintos instrumentos) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por declaración del 16 de diciembre de 1998). De la misma forma, se habían ratificado los instrumentos internacionales en los que se establece la facultad de conocer sobre quejas individuales de los Comités de Naciones Unidas en Derechos Humanos. Entre ellos, el Protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adhesión del 15 de marzo de 2002) y el Protocolo Facultativo a la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificación del 15 de marzo de 2002), sólo por citar unos ejemplos.

Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria, las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes.

Todos los elementos incorporados en el texto propuesto por el Ejecutivo federal –en tanto el reconocimiento general de la jurisdicción de los tribunales internacionales y la obligatoriedad de sus fallos, así como del deber jurídico de todas las autoridades competentes de cumplir con los mismos– fueron, finalmente, eliminados del texto aprobado por el Constituyente Permanente. La propuesta fue acotada a su mínima expresión, lo que dio como resultado un texto difícil de comprender e interpretar.

Las modificaciones entre la propuesta presidencial y el texto final se realizaron en el seno de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Relaciones Exteriores y Organismos Internacionales; de Justicia; de Derechos Humanos, y de Estudios Legislativos del Senado de la República (en adelante las "Comisiones Unidas del Senado"), cuyos miembros estuvieron a cargo de elaborar el dictamen correspondiente. En el mismo, las Comisiones Unidas del Senado afirmaron que

[era] necesario modificar los términos propuestos por la iniciativa, para incluir una disposición que permita reconocer la competencia [de la CPI] de acuerdo con las condiciones previstas por el [Estatuto de Roma], no considerando adecuado por el momento, establecer la jurisdicción respecto de una generalidad de tribunales internacionales aceptados en tratados presentes o futuros, como sugiere la propuesta del Ejecutivo, ni tampoco un sometimiento genérico, incondicional y permanente.³⁵

De los pocos argumentos presentados por las Comisiones Unidas del Senado para desechar la iniciativa del Ejecutivo, en los términos en que se había presentado, la última frase parece particularmente ambigua e, incluso, oscura. En especial cuando se contrasta con la redacción

³⁵ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Relaciones Exteriores, Organismos Internacionales; de Justicia; de Derechos Humanos; y de Estudios Legislativos, el que contiene el proyecto de decreto que reforma el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a la Corte Penal Internacional, 13 de diciembre de 2002. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/red/accesoinformacion/UnProcLeg.asp?nIdLey=130&nIdRef=178&nIdPL=2&cTitulo=CONSTITUCION%20POLITICA%20DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS&cFechaPub=20/06/2005&cCateg=CONSTITUCION&cDescPL=DICTAMEN/ORIGEN>> (19 de junio de 2006).

alternativa propuesta por estas comisiones el cual, eventualmente, se convertiría en el texto del párrafo 5 del artículo 21 constitucional.

El dictamen de las Comisiones Unidas del Senado resalta, sin titubeos, la importancia que tiene la CPI para la lucha contra la impunidad, así como el compromiso de México con esta meta. De la misma forma, el dictamen afirma que, con base en los estudios respectivos, las Comisiones respectivas llegaron a la conclusión de que no existía incompatibilidad o contradicción alguna entre nuestra Constitución y el ER. De hecho, en palabras de las Comisiones, la suscripción por parte del Estado mexicano de este instrumento internacional y, por ende, el reconocimiento de la competencia de la CPI

[...] *otorgaría al ciudadano mexicano una garantía adicional a las existentes en materia de justicia.* Su propósito de eliminar la impunidad y juzgar conforme a derecho a quien cometa un delito tipificado en el Estatuto [de Roma], es congruente con las finalidades que persigue nuestro país, corroborando con su aceptación, los principios que integran el derecho nacional. [...] En este sentido, existe plena coincidencia entre los objetivos que persiguen la Corte y los valores consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Más aún, la Corte será una extensión de esa garantía en casos de excepción.³⁶

Ahondando en la importancia de la reforma, el dictamen en comento sostiene que la misma sentará las bases constitucionales para asegurar la plena incorporación de las autoridades mexicanas con la CPI, de manera que se dé cumplimiento cabal a los compromisos derivados del Estatuto de Roma.

No obstante esta posición tan positiva con respecto a la CPI, las Comisiones Unidas del Senado incorporaron una aparente salvaguarda que, en su evaluación, permitiría al Estado mexicano reconocer, en cada caso, la jurisdicción de la CPI sin que dicho acto constituyera "un sometimiento genérico, incondicional y permanente". En este tenor, el dictamen concluye que

[...] estas Comisiones proponen adicionar con un quinto párrafo el artículo 21 [constitucional] [...] para que el Senado, garante de la política exterior, autorice el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en el ámbito de su competencia. Esta aprobación se otorgará atendiendo a las circunstancias de

³⁶ *Ibidem.* [Énfasis añadido]

cada asunto en particular, con el fin de asegurar que cualquier solicitud de cooperación que se formule, sea analizada desde la perspectiva del respeto a la primacía de la jurisdicción nacional, las disposiciones del artículo 17 constitucional y la legislación aplicable.³⁷

Tal como se advirtió en aquél momento, una lectura del texto constitucional en este sentido sería, a todas luces, incompatible con el derecho internacional que rige los tratados entre Estados, incluido el Estatuto de Roma. Una vez que un Estado ha ratificado el ER ha, inmediatamente, reconocido la jurisdicción permanente de la CPI y no podrá desvincularse de la misma sino mediante la denuncia del tratado.³⁸ De la misma forma, de conformidad con el derecho internacional, la aprobación (o negativa) del Senado no podrá ser la base legal para que las autoridades nacionales no den cumplimiento a una solicitud de cooperación o entrega de un nacional, cuando sea requerido por la CPI de conformidad con los procedimientos establecidos para tales fines por el propio Estatuto de Roma.³⁹ Como es bien sabido, una vez que un Estado se ha vinculado jurídicamente un tratado internacional, a través de la ratificación o adhesión del mismo, no se podrá alegar ninguna norma de derecho interno para incumplir las obligaciones establecidas en el instrumento respectivo.⁴⁰

³⁷ Véase, Dictamen de las Comisiones Unidas del Senado.

³⁸ Véase, el artículo 127 del Estatuto de Roma. Aunque nunca se plateó de forma expresa en el dictamen o debate del Senado, el texto propuesto por las Comisiones Unidas podría haberse entendido no como una base constitucional para la ratificación del Estatuto, lo que convertiría a México en un Estado parte de pleno derecho del ER, con todas las obligaciones y derechos correspondientes, sino como la habilitación jurídica para que, en determinadas circunstancias, nuestro país pudiera realizar una declaración especial en términos del artículo 12(3) del mismo ER. En virtud de esta disposición un Estado podrá reconocer la jurisdicción de la CPI únicamente con respecto a una situación en particular, sin que dicho acto pueda tenerse como una ratificación o adhesión al instrumento. De manera expresa, el referido artículo 12(3) dispone que "[un] Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX". Esta posible lectura del entonces párrafo 5 del artículo 21 quedó completamente descartada cuando México depositó el instrumento de ratificación correspondiente, el 28 de octubre de 2005. Como se anotó anteriormente, el ER fue publicado en el *DOF* el 31 de diciembre de 2005.

³⁹ La parte XIX del Estatuto de Roma (artículos 86-102) establecen las normas que regirán la cooperación y colaboración entre los Estados parte del ER y la propia CPI. De manera expresa, el artículo 86 de este instrumento establece la obligación de los Estados parte de cooperar plenamente, en los términos dispuestos en el propio Estatuto, con la CPI en relación a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes competencia de ésta (agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra). De manera adicional, en el marco del análisis de esta reforma al artículo 21 constitucional y su impacto en la incorporación de la CPI al orden jurídico constitucional mexicano, es importante resaltar que de conformidad con el artículo 120 del mismo ER, los Estados no podrán presentar reserva alguna al momento de ratificar o adherirse al instrumento. Esta disposición, perfectamente compatible con el artículo 19(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, implica que el Estado únicamente puede obligarse con el tratado en los términos íntegros del mismo; no podrá excluir del ámbito de sus obligaciones alguna(s) disposición(es) del instrumento.

⁴⁰ Al igual que los convenios o contratos entre particulares, los tratados internacionales (en tanto acuerdos entre Estados) están regidos por el principio del *pacta sunt servanda*. En consecuencia, según lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46". Por su parte, el artículo 46 (relevante por la remisión que a él hace el propio artículo 27)

Con estas consideraciones sobre la mesa, el riesgo latente de una interpretación expansiva del texto aprobado por el Senado parece haber sido identificado y restringido, desde el mismo proceso de reforma constitucional, por la propia Cámara de Diputados. El dictamen presentado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia y Derechos Humanos de la cámara baja coincidió en resaltar las características positivas de la CPI, afirmando que este órgano judicial internacional se fundamenta en los mismos principios de derecho penal en que se sustenta nuestro orden jurídico, además de reconocer todas las garantías de debido proceso consagradas en nuestra Constitución. En este sentido, el dictamen respectivo se pronuncia a favor de la aprobación del texto propuesto en la minuta de la Cámara de Senadores, no sin antes enfatizar que

[...] en su opinión, la aprobación por parte del Senado contenida en la adición de un párrafo al artículo 21 Constitucional, tiene por objeto asegurar, en primer lugar, la primacía de la jurisdicción nacional respecto de aquellos crímenes sobre los que tengan competencia los tribunales mexicanos. No otorga, por lo tanto, una facultad ilimitada al Senado. La autorización del Senado a que se refiere el párrafo adicionado al artículo 21 constituye un requisito de procedencia interna, limitado a los casos que involucren la entrega de ciudadanos mexicanos. Es claro que este requisito de procedencia interna no podrá ser invocado como justificación para incumplir las obligaciones internacionales contraídas por virtud del Estatuto de Roma, conforme lo dispone el derecho internacional, una vez que este último entre en vigor para México. Estas Comisiones Unidas tienen plena conciencia de que el Estatuto no admite reservas.⁴¹

Los documentos correspondientes al proceso de reforma no proporcionan muchas más luces sobre el alcance y las consecuencias normativas del texto que, en 2005, se convirtió formalmente en parte del artículo 21 constitucional. Ante tal situación, era fundamental contar

señala: "1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno". Si bien este artículo parece establecer una excepción en cuanto a la posibilidad de un Estado para invocar su derecho interno, es fundamental resaltar que la misma se refiere, exclusivamente, a la forma en que un Estado expresa su consentimiento para obligarse en los términos del tratado. Por lo tanto, la regla general establecida en el artículo 27 de la Convención referida se mantiene con respecto a cualquier otro supuesto en que el Estado trate de alegar que el incumplimiento de una obligación internacional (debidamente adquirida) es contrario a su derecho interno, incluso a una norma fundante del mismo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue adoptada el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. México la firmó el 23 de mayo de 1969. El 29 de diciembre de 1973 el Senado dio su aprobación para la ratificación. Fue ratificada por México el 25 de septiembre de 1974 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

⁴¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y, de Justicia y Derechos Humanos de la LIX Legislatura, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 2004.

con una ley secundaria que reglamentara la cooperación entre nuestro país y la CPI, en términos compatibles con la Parte IX del Estatuto de Roma.⁴² Fue así como, desde 2006, el Ejecutivo federal presentó una iniciativa de decreto que expide la ley reglamentaria del párrafo quinto (ahora octavo) del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Dicha iniciativa fue aprobada por la Cámara de Senadores tres años después, en diciembre de 2009, y turnada para su revisión a la Cámara de Diputados. Hasta la fecha, agosto de 2012, no se ha presentado el dictamen correspondiente al pleno de la cámara baja para su discusión.

Si bien la iniciativa aprobada por el Senado todavía no es formalmente una ley, es importante reflexionar los términos en que la misma plantea el ejercicio de la facultad constitucional otorgada al Senado, en relación con la jurisdicción de la CPI. Lo anterior, dadas las implicaciones que el uso (o abuso) que dicha facultad podría tener para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de México derivadas del ER y, en general, en materia de derechos humanos.

El Capítulo Segundo del Título Segundo de la iniciativa se centra en la aprobación del Senado de la jurisdicción de la CPI. En términos generales, se establece la obligación del Ejecutivo federal de solicitar la aprobación del Senado cuando la CPI haya establecido jurisdicción sobre un caso que, bajo las leyes aplicables, pudiera ser competencia del Estado mexicano. Recibida la notificación, la Junta de Coordinación Política deberá convocar a una sesión ordinaria para determinar el procedimiento para resolver sobre la procedencia o improcedencia del reconocimiento. En términos de la iniciativa, la decisión deberá ser adoptada por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión. En todo caso, si el Senado no ha dado una respuesta en un plazo de 30 días contados a partir de la notificación del Ejecutivo, aplicará una afirmativa ficta. Esta es una salvaguarda de la mayor relevancia, a fin de garantizar que no se posponga indefinidamente la cooperación con la CPI si es que el Senado no logra alcanzar un acuerdo dentro de un plazo razonable, sea sobre el procedimiento aplicable para resolver la cuestión o sobre el fondo de la solicitud del Ejecutivo federal.

En cualquier caso la iniciativa tiene tres aspectos particularmente delicados que, en cuanto al alcance de la facultad del Senado, deberán ser materia de interpretación cuidadosa por parte de todas las autoridades. Estos son: (i) la referencia a hechos delictivos competencia del Estado mexicano; (ii) la determinación de la etapa procesal en la que se deberá otorgar la aprobación por parte del Senado, y (iii) los efectos legales de la misma.

⁴² Véase, *supra* nota 38.

Sobre el primer punto, el artículo 10, fracción I del proyecto de ley parece delimitar, de inicio, el alcance de la facultad del Senado al dotar de contenido el término "caso". Por éste se entenderán los "hechos presuntamente delictivos que sean competencia del Estado mexicano de conformidad con las leyes aplicables". No obstante, es de recordar que, si bien en otro momento esta referencia hubiera podido limitarse a hechos cometidos en territorio mexicano, distintas reformas al Código Penal Federal han ampliado el ámbito de aplicación del mismo para abarcar los delitos que: (i) se cometan en el territorio mexicano, incluidos los consulados o en contra de su persona y buques de bandera mexicana; (ii) produzcan o pretendan producir sus efectos en el territorio nacional; (iii) tengan carácter permanente y se sigan cometiendo en nuestro territorio; (iv) sean cometidos por mexicano o en contra de mexicanos en el extranjero, si el acusado está en territorio mexicano, no ha sido enjuiciado en el país de comisión y sean penados por las leyes de ambos países, o (v) estén contemplados en tratados internacionales de los que México sea parte y que prevean la obligación de extraditar y enjuiciar, siempre que el acusado se encuentre en territorio nacional, no haya sido enjuiciado en el país que delinquiró y la conducta esté penada en ambas jurisdicciones. A estas normas se habrán de agregar, además, todas las reglas establecidas en los códigos penales estatales ya que, hasta la fecha, no se ha establecido la jurisdicción federal exclusiva para crímenes internacionales. Sirva esta relación sobre el alcance del ámbito de aplicación de la ley penal mexicana para resaltar la importancia de que una eventual interpretación del artículo 10 del proyecto de ley no constituya un obstáculo para que las autoridades competentes –en particular la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República– puedan cooperar con la CPI en la investigación y enjuiciamiento de hechos acontecidos, por ejemplo, en Darfur, Libia o República Democrática del Congo.

De igual manera, la definición propuesta en el artículo 10 respecto al término "jurisdicción de la Corte" –por el cual se entenderá "la etapa procesal a partir de la cual el Fiscal de la CPI notifique su decisión de iniciar una investigación de conformidad con el Estatuto de Roma"–, debe interpretarse de forma que sea compatible con la normativa y precedentes judiciales de la propia CPI. Al analizar los términos de la iniciativa, es posible concluir que la autorización del Senado deberá darse con respecto a lo que, en el argot del derecho penal internacional, se conoce como una "situación". Definida con base en parámetros temporales, territoriales y, sólo en algunos casos, personales, una situación se diferencia, en los procedimientos ante la CPI, de un "caso", el cual "comprende incidentes específicos durante los cuales uno o más crímenes competencia de la Corte que parecen haber sido cometidos por uno o más sospechosos, dando lugar a los procedimientos que tienen lugar después de que se emite una orden

de aprehensión o de comparecencia".⁴³ Esto significa que el Senado deberá aprobar la jurisdicción de la Corte y, como consecuencia, la posibilidad de cooperar con la misma, con respecto a una situación en abstracto, sin que se hayan presentado cargos específicos en contra de alguna persona en particular. Lo anterior, unido a una interpretación restrictiva del término "caso" en la regulación constitucional mexicana, conduciría a concluir que la facultad del Senado se limita a la aprobación de cooperación ante la apertura, por parte de la Fiscalía de la CPI, de una investigación general sobre una situación en México.

Un último aspecto de interpretación se centrará en el párrafo tercero del artículo 12 del proyecto de ley, el cual se refiere a los efectos de la aprobación por parte del Senado. En términos concretos, la resolución del Senado o, en su caso, la afirmativa ficta

faculta a la Secretaría [de Relaciones Exteriores] para que, en coordinación con la Procuraduría [General de la República] y demás autoridades competentes, desahogue todo tipo de solicitudes de colaboración y ejecute todas las diligencias que solicite la Corte en relación con dicho [c]aso [...]

La referencia genérica a "todo tipo de solicitudes de colaboración" tiene, sin duda, aspectos positivos. Atendiendo a esta disposición, el Ejecutivo deberá solicitar la autorización del Senado en una sola ocasión y no cada vez que la CPI remita una solicitud de cooperación o entrega al Estado mexicano. Sin embargo, una referencia tan extensa también podría resultar problemática en caso que el Senado niegue el reconocimiento, de manera que se obstaculice el cumplimiento de "todo tipo de solicitudes" por parte de las autoridades mexicanas. Esto conllevaría, sin duda, un incumplimiento de las obligaciones internacionales de México y una injerencia indebida de los órganos políticos nacionales en el trabajo de una institución judicial que ha sido integrada, de pleno derecho, al orden constitucional nacional.

IV. Conclusiones

Tal como se reconoció en los dictámenes emitidos por las Comisiones Unidas de las Cámaras de Senadores y de Diputados con motivo de la reforma al artículo 21 constitucional, la incorporación de la CPI al marco normativo mexicano otorga a las personas una garantía adicional de justicia y fortalece las instituciones existentes. Las normas del Estatuto de Roma que rigen la relación entre la jurisdicción de los tribunales mexicanos y la CPI garantizan la primacía de

⁴³ CPI. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-tEN-Corr*, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, párr. 65. [Traducción de la autora]

los primeros, ya que un caso sólo será admisible ante la segunda cuando las autoridades nacionales no puedan o no quieran investigar o enjuiciar a las personas acusadas por haber cometido crímenes competencia de la CPI. La lógica detrás la complementariedad de esta jurisdicción internacional es, sin duda alguna, la consolidación de la justicia nacional en favor de las víctimas, siempre con base en la tutela absoluta de los derechos del acusado.

La posibilidad de que México se integrara al sistema de justicia establecido por el Estatuto de Roma fue posible, a su vez, por las propias características de la CPI. Gestada desde el seno mismo de las Naciones Unidas, este órgano jurisdiccional internacional representa la culminación de un proceso de décadas, a través del cual la comunidad internacional ratifica su compromiso con el debido proceso y la justicia para enfrentar, incluso, los peores crímenes contra la humanidad. El compromiso con la CPI es, entonces, cumplir y garantizar los más altos estándares en materia de derechos de los acusados y de las víctimas, incluidos aquéllos que de refieren a la dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad y al derecho a ser enjuiciado por un juez con competencia natural, independiente e imparcial, tal como han sido interpretados por el Poder Judicial Federal y la Corte IDH.

No obstante lo anterior, el requisito establecido por los órganos políticos nacionales, como condición para autorizar la ratificación del Estatuto de Roma, condujo a una compleja paradoja normativa. Como se analizó en su momento, el texto del actual párrafo octavo del artículo 21 constitucional establece que el Ejecutivo federal podrá, en cada caso, con la aprobación del Senado, reconocer la jurisdicción de la CPI. Esta norma constitucional no se plantea, en principio, como un reconocimiento sin reservas de la competencia de la CPI, a pesar que ese sea, precisamente, una de las consecuencias jurídicas de la ratificación del ER por parte de México (lo que sucedió desde octubre de 2005).

A fin de dar operatividad al texto constitucional, desde hace años se ha planteado una ley reglamentaria, en virtud de la cual se busca compatibilizar la facultad contenida en el artículo 21 constitucional con las obligaciones adquiridas por México en virtud de la ratificación del ER y, en general, con el marco normativo de protección a la persona. La propuesta de ley, aprobada ya por el Senado, logra este objetivo hasta cierto punto.

Sin duda, es importante que la autorización del Senado se dé en una etapa procesal en la cual no se han individualizado los casos, en el sentido que le ha otorgado a este término la CPI. En otras palabras, la autorización del Senado no se referirá a un acusado o un incidente en particular, sino a todo un conjunto de hechos delimitados, normalmente, por parámetros temporales (un período más o menos extenso de tiempo) y territoriales (todo el espacio físico de jurisdicción de un Estado). Esto implica, presumiblemente, una salvaguarda frente a la

manipulación del ejercicio jurisdiccional de un órgano independiente, por parte de un cuerpo político.

No obstante lo anterior, continúa siendo preocupante que el Senado pueda negar la autorización de reconocer la jurisdicción de la CPI –lo que en la práctica implica una negativa para que las autoridades nacionales cooperen con esta Corte–, en caso que una situación en México sea objetivo de una investigación por parte de la Fiscalía de la propia CPI. ***Particularmente cuando la propuesta de ley no requiere que el Senado justifique ni motive su negativa.*** Esta posible injerencia de un órgano político en las bases de operación del órgano judicial internacional podría entenderse como un trato desigual ante hechos que no lo ameritan, de manera que se constituya una vulneración al derecho a la igualdad en su dimensión jurisdiccional, así como al derecho del a ser escuchado por un tribunal independiente e imparcial.

Estas posibles vulneraciones no se derivan de la naturaleza de la CPI o sus bases legales, sino de las propias normas internas. De esta forma, es crucial entender que cualquier regulación de la actividad del Senado con respecto a la CPI, así como la interpretación y aplicación que de una futura ley realicen las demás autoridades administrativas y judiciales, deberá tomar en cuenta que el párrafo octavo del artículo 21 constitucional no puede ser analizado en el vacío. Por el contrario, esta disposición se integra a todo el marco constitucional y convencional de derechos humanos que, tal como establece el artículo 1o. constitucional, debe interpretarse de forma que favorezcan la protección más amplia las personas. El ejercicio desbordado u arbitrario (sin justificación y motivación) de una facultad estatal no implica, bajo ningún supuesto, la protección más amplia de las personas. No de las víctimas –cuyos derechos están reconocidos tanto en nuestra Constitución como en el propio ER– y no de los acusados, quienes tienen el derecho a ser investigados y enjuiciados por órganos (nacionales o internacionales) cuya competencia se determina por normas generales y abstractas, no referidas a ninguna situación en particular, establecidas con anterioridad de los hechos y que operan libres de toda injerencia de los órganos políticos.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- TRIBUNALES ESPECIALES (Registro No. 806435. Tesis Aislada. Materia(s): Común. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XC. Página: 682. Amparo administrativo en revisión 2568/42. Alonso J. Concepción. 16 de octubre de 1946. Unanimidad de cinco votos). Amparo directo en revisión 287/2011. 18 de mayo de 2011. Primera Sala. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- TRIBUNALES ESPECIALES (Registro No. 368219. Tesis Aislada. Materia(s): Laboral. Quinta Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo CXI. Página: 432. Amparo directo en materia de trabajo 2155/49. Carbajal Rayón Manuel. 17 de enero de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Arturo Martínez Adame).
- Amparo en Revisión 337/2001. Sentencia definitiva de 30 de enero de 2002. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=43596>> (20 de junio de 2013).
- Acción de Inconstitucionalidad 37/2006. Sentencia definitiva 22 de noviembre de 2007. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86478>> (20 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000 Serie C No. 69.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001 Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001 Serie C No. 72.

- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006 Serie C No. 150.
- Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007 Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008 Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- CPI. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-tEN-Corr*, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, párr. 65. [Traducción de la autora] CPI. *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-tEN-Corr*, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares I, 17 de enero de 2006, párr. 65. [Traducción de la autora]

El Artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras

Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reforma al artículo 33 constitucional*. III. *Expulsión de extranjeros y el derecho internacional*.

PALABRAS CLAVE: Expulsión; Extranjeros; Debido Proceso; Circulación; Tránsito; Migración; Derecho de Defensa; Derecho de Audiencia; Legalidad; Refugiados; No Devolución; Asistencia Consular; Detención; Intérprete; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. Introducción

El nuevo texto del artículo 33o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") señala lo siguiente:

Artículo 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta constitución.

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Este artículo que recientemente con la reforma de junio de 2011 fue modificado era uno de los pocos artículos que habían permanecido intactos y sin recibir cambio alguno desde la promulgación de la actual Constitución en 1917, por lo que mantuvo durante 94 años su texto original, el cual establecía que:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas por el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I. Título Primero, de la

presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Como se puede apreciar este numeral definía a las personas extranjeras por exclusión de las mexicanas y les otorgaba algunos derechos (los del capítulo I, o sea las llamadas "Garantías Individuales") y establecía que podían ser expulsadas por el Ejecutivo Federal sin juicio previo, al ser considerada unilateralmente por éste, como inconveniente su permanencia en el país, previniéndoles además de no inmiscuirse de ningún modo en asuntos políticos del país, sin precisar mayor detalle al respecto.

En tal virtud la cuestión de la expulsión de personas extranjeras por "inconveniencia" vino a constituirse en un límite más a los establecidos por el artículo 11o. de la propia Constitución, que establece la llamada "libertad de tránsito", complementando a la limitación correspondiente, relativa al caso de "extranjeros perniciosos" residentes en el país que el propio artículo en su parte final prevé.¹

Al efecto, el mencionado artículo 11o. determina lo siguiente:

Toda persona 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...

Incluso hay que resaltar que al establecerse de manera expresa constitucionalmente la expulsión inmediata y sin juicio previo y al arbitrio del Ejecutivo, tal situación se consideró como una excepción a la llamada "garantía" o derecho de audiencia prevista por el artículo 14o. de la propia Constitución.²

¹ *Las Garantías de Libertad, México, SCJN, 2004, p. 164.*

² *Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Las reservas formuladas por México a instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, México, CNDH, 1998, p. 38.*

Lo anterior quedaba corroborado incluso por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") como se aprecia en la siguiente tesis cuyo rubro y texto son:

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. Es exclusiva y discrecional la facultad que el artículo 33 de la Constitución otorga al presidente de la República para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin forma de juicio, a todo extranjero cuya permanencia en el país juzgue inconveniente.³

De esta manera la facultad "exclusiva" del Presidente de la República para expulsar extranjeros sin juicio previo se constituyó en la más grave restricción que tenía el extranjero en materia de garantías constitucionales pues como se ha mencionado el extranjero estaba excluido de la garantía de audiencia, con lo cual la orden presidencial de expulsión tenía efectos de ejecución inmediata, sin que se requiriera para ello de orden judicial alguna. Dicho estado de cosas fue confirmado por la propia Suprema Corte.⁴

Tal situación a todas luces injusta y antijurídica para los tiempos que vivimos, prevaleció vigente por casi un siglo, generando una falta total de certeza jurídica para las personas extranjeras residentes en nuestro país, pues cabe mencionar que la citada expulsión era una figura totalmente distinta de la deportación o la extradición, con lo cual no era necesario que la persona extranjera estuviera de manera ilegal en el país o hubiera cometido alguna falta y menos aún que fuera requerida por algún otro Estado por la comisión de algún delito (causa penal), sino que bastaba con que fuese considerada "inconveniente" su permanencia en el territorio nacional a juicio únicamente del Ejecutivo Federal, para que su expulsión se diera de manera directa, inmediata y sin mayor trámite, sin tener la persona afectada la menor posibilidad de ser escuchada y menos aún de defenderse. Cabe mencionar que tal circunstancia en muchas ocasiones afectó no solamente a las personas expulsadas sino también a sus familias que no sólo residían legalmente en el país sino que incluso en algunos casos se trataba de personas mexicanas, generándose con ello una separación familiar forzada.

Dicho precepto constitucional generó grandes márgenes de arbitrariedad impidiendo que los extranjeros que se encontraban en México pudieran tener realmente un acceso a una defensa adecuada y además el ejercicio de la facultad del Ejecutivo Federal de expulsar a personas extranjeras estuvo prácticamente fuera de todo control jurisdiccional, situación

³ Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811455.

⁴ González Schmal, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, 2a. edición, México, Limusa/UIA, 2007, pp. 217-218.

totalmente injusta y contraria a los derechos humanos fundamentales contenidos en diversas normas internacionales en la materia.⁵

Esta situación fue confirmada por el Estado mexicano al oponer reserva expresa a diversos tratados internacionales que buscaban dar ciertas garantías a las personas extranjeras frente a dichas expulsiones arbitrarias, argumentando la incompatibilidad con la propia Constitución en su referido artículo 33o. Tal es el caso de las reservas formuladas por México a los artículos 5o. y 6o. de la Convención sobre Condición de Extranjeros de La Habana de 1928.⁶ Igualmente se formuló reserva por el gobierno de México al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) de Nueva York de 1966, el cual fija las condiciones para la expulsión de los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado.⁷

Del mismo modo el gobierno de México hizo reserva expresa respecto del párrafo 4 del artículo 22o. de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares por considerarlo contrario a lo que establecía el artículo 33o. de la Constitución y la Ley General de Población.

También el Gobierno de México hizo reserva expresa al artículo 32o. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1971, por lo que se refería a la aplicación del artículo 33o. de la Constitución, sin perjuicio de la observancia del principio de no devolución contenido en el propio artículo 33o. de la Convención.

En tal virtud se puede apreciar que el gobierno mexicano con tales reservas intentó evitar que los tratados internacionales que había celebrado pudieran afectar la aplicación discrecional y "soberana" de la facultad que el artículo 33o. estableció sin cortapisas a favor del Ejecutivo de la Unión.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, es preciso dejar en claro que dicho artículo 33 constitucional resultaba directa e indirectamente también, violatorio de diversos tratados internacionales de derechos humanos, (en los cuales no se hicieron reservas) al discriminar a las personas por su lugar de nacimiento y negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales.⁸

⁵ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM/Porrúa/CNDH, 2005, pp. 502-503.

⁶ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Las reservas...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁸ Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente*, México, UNAM, 2002, p. 75.

II. Reforma al Artículo 33 Constitucional

Actualmente con la reforma de junio de 2011 el artículo 33o. fue modificado radicalmente en su redacción y esencia, para quedar en los términos antes señalados, con lo cual se modificó sensiblemente el procedimiento de la expulsión, estableciéndose en el nuevo texto que de ahora en adelante

El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

De lo anterior se desprenden varias cuestiones significativas:

- La expulsión no deberá ser ya inmediata.
- La expulsión no deberá basarse en la voluntad caprichosa y arbitraria del Ejecutivo Federal, sino que deberá estar fundamentada en una ley.
- Dicha ley deberá prever las causas que puedan llegar a motivar una expulsión de una persona extranjera.
- En esa ley deberá establecerse el procedimiento administrativo que deberá seguirse para que la expulsión se verifique si es que procede.
- En dicho procedimiento se deberá dar audiencia a la persona afectada y deberán dársele las oportunidades defensivas pertinentes y permitírsele aportar pruebas y alegar lo necesario en contra de su expulsión.
- La ley que al efecto se emita deberá determinar el lugar y tiempo que dure la detención de la persona extranjera mientras se lleve a cabo el procedimiento.

Como se puede apreciar el artículo en comento ha dado un vuelco en lo que hace a la cuestión de la expulsión de personas extranjeras, sin embargo ahora la cuestión estriba en que la ley que se emita sea de verdad justa y garantista y establezca de manera cerrada, limitada, clara y objetiva las causales por las cuales proceda la expulsión de personas extranjeras y que el procedimiento que al efecto se establezca sea correcto y apegado a los estándares internacionales existentes en el tema.

Otra cuestión que no debemos olvidar es que en todo caso el acto de la expulsión como todo acto de autoridad, está sujeto a lo establecido por el artículo 16 constitucional en su primer párrafo dentro de la llamada "Garantía de Legalidad General" relativo a que la resolución que se dicte en dicho procedimiento deberá estar suficientemente fundada jurídicamente y motivada. De esta manera incluso bajo el antiguo texto del artículo 33o. que otorgaba una facultad bastante amplia y discrecional al Ejecutivo para expulsar a personas extranjeras, tal acto podía ser controlado de acuerdo con el artículo 16o. por la autoridad judicial a efecto de que no se permitiera la emisión de resoluciones arbitrarias.

Corroboran lo anterior los criterios contenidos en las tesis de jurisprudencia siguientes:

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO. El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica.⁹

FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD. La base toral de las facultades discrecionales es la libertad de apreciación que la ley otorga a las autoridades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la arbitrariedad, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual permite que los actos discrecionales sean controlados por la autoridad jurisdiccional.¹⁰

EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE. Aun cuando el artículo 33 de la Constitución otorga al Ejecutivo facultad para hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros

⁹ Tesis: 38 (6a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO, México, Apéndice 2000, Tomo III, p. 45. Reg. IUS. 910971.

¹⁰ Tesis: P. LXII/98 (9a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, p. 56. Reg. IUS. 195530.

cuya permanencia juzgue inconveniente, esto no significa que los propios extranjeros deben ser privados del derecho que tienen para disfrutar de las garantías que otorga el capítulo 1o., título 1o., de la Constitución; por lo cual la orden de expulsión debe ser fundada, motivada y despachada dentro de las normas y conductos legales.¹¹

EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA. El artículo 1o. de la Constitución Federal, establece la protección de ésta para todo individuo; esto es, para mexicanos y extranjeros; sin distinción de ninguna naturaleza. Igualmente previene que las garantías que otorga, no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma Constitución señala. Los artículos 103, fracción I, y 107, que establecen el juicio de amparo, no hacen distinción alguna sobre los individuos o personas a quienes alcanza esa protección. Por tanto, si el artículo 33 de la propia Carta Fundamental, faculta al Ejecutivo de la Unión, en forma exclusiva, para hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de previo juicio, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, no exime a dicho alto funcionario, de la obligación que tiene, como toda autoridad en el país, de fundar y motivar la causa legal de su procedimiento, por la molestia que causa con la deportación, ya que esa garantía está establecida por el artículo 16 de la propia Constitución. En consecuencia, sus actos no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar sujetos a las normas que la misma Carta Fundamental y las leyes establecen. Siendo así, procede el juicio de garantías contra sus determinaciones, conforme al artículo 103, fracción I, expresados, para lo cual debe seguirse el procedimiento establecido por la ley reglamentaria respectiva.¹²

Por otra parte y a pesar de que ya se establece en el nuevo texto del artículo 33 que debe haber un procedimiento a seguir para la expulsión de las personas extranjeras, hay varios puntos de la reforma que aún son cuestionables. Por ejemplo, una crítica a la reforma realizada es la referida a la parte final del párrafo segundo de dicho artículo 33o. en donde establece que la ley "regulará el lugar y tiempo que dure la detención", lo cual consideramos no debió quedar asentado así pues parece indicar que en todo caso las personas sujetas a un procedimiento administrativo de expulsión deberán estar detenidas, cuestión que induda-

¹¹ Tesis (5a.), EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CX, p. 113. Reg. IUS. 319115.

¹² Tesis (5a.), EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XCV, p. 720. Reg. IUS. 320612.

blemente no debe ser de esta manera, pues sería contradictorio con lo establecido en otros numerales de la propia Constitución, como lo relativo a que nadie puede ser privado de la libertad sino mediante juicio ante tribunales previamente establecidos (art. 14o.), lo relativo a orden de aprehensión y detención por causa penal (art. 16o.), la prisión preventiva sólo por causa penal y para ciertos delitos (art. 18o.). El auto de vinculación a proceso y la excepcionalidad de la prisión preventiva la presunción de inocencia (art. 20o.), el arresto administrativo hasta por 36 horas (art. 21o.) y la detención hasta por 60 días naturales para substanciar el procedimiento de extradición (art. 119o.). De acuerdo con lo anterior podemos percatarnos que la detención de una persona se debe dar de manera excepcional y sólo para ciertos casos generalmente penales y también con ciertos límites como es el caso del arresto administrativo, por lo que en el caso del procedimiento de expulsión de extranjeros habrá que cuidar que la ley no se constituya en el medio para "legalizar" constitucionalmente al modo del arraigo un procedimiento privativo de la libertad que opere en detrimento de las personas sujetas a tal procedimiento y de sus familiares también. No debemos olvidar como ya se ha mencionado que la expulsión de extranjeros no es por causa penal y no debe ser confundida tampoco con otras figuras y procedimientos existentes que tienen que ver con la salida necesaria de extranjeros de nuestro país, como son la deportación y la extradición.

Desgraciadamente en nuestro país la deportación, la expulsión y la extradición se han mezclado, confundido y utilizado en muchas ocasiones de manera irregular. Y en varias ocasiones se ha utilizado la expulsión como una forma de deportación sumaria o para salvar procesos de extradición, aprovechando que el texto constitucional del artículo 33o. establecía la expulsión de manera sumaria y sin necesidad de juicio previo.¹³

Por lo que ve a la referida detención de las personas sujetas a procedimiento de expulsión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha señalado que las medidas privativas de la libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y de manera proporcionada en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, por lo cual deberá ser por el menor tiempo posible. Todo lo que no sea de esta manera se considerará como un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.¹⁴

¹³ En relación con este tema se recomienda ver el texto de Noriega García, Pilar y Álvarez Díaz, Rafael, "La Extradición Sumaria de Perseguidos Políticos y el Derecho de Asilo", en Fernández, David y Acosta-Ortiz, Jesús S. (comps.), *Los Derechos Humanos en México: La tentación del Autoritarismo*, México, UIA, 1997, pp. 277-286.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 170-171.

Asimismo deberá cuidarse que la persona que se encuentre privada de su libertad en su detención se encuentre en condiciones de respeto a su dignidad personal y deberá garantizarse también que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención, sin que el Estado pueda alegar cuestiones de carácter económico para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y que no respetan la dignidad del ser humano.¹⁵ Por tanto los lugares de detención para cuestiones migratorias deberán ser especiales para tal fin y estar acondicionados de manera distinta de aquellos destinados a personas acusadas o condenadas por delitos penales.¹⁶

Ahora bien, toda vez que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") no establece una limitación respecto de la garantía establecida en el artículo 7.5 (derecho de toda persona detenida o retenida a ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario que ejerza funciones jurisdiccionales) en base a todas las causas o circunstancias por las que una persona es detenida o retenida, en virtud del principio pro persona dicha garantía debe ser satisfecha siempre que exista la retención o detención de una persona a causa de su situación migratoria o por cualquier otra causa y la revisión judicial deberá realizarse sin demora y de tal manera que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos de la persona detenida.

Así lo ha considerado la Corte Interamericana al señalar que para que se cumpla la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención Americana, los órganos que se encarguen de determinar derechos y obligaciones de las personas y que realicen funciones jurisdiccionales deben ser imparciales e independientes y deben estar facultados para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria y dichas características aplicarán también a las decisiones de órganos administrativos, y no sólo a los órganos estrictamente jurisdiccionales.¹⁷ La idea es que un juez o tribunal decida sobre la legalidad del arresto o detención pues de esta manera se garantiza un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afecten derechos fundamentales.¹⁸

¹⁵ Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87; Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 88.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párrs. 207-209.

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 208; y Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá...*, *supra* nota 14, párr. 126.

No hay que olvidar que la actuación de la administración tiene límites infranqueables entre los que se encuentra el respeto de los Derechos Humanos y en tal virtud es indispensable que su actuación se encuentre regulada y controlada.¹⁹

De esta forma aun cuando la detención se produzca por razones de seguridad y orden público ésta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la CADH,²⁰ y por tanto de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH serán arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos de un Estado que afecten el derecho a la libertad personal y que no se encuentren debidamente fundamentadas.²¹

En todo caso si se trata de la detención de una persona extranjera el gobierno mexicano deberá dar el aviso correspondiente a los funcionarios consulares del país de la nacionalidad de la persona extranjera, de acuerdo con lo que establece el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963, para que tengan la posibilidad de la representación y preservación de los derechos e intereses de sus nacionales. Esto en virtud de que dentro de las funciones consulares se encuentra el dar apoyo a los nacionales de su país (artículo 5 de la Convención sobre Relaciones Consulares de 1963) que se encuentran privados de su libertad; y el hecho de que se lleve a cabo y se mantenga a una persona en estado de detención, sin dar parte o realizar la comunicación consular respectiva al Estado patria de la persona detenida, constituye no sólo una violación en perjuicio de dicho Estado sino también del detenido en sus derechos.²²

Así ha quedado establecido en la opinión consultiva 16/99 emitida por la Corte Interamericana con motivo de la solicitud de opinión realizada por los Estados Unidos Mexicanos en relación con el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular, y en la cual se señala que los extranjeros sometidos a procedimiento penal, -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia y no basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos nacionales del Estado respectivo, sino que es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en un plano

¹⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126.

²⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. ..., *supra* nota 14, párr. 116.

²¹ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152; Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. ..., *supra* nota 17, párr. 208; y Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 153.

²² Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM/FKA, 2005, p. 289.

de igualdad ante la justicia, sin las afectaciones y limitaciones derivadas de la diferencia de culturas, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. De tal suerte que si estas limitaciones persisten y no hay medidas de compensación, las garantías procesales se convierten en derechos nominales y simples fórmulas normativas desprovistas de contenido real, haciendo que el acceso a la justicia sea ilusorio.²³

En virtud de lo anterior la Corte IDH precisa en la opinión consultiva 16/99 que el derecho del inculcado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste sobre recurrir a la protección consular no es una creación de ella sino que emana de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pero se incorpora dentro del concepto de debido proceso legal de nuestro tiempo, por lo que es un derecho individual que queda inscrito entre las normas de observancia obligada.²⁴

Tal cuestión sería confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Lagrand en el año 2001,²⁵ e igualmente sería abordada en el año de 2004 por dicha Corte Internacional de Justicia en el Caso Avena y Otros.²⁶

Igualmente debe hacerse notar que la persona extranjera que puede no conocer el sistema legal del país e incluso al estar privada de su libertad requerirá que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación para que disfrute de un auténtico acceso efectivo a la justicia, y por ello deberá, si es necesario aportarle los medios para que disponga de una asistencia jurídica durante su procedimiento.

Por esta razón la Corte Interamericana ha considerado que en procedimientos administrativos y judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de la libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal de las personas extranjeras es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.²⁷

²³ García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos*, México, UIA–Puebla/ITESO/UIA/Universidad de Guanajuato, 2005, pp. 9-10.

²⁴ García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos...*, op. cit., p. 11.

²⁵ ICJ. *Caso Lagrand Case (Alemania v. Estados Unidos de América)*. 2 de marzo de 1999. No. 104.

²⁶ ICJ. *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estado Unidos de América)*. 9 de enero de 2003. No. 128.

²⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

Asimismo es preciso dejar anotado, que en todo caso, en el procedimiento de expulsión respectivo, el extranjero deberá contar con las garantías procesales conducentes y con la asistencia de intérpretes si es que habla otro idioma distinto al español, y deberá gozar también de la asistencia de un abogado que le asesore y apoye en su defensa.

En todo caso, la expulsión de una persona extranjera no debe constituirse en un castigo desproporcionado o en un sufrimiento para ésta, pues en realidad es un acto del órgano ejecutivo relativo a una orden en la que se indica al extranjero que abandone el Estado, por ello la expulsión no debe efectuarse causando sufrimiento o ejerciendo violencia o daño innecesario a la persona extranjera que se expulsa, por ende la detención obligatoria de un extranjero bajo orden de expulsión debe evitarse y sólo por excepción debe efectuarse en caso de que se niegue a partir o trate de escapar del control de las autoridades del Estado. Adicionalmente deberá concedérsele un plazo razonable para arreglar sus asuntos personales previo a su salida del país y debe permitírsele escoger el Estado a donde pueda solicitar su admisión.²⁸

En tal sentido la Corte IDH en el caso Vélez Loor, ha señalado que los Estados deben adoptar medidas que garanticen a los migrantes los derechos a la libertad, al debido proceso y al acceso a la justicia, y que las detenciones de personas migrantes deben ser excepcionales, y que en los casos en que se justifique la privación de la libertad, ésta deberá ser revisada por un juez, garantizándosele a la afectada, el derecho a la presentación de un recurso legal adecuado y efectivo, estableciéndose que la detención de personas por incumplimiento de leyes migratorias no debe ser con fines punitivos.²⁹

Igualmente es muy importante considerar que tratándose de extranjeros que tengan en México la calidad de refugiados deberán observarse las previsiones establecidas en los artículos 32o. (expulsión), 33o. (prohibición de expulsión y devolución) y demás artículos correspondientes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967.

Es preciso señalar también, que la expulsión de extranjeros debe ser una situación realmente excepcional y no un procedimiento administrativo común, pues dicha facultad se creó para casos excepcionales y graves y precisamente por ello se asignó como una facultad propia y exclusiva del Presidente de la República. En tal sentido se manifestó la Suprema Corte ya desde 1918 en la siguiente tesis aislada:

²⁸ Oda, Shigeru, "El Individuo en el Derecho Internacional", en Sorensen, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1994, pp. 462-463.

²⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*..., *supra* nota 14, párr. 169.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. La facultad para efectuarla se ha concedido al presidente de la República para mantener el buen orden social y el respeto y observancia de los principios constitucionales.³⁰

Otra cuestión importante a considerar es no olvidar que el procedimiento administrativo de expulsión de personas extranjeras en realidad viene a ser una garantía de carácter procesal tendiente a hacer efectivo el derecho de los extranjeros a permanecer en el país, mismo que se deriva de lo establecido por el artículo 11º de nuestra Carta Magna, por lo que la ley que establezca dicho procedimiento, en su momento deberá tomar en cuenta lo estipulado en el referido numeral, en lo que se refiere a los aspectos sustantivos del derecho respectivo, por lo que para poder tener una mejor comprensión de la cuestión, se recomienda analizar a detalle el mencionado artículo y los preceptos internacionales relacionados con los derechos vinculados al tema de la libertad de circulación y de residencia.

Así pues sin lugar a dudas la reforma en cuestión es sumamente importante y benéfica, pero su cabal cumplimiento y la realización de sus fines depende de aspectos más detallados y finos como son la confección misma de la ley que al efecto se expida, por lo que habrá que estar muy atento al contenido de dicha norma, para ver que se ajuste a los parámetros deseables, y que no disloque el sistema de derechos establecido tanto a nivel constitucional como internacional.

Para tal efecto dicha ley deberá ser muy clara en las causas que puedan dar origen a la expulsión de personas extranjeras, cuidando que los casos de procedencia que ésta determine sean en verdad causas objetivas, evidentes y suficientes, que ameriten dicha medida y que no sean causas ambiguas, genéricas, indeterminadas, de apreciación libre y discrecional para la autoridad. Será pues fundamental, que las causas que se establezcan no se basen solamente en una presunción de peligrosidad o de posible nocividad del sujeto, o en meras suposiciones o probabilidades, sino en causas reales y en hechos consumados y probados; pues de no ser así se anula el principio básico de presunción de inocencia que opera en favor de toda persona, y se le estaría sancionando y afectando anticipadamente en supuesta previsión y prevención de situaciones cuya realización no ha sucedido y que incluso quien sabe si llegaran a ocurrir. En suma, la idea es no sancionar de manera anticipada a las personas extranjeras por el mero hecho de serlo, y por cuestiones que no serían sancionables si fueran nacionales.³¹

³⁰ Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811457.

³¹ Este tipo de medidas son semejantes a las disposiciones que se encuentran dentro del llamado Derecho Penal del Enemigo, el cual se caracteriza por dar una diversidad de trato a los ciudadanos por una parte y a los extraños y

Incluso como ya se ha mencionado, es preciso decir que la reforma de 2011 al artículo 33o., aunque benéfica y de avanzada con respecto al texto anterior, a nuestro modo de ver se quedó corta pues debió de haberse quitado por completo la limitante establecida todavía actualmente en el artículo 11o. a "extranjeros perniciosos" para permanecer en nuestro país y debió haberse derogado todo lo relativo a la expulsión de extranjeros establecida en el artículo 33o., dejando a las personas extranjeras en el goce de todas las garantías procesales de que goza cualquier persona nacional mexicana en el caso de privación de sus derechos, pues ya que en nuestra opinión lo anterior constituye una discriminación hacia las personas en virtud de su lugar de nacimiento, la cual es violatoria no sólo de diversos pactos de Derechos Humanos sino incluso también de lo establecido por nuestra propia Constitución en el artículo 1o. que prohíbe toda discriminación motivada por origen nacional.

La mencionada limitación que establece el artículo 11o. constitucional en su parte final relativa a que el derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia está subordinada a las facultades de la autoridad administrativa en los términos de ley para establecer limitaciones a los "extranjeros perniciosos residentes en el país", resulta bastante ambigua y difícil de definir pues no queda precisado constitucionalmente que persona extranjera es "perniciosa" o notoriamente dañina. ¿En términos de qué o de quién pueden considerarse tal situación? Sin lugar a dudas esta fue la base para apoyar la expulsión constitucional inmediata y sin previo juicio que durante tantos años estableció el artículo 33o.

Es preciso acotar que no se cuestiona que existan casos en los que una persona extranjera pueda ser objeto de una decisión que le haga abandonar el país por causas suficientes establecidas en la ley, como podrían ser las de comisión de delitos o de faltas administrativas graves, inherentes a cuestiones de emigración e inmigración o salubridad general de la República, limitantes éstas que están previstas por separado en el propio artículo 11o. Lo que se cuestiona es que no existan motivos claros y suficientes para expulsar del país a una persona extranjera, y que ello se dé sin las debidas garantías del debido proceso.

III. Expulsión de extranjeros y el derecho internacional

Incluso desde el punto de vista del derecho internacional, el derecho de un Estado de expulsar discrecionalmente a los extranjeros cuya presencia considera indeseable, lo mismo que el

enemigos por otra, sancionando a los primeros por los hechos cometidos y a los segundos de manera anticipada por los que podrían llegar a cometer. Para más detalle sobre la cuestión se recomienda ver el texto de Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.

derecho a negar la admisión a éstos, se ha considerado como un atributo de la soberanía del Estado, pero aun cuando los motivos de expulsión del extranjero pueden ser determinados por cada Estado de acuerdo a su criterio, no debe abusarse del derecho de expulsión. De esta manera incluso el Estado de la nacionalidad del extranjero que ha sido expulsado, puede hacer valer su derecho de investigar los motivos de la expulsión y la suficiencia de la prueba de los cargos en que ésta se ha basado.³²

En relación con los motivos de la expulsión, cabe distinguir si se trata de tiempos de guerra o tiempos de paz. En los tiempos de guerra se considera que el Estado beligerante tiene el derecho de expulsar a los extranjeros enemigos que se encuentren en su territorio. Mientras que en tiempo de paz los extranjeros sólo pueden ser expulsados en servicio de los intereses del orden o bienestar público o por razones de seguridad interna o externa del Estado (*Boffolo Case Italy-Venezuela*).³³ Cabe señalar que regularmente se han tenido consideraciones especiales a aquellos extranjeros que han sido residentes o se han dedicado a negocios durante cierto tiempo en el territorio del Estado.³⁴

En este sentido la Corte IDH ha señalado, que en el ejercicio de la facultad que tienen los Estados para fijar políticas migratorias, pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas extranjeras, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de derechos humanos establecidas en la CADH. Esto es que aunque los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad para determinar sus políticas migratorias (actos, medidas u omisiones institucionales), los objetivos que se busquen con ellas deben respetar los derechos humanos de las personas, debiéndose dar un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.³⁵

En todo caso cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa y judicial) cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas debe adoptar tales decisiones con pleno respeto a las garantías del debido proceso legal, es decir observando el conjunto de requisitos que deben llevarse a cabo en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto de autoridad que pueda afectarlos. Por esta razón y toda vez que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de que sea nacional

³² Oda, Shigeru, "El Individuo...", *op. cit.*, p. 462.

³³ 1903. 10 R.I.A.A. (Reports of International Arbitral Awards), 528.

³⁴ Oda, Shigeru, "El Individuo...", *op. cit.*, p. 462.

³⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos...*, *supra* nota 27, párr. 116; y Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000.

o extranjera, la administración no puede dictar actos sancionatorios sin otorgar a las personas sometidas a dichos procesos las garantías mínimas respectivas.³⁶

Otra cuestión importante es el párrafo final del artículo 33o. que siendo parte del viejo texto de dicho numeral quedó subsistente y no fue tocado en la reforma de 2011, dicho párrafo establece que "los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país". Tal mención resulta ser por demás ambigua e imprecisa una vez más, pues no especifica a qué se refiere tal situación y podría dejar la puerta abierta para que en la ley respectiva se establecieran supuestos que tuvieran que ver con manifestar opiniones o posturas por parte de una persona extranjera, y que pudieran ser consideradas como motivo suficiente para de algún modo justificar su expulsión.³⁷

Otro aspecto fundamental no menos importante es el relativo a las reservas formuladas por nuestro país a instrumentos internacionales en atención a la anterior redacción del artículo 33o. de la Constitución, tema al que ya nos hemos referido anteriormente. A este respecto es preciso decir que de acuerdo con el espíritu de la reforma constitucional que recientemente en el 2011 se hizo a la Constitución en materia de derechos humanos y de conformidad a la nueva redacción del mencionado artículo 33o., y toda vez que las reservas hechas no desaparecen de manera automática del orden internacional, dichas reformas deberán ser retiradas por el Ejecutivo siguiendo el procedimiento constitucional interno consistente en solicitarlo y obtener la aprobación del Senado, de acuerdo a lo que establecen los artículo 76o. fracción I y 89 fracción X de la propia Constitución.

De esta manera al hacerlo serán totalmente aplicables tanto en lo interno como en lo internacional, las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales antes mencionados y que determinan lo siguiente:

- Convención sobre Condición de Extranjeros (1928)
 - Artículo 5. "Los Estados deben reconocer a los extranjeros, domiciliarios o transeúntes en su territorio, todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías".

³⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. . . , *supra* nota 14, párr. 142-143.

³⁷ Bajo el amparo del antiguo texto del artículo 33o. esta fue una de las causas en base a las cuales se expulsó del país a bastantes personas extranjeras. Cabe mencionar que en otros países incluso los extranjeros llegan a tener ciertos derechos políticos, como votar e incluso ser votados.

- Artículo 6: "Los Estados pueden, por motivo de orden y seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por su territorio".
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
 - Artículo 13: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas".
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)
 - Artículo 22
 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.
 3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.
 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan

a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.
8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.
9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.

Artículo 56:

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente parte de la Convención no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III.
2. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo.
3. Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y

también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Artículo 32. Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.
2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.
3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Artículo 33. Prohibición de Expulsión y de Devolución. (Refoulement)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia o determinado grupo social o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Por otra parte y del mismo modo, la ley reglamentaria que se expida así como la aplicación que se haga del nuevo texto del artículo 33 constitucional, deberá tomar en cuenta fundamentalmente (aunque no exclusivamente) lo establecido en las siguientes disposiciones de carácter internacional contenidas en las declaraciones y tratados internacionales que a continuación se señalan.

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: Artículos 2, 7, 8, 9, 10, 13.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948: Artículo XVIII.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: Artículos 12, 13 y 14.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: Artículos 1, 2, 5, 7, 8, 22.

Hay que apuntar que en el plano internacional, la cuestión de la expulsión de extranjeros procede propiamente de lo establecido en el artículo 13 del PIDCP y de los que prevé el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana, disposiciones ambas que reconocen el derecho de la persona extranjera que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado, a no ser expulsada sin un mínimo del debido proceso. La CADH establece que la persona extranjera en tal situación sólo podrá ser expulsada en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. En tanto que el PIDCP establece dos garantías adicionales: la primera el derecho a ser oída y la segunda el derecho a solicitar la revisión de la decisión y a ser representada ante la instancia que revise la misma. Ambas garantías por supuesto están condicionadas a la ausencia de "razones imperiosas de seguridad nacional". La Convención Americana también señala como una garantía igualmente, la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros.³⁸

Como se puede apreciar el reconocimiento expreso del derecho antes mencionado es relativamente reciente pues no proviene directamente como tal ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aunque en realidad puede considerarse como una *lex specialis*, es decir como una manifestación específica del derecho al debido proceso que sustituye a la manifestación genérica.³⁹

Cabe decir que la aplicación que se haga del artículo 33o. constitucional deberá ser lo más garantistas posible, de conformidad con el principio "pro persona", establecido en el nuevo

³⁸ O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, OACNUDH/EGAP-ITESM, 2007, p. 591.

³⁹ *Ibidem*.

artículo 1o. constitucional,⁴⁰ debiendo tomarse en cuenta de igual forma no sólo lo establecido por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también la interpretación realizada por la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales.

Así ha quedado establecido por la siguiente tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y del Trabajo del Décimo Primer Circuito:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los Derechos Humanos, los tribunales del Estado Mexicano como no deben de imitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los Tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el poder de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque este implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.⁴¹

Igualmente en este tenor el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer Circuito con residencia en el Distrito Federal al resolver el amparo directo 505/2009 del 21 de enero del 2010 sostuvo la siguiente tesis:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que

⁴⁰ Artículo 1. Segundo párrafo: "...Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

⁴¹ Tesis: XI.1o.A.T.47 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.

contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.⁴²

Con respecto al tema de control de convencionalidad que deben hacer los tribunales nacionales (órganos jurisdiccionales en sentido amplio), resulta muy valioso consultar el magnífico estudio realizado por el juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su Voto Razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010. Igualmente resulta fundamental consultar la resolución dada por el pleno de la Suprema Corte al expediente de "VARIOS" 912/2010, en virtud del cual y con motivo del Caso Radilla, se establecen las obligaciones de control de convencionalidad que deberán tener todos los jueces del Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Finalmente es preciso señalar que la Corte Interamericana ha señalado que los Estados, deberán adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana para que sean efectivos los derechos en ella reconocidos, y ello deberá también traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Asimismo y en virtud de que el Estado se encuentra obligado a velar por el efecto útil de la Convención Americana, los órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales de cualquiera de sus poderes, deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad "ex officio" entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁴³ En conclusión, la conducta del Estado en todos sus ámbitos en lo concerniente a la materia migratoria, deberá ser acorde plenamente con la Convención Americana.

⁴² Tesis: I.4o.A.91 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Reg. IUS. 165074.

⁴³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 202; Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. . . , *supra* nota 14, párr. 286-287; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 218, 338-339; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrs. 198, 225 y 233.

1. Nacionales

- Tesis: XI.1o.A.T.47 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 1932. Reg. IUS. 164611.
- Tesis: I.4o.A.91 K (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2927. Reg. IUS. 165074.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811457.
- Tesis (5a.), EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo II, p. 146. Reg. IUS. 811455.
- Tesis 38 (6a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO, México, Apéndice 2000, Tomo III, p. 45. Reg. IUS. 910971.
- Tesis P. LXII/98 (9a.), FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE LAS CONCEDIDAS A LA AUTORIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Septiembre de 1998, p. 56. Reg. IUS. 195530.
- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, EXPULSIÓN DE, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo CX, p. 113. Reg. IUS. 319115.
- Tesis (5a.), EXTRANJEROS, SU EXPULSIÓN DEBE SER JUSTIFICADA, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, México, Tomo XCV, p. 720. Reg. IUS. 320612.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 170-171.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.
- Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.
- Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000.
- ICJ. *Caso Lagrand Case (Alemania v. Estados Unidos de América)*. 2 de marzo de 1999. No. 104.
- ICJ. *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estado Unidos de América)*. 9 de enero de 2003. No. 128.

Comentario a los Artículos
103 y 107 de la Constitución
Política de los Estados Unidos
Mexicanos: la renovación
del juicio de amparo

Luis Miguel CANO LÓPEZ,
Zamir FAJARDO MORALES,
Nancy Carmina GARCÍA FREGOSO y
Carlos PÉREZ VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Ampliación del objeto del juicio de amparo—reforma al artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* III. *Principales implicaciones de la reforma al artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos — acciones colectivas e interés legítimo.* IV. *Addendum: Otras implicaciones para los órganos jurisdiccionales de amparo.*

PALABRAS CLAVE: Juicio de amparo; recurso efectivo; control difuso de constitucionalidad; control difuso de convencionalidad; interpretación conforme; principio *pro persona*; obligaciones de respeto, protección, promoción y garantía de los derechos humanos; deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos; acciones colectivas.

I. Introducción

El 6 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una trascendental reforma a los artículos que son objeto del presente comentario. La misma ha significado un avance normativo de gran importancia para este mecanismo de defensa de los derechos de las personas ante violaciones de derechos humanos. Con base en ella se han ampliado, entre otros: 1.- el objeto de protección del juicio, a fin de poder salvaguardar no solamente derechos y sus garantías de fuente constitucional, sino los reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano forme parte; 2.- el interés para promover el juicio, dado que se añade al interés jurídico el interés legítimo individual o colectivo, lo que permitirá una defensa más adecuada de todo tipo de derechos, como los sociales; 3.- los actos de autoridad sujetos a control constitucional, incluyendo ahora actuaciones de particulares y reforzando la impugnación de todo tipo de omisiones, y 4.- los efectos de la jurisprudencia que declare la invalidez de normas generales, con el establecimiento de un procedimiento de colaboración entre poderes del Estado que eventualmente puede derivar en una declaratoria general de inconstitucionalidad de dichas normas.

1. La Ley de Amparo entendida como reglamentaria de los artículos primero, 17 y 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Ley de Amparo, además de ser reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) puede convertirse en un ordenamiento reglamentaria de sus artículos primero, 17 y 113. Sin menoscabar la importancia de la reforma constitucional de 4 de octubre de 2011 del juicio de amparo, se debe tomar conciencia del impacto que para este mecanismo de garantía tuvo desde ese momento la diversa reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Bajo la mirada de esta reforma, el juicio de amparo tiene la posibilidad de constituirse en un medio para cumplir las finalidades constitucional y convencionalmente legítimas. Así, conforme al artículo primero constitucional, los órganos jurisdiccionales facultados para resolver los juicios de amparo, dentro del ámbito de sus competencias, deberán atender sus obligaciones de respeto, protección, promoción y garantía de los derechos humanos,¹ sus deberes de prevención, investigación, sanción y reparación de las eventuales violaciones a esos derechos,² y ello a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que rigen en esta materia.³ A la par, de acuerdo al artículo 17 constitucional, por esta vía las personas podrán acceder a la justicia bajo la tutela jurisdiccional de todo acto de autoridad y de particulares que menoscabe sus derechos, incluso como especie de las acciones colectivas. Sin olvidar que el amparo también puede constituirse en mecanismo para hacer justiciable la responsabilidad objetiva del Estado frente a su actuación irregular y demandar así la indemnización conducente, en términos del artículo 113 constitucional.

¹ Un repaso sobre los contenidos y alcances de estas obligaciones se encuentra en VÁZQUEZ, Daniel, y SERRANO, Sandra, "Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción", en *reformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013. Disponible en: <<http://www.reformadh.org.mx>>.

² Un repaso sobre los contenidos y alcances de estos deberes se encuentra en ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto, et al., "Deberes específicos de prevención, investigación y sanción", así como SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, "Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos", ambos en *reformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013. Disponible en: <<http://www.reformadh.org.mx>>.

³ Además del trabajo citado en la nota 1, también puede consultarse VÁZQUEZ, Luis Daniel, y SERRANO, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, 2011, pp. 135-165. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>.

2. Naturaleza dual del juicio de amparo: como derecho humano y como garantía

Bajo la óptica de la reforma de 10 de junio de 2011, el amparo debe entenderse desde un enfoque de derechos humanos y apreciarse al menos con dos naturalezas, como mecanismo de garantía de los derechos y como una manifestación del derecho a contar con un recurso judicial efectivo. Si bien la Ley de Amparo es un ordenamiento preponderantemente de carácter procesal, consagra un derecho humano, a saber, el derecho a un recurso efectivo.⁴ A la luz de esta óptica internacional, el juicio de amparo debe resultar accesible, ágil, sencillo, adecuado y efectivo para defender los derechos de todas las personas. Desde la perspectiva de un derecho, el amparo solo puede ser restringido o limitado en los supuestos y bajo las condiciones que fija nuestra Constitución, toda vez que para restringir o limitar a un derecho o a una garantía se requiere siempre de un fundamento constitucional. En atención a este *principio de reserva constitucional*, la Ley de Amparo vigente debe analizarse, aplicarse e interpretarse de manera que no limite o restrinja al juicio de amparo más allá de lo permitido constitucionalmente. De igual manera, dado su carácter de derecho humano que está reconocido en fuentes de origen internacional, se cuenta con la posibilidad para que dicho ordenamiento legal quede sujeto a un control difuso tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, a cargo de los tribunales en la materia.

Adicionalmente, debido a la naturaleza dual del juicio de amparo, es necesario ver a la ley reglamentaria como un conjunto de normas sobre derechos humanos al que le aplican los mandatos establecidos en el párrafo segundo del artículo primero constitucional, tanto el de interpretación conforme como el del principio *pro persona*,⁵ imponiendo así que toda disposición de tal ordenamiento deba ser interpretada de acuerdo con la Constitución General y las fuentes internacionales que sitúan al amparo como un recurso judicial efectivo, favoreciendo en todo momento la mayor protección para las personas y atendiendo los precedentes vinculantes que en la materia haya emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), incluso previendo la posibilidad de que las disposiciones constitu-

⁴ Reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

⁵ Véanse los trabajos de CABALLERO OCHOA, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución), en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 103-133. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>>, y *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

cionales que rigen al amparo también se interpreten, caso por caso y vía ponderación, en congruencia con el marco jurídico de fuente internacional aplicable.⁶

Como ejemplo de lo anterior, las disposiciones legales que rigen al amparo deben analizarse, aplicarse e interpretarse de manera que se ajusten al recurso judicial efectivo que se requiere para la protección especializada de diversos derechos específicos de las mujeres, las personas con discapacidad, personas, comunidades y pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes, personas en situación de calle, migrantes, personas de edad y cualquier persona o grupo en situación de vulnerabilidad.⁷ Bajo esta lógica, toda actuación de los órganos judiciales competentes para conocer del amparo, desde la admisión de la demanda hasta el ejercicio deliberativo en que se base el dictado de la sentencia, debe acompañarse de una perspectiva de género, de una visión culturalmente adecuada y aceptable para personas, comunidades y pueblos indígenas, atenta al interés superior de la niñez, a los principios de inclusión, autonomía y dignidad de las personas con discapacidad, y así, según sean los casos.

A continuación, se discutirán las principales implicaciones de la ampliación del objeto del juicio de amparo, respecto a los tratados internacionales, en el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y posteriormente la potencialidad del juicio de amparo para la defensa de intereses colectivos, que se desprende de una lectura del reformado artículo 107 CPEUM.

II. Ampliación del objeto del juicio de amparo-reforma al artículo 103 de la CPEUM

Antes de la reforma de 6 de junio de 2011 el artículo 103 de la CPEUM sólo contemplaba la procedencia del amparo por controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en la Constitución, ahora el texto también contempla las violacio-

⁶ Más adelante en el texto resulta obligada una referencia mínima de las implicaciones de lo decidido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la contradicción de tesis 293/2011.

⁷ Hasta el momento en que se escribe este comentario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha impulsado la publicación de los siguientes documentos: *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Documents/Protocolo2012_v3.pdf>, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/ProtocoloINDIGENASconISBN_0.pdf>, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/PROTOCOLO_PARA_JUZGAR-CON_PERSPECTIVA_DE_GENERO.pdf>, y *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas a protección internacional*. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/protocolo_migrantesISBN.pdf>. De igual modo se encuentra en vías de elaboración el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*.

nes a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Así, el objeto de salvaguarda del juicio de amparo se ha ampliado, pues no solamente comprende la garantía de los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional, sino los derechos consagrados en tratados internacionales de los que México sea parte y que están incorporados en el ordenamiento jurídico nacional. Con anterioridad a la reforma en materia de derechos humanos, las demandas de amparo que incluyeran en sus conceptos de violación la alusión directa a derechos humanos de fuente internacional –sin mención de algún precepto constitucional– eran escasas. Cuanto más, de señalarse derechos establecidos en fuentes internacionales se les trataba con el carácter de violaciones indirectas a disposiciones constitucionales como los artículos 14 y 16 de la Constitución General.

1. El alcance de la expresión "tratados internacionales"

A partir de esta extensión en torno al objeto de salvaguarda del juicio de amparo, queda pendiente una ampliación adicional para casos en los cuales los derechos humanos que se estimen violados no se contemplen expresamente en disposiciones constitucionales ni en preceptos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, sino que deriven del desarrollo que se haya dado jurisprudencialmente en sede internacional. Hasta antes de la reforma al artículo cuarto de la CPEUM, el caso del derecho al agua se encontraba en una situación similar. Este derecho estaba reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro de la Observación General No. 5, que lo subsumía del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la salud y, consagrados en los artículos 11 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, correspondientemente.⁸

No hay duda de que las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales de los que México es parte poseen rango constitucional y conforman el parámetro de control de regularidad en nuestro ordenamiento jurídico. Esta es la regla recién ratificada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de la contradicción de tesis

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2022/11, 20 DE ENERO DE 2003. Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/32/PDF/G0340232.pdf?OpenElement>>.

293/2011.⁹ En estricto sentido, esto ya era observable desde la entrada en vigor de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de junio de 2011, pero en torno suyo existe la posibilidad de iniciar nuevos debates. Por ejemplo, si las únicas normas sobre derechos humanos de origen internacional con rango constitucional son las consagradas en tratados internacionales o si también se suman las reconocidas en las restantes fuentes normativas del derecho internacional.¹⁰ Y en idéntico sentido cabe la pregunta sobre otras fuentes normativas de origen interno.¹¹

Definir lo anterior no es una cuestión menor, porque en el derecho internacional los tratados juegan un papel importante pero no constituyen el único referente del cual se derivan normas sobre derechos humanos. Junto a ellos se encuentran las declaraciones de derechos, la jurisprudencia o precedentes que aplican e interpretan sus disposiciones, sea que se originen en la resolución de casos, en observaciones generales emitidas por los mecanismos¹² de derechos humanos convencionales o en informes de expertos en la materia, y la costumbre internacional, entre otras fuentes que no son propiamente tratados. Por supuesto, ninguna de esas otras fuentes normativas se incorpora a nuestro sistema jurídico bajo el procedimiento previsto constitucionalmente para celebrar y ratificar tratados internacionales, razón por la cual cabe preguntarse si es posible dar un rango menor de importancia a las normas sobre derechos humanos que sea posible desprender de aquéllas otras fuentes, o si de ellas también puede predicarse un rango constitucional y, por ende, ser justiciables por vía del amparo. Y nuevamente, respecto de las fuentes internas la interrogante es idéntica.

En tanto que el juicio de amparo tiene por objeto la salvaguarda de los derechos humanos, e incluso de diversos mecanismos de garantía para su protección, a partir de una lectura guiada por el principio *pro persona* puede postularse que todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional e interno se deben tomar en consideración, en la medida en la que desarrollen las disposiciones de la Constitución o las de los tratados inter-

⁹ Tesis pendiente de publicación; para seguimiento de la discusión del Pleno de la SCJN, consulte: <<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=129659&SeguimientoID=556&CAP=contradicci%C3%B3n%20de%20tesis%20293&Promoventes=&ActoReclamado=>>

¹⁰ Véase "Nota Introductoria", en *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México*, SCJN, OACNUDH, 2012, pp. XXXV-LXXXVIII. Disponible en: <<http://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosNotaPDF/NOTA.pdf>>.

¹¹ Véase CANO, Luis Miguel, "La obligatoriedad de todas las fuentes normativas sobre derechos humanos de origen internacional", de próxima publicación por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

¹² Dentro del sistema universal de protección de los derechos humanos se encuentran los siguientes comités: Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Subcomité para la Prevención de la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y Comité contra las Desapariciones Forzadas.

nacionales de los que México forme parte. En esa lógica, los elementos que componen el parámetro de control de regularidad para efectos del amparo debieran abarcar las normas sobre derechos humanos contenidas en la totalidad de fuentes normativas de origen internacional, así como la legislación ordinaria y la jurisprudencia de origen interno que la interpreta, pues a todas ellas hace un reenvío la propia Constitución General y los mencionados tratados internacionales.

2. El juicio de amparo como instrumento de garantía de otros mecanismos de garantía de derechos

Una segunda ampliación del objeto de salvaguarda del juicio de amparo se conforma por las aludidas garantías otorgadas para la protección de los derechos. La expresión pudiera provocar confusión sobre si el término *garantías individuales* no se ha abandonado del todo y si aún tiene cabida en nuestro sistema jurídico a partir de la mención en la fracción I del artículo 103 de la Constitución y el primer párrafo de su artículo primero. De atenderse a la diversa reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, se debiera concluir que la referencia a las garantías para la protección de los derechos en realidad aplica a otros mecanismos de tutela, diversos al juicio de amparo, tanto de naturaleza jurisdiccional como no jurisdiccional, los cuales pueden ser reforzados a través suyo. En ese sentido, el juicio de amparo se ha tornado en instrumento de garantía de otros mecanismos de garantía de derechos.

A manera de ejemplo, se puede pensar en un juicio de amparo promovido para forzar la observancia de una recomendación de un organismo público protector de derechos humanos de los instituidos en el apartado B del artículo 102 constitucional,¹³ o bien, para garantizar el cumplimiento de las decisiones de los institutos especializados en materia de acceso a la información. En el segundo de los casos únicamente se estaría garantizando que la determinación definitiva de cualquier instituto de transparencia fuera acatada puntualmente y en forma expedita por los sujetos obligados en la materia, sin posibilidad de impugnarla, mientras que con el primer ejemplo podría matizarse el carácter no vinculante de las recomendaciones de las comisiones estatales de derechos humanos, en tanto que si uno de esos organismos competentes para investigar y atender violaciones a los derechos humanos ha arribado a la conclusión de que cierto acto de autoridad contravino tales derechos, el

¹³ Art. 102.- [...] B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos [...].

juicio de amparo, ante la negativa fundada y motivada de atender una recomendación, podría emprenderse para hacer efectivo el deber constitucional de reparar esas violaciones.

En adición a lo anterior, no es complicado aventurar que se promuevan juicios de amparo ante las resistencias que cualesquiera autoridades del Estado Mexicano opongan al acatamiento de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los Comités de Naciones Unidas,¹⁴ garantes de derechos. Frente al alegato de que sus determinaciones no provienen de un tribunal internacional respecto del cual México haya reconocido su jurisdicción contenciosa y la obligatoriedad de cumplir con sus fallos, el amparo tendría por finalidad salvaguardar lo resuelto por esos diversos mecanismos de garantía para la protección de derechos, establecidos precisamente en tratados internacionales de los que este país sea parte y para fortalecer esos mecanismos de defensa de derechos humanos.

3. El amparo contra las omisiones de la autoridad

Desde una perspectiva distinta, el juicio de amparo también ha extendido su órbita de protección con la incorporación expresa de las omisiones de autoridad que violen derechos y sus garantías, como una actuación sujeta al control de validez o de regularidad que se hace posible a través de esta vía. Ciertamente, en términos de ley, las omisiones quedaban comprendidas como actos de autoridad para efectos del amparo desde antes de la reforma constitucional publicada el 6 de junio de 2011, por lo que importa considerar las novedades y posibilidades que esta modificación ha traído.

En los meses que han seguido a la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de amparo, una de las interrogantes abiertas en esta línea es si es posible impugnar omisiones legislativas a través de este mecanismo de garantía, no obstante que se mantiene como base que lo rige el que los efectos de sus sentencias sean particulares. En el apartado siguiente, cuando se repasen las principales implicaciones de la reforma al artículo 107 constitucional, se tendrán todos los elementos para fijar una postura al respecto. Entre tanto, lo que se puede proponer es que la inclusión expresa de las omisiones como actuaciones sujetas de control por vía del amparo trae por consecuencia que no se necesiten detonar actos de autoridad positivos para iniciar un juicio. En otras palabras, no se requiere que la parte quejosa haya tenido contacto o interlocución previa con las eventuales autoridades responsables que señale en juicio.

¹⁴ Véase nota al pie 10.

En este sentido, no podrá alegarse como una causa notoria de improcedencia del juicio, que las personas no hayan solicitado expresamente a las autoridades de que se trate que actúen respetando sus derechos humanos o que no hayan formulado una petición por escrito previa para informarles de diversas situaciones en las que sus derechos se ven afectados, ni dado la oportunidad a esas autoridades para remediar tal circunstancia, en razón de que en el ámbito de sus competencias, toda autoridad del Estado Mexicano debe cumplir con las obligaciones correlativas a los derechos y los deberes respectivos establecidos en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, por iniciativa propia y sin que nadie tenga que demandárselos. De lo contrario, ni estarían respetando tales derechos, ni previniendo sus violaciones.

4. Amparo contra actos de particulares

Por otro lado, no debe perderse de vista que en la Ley de Amparo vigente se abre la posibilidad para que este juicio se interponga contra cierto tipo de actos de particulares, en virtud del párrafo segundo de la fracción II de su artículo quinto. Actos que sean equivalentes a los de las autoridades, siempre que la actuación de particulares se pueda asociar con funciones que les estén determinadas por normas generales. Para dotar de fundamento constitucional a este precepto legal es conveniente acudir a la obligación de protección de los derechos humanos instituida en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, pues de lo contrario se corre el riesgo de que ante amparos iniciados contra particulares, se oponga al menos la inconstitucionalidad de la citada disposición legal y se demande inaplicarla.

Una vez superada una objeción inaugural como la descrita, la siguiente posibilidad a desplegar por la práctica jurisdiccional se centrará seguramente en acentuar la importancia de la afectación a los derechos por parte de la actuación de particulares, a fin de matizar la cuestión de si los actos de que se traten derivan o no de la encomienda de funciones determinadas en normas generales, justamente porque las violaciones a derechos pueden tener por origen la usurpación de tales funciones y no solamente su abuso o su cumplimiento negligente. Con el tiempo se verá entonces si la interpretación de lo que constituye un acto de autoridad para efectos del amparo retoma el espíritu liberal que marcó su avance hace más de un siglo,¹⁵ de modo que resulte efectivo, si lo completa con la necesidad de incorporar una perspectiva de género al juzgar, con el objeto de apreciar como elemento determinante

¹⁵ Véase SILVA GARCÍA, Fernando. ¿El juicio de amparo contra particulares? El derecho a la salud contra médicos y hospitales privados. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Revista No. 34, México: Poder Judicial de la Federación, 2012, pp. 235-258. Disponible en: <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/34/silva.pdf>>; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Hacia una nueva Ley de Amparo*. México: UNAM, 2002, p. 66. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/297/7.pdf>>.

de esta especie de actos de autoridad el que puedan situarse en una relación de dominación o subordinación entre particulares, o bien, si no se desarrollan las posibilidades del recurso al conformarse con seguir al pie de la letra el texto de la ley, específicamente el artículo quinto.

5. Procedencia del juicio de amparo

Finalmente, otra implicación de la reforma al artículo 103 constitucional que se debe señalar es que a partir de su texto se puede fijar como regla general la procedencia del juicio de amparo y como excepción su improcedencia. Ello puede resultar de que en aquella disposición se emplee la expresión "toda controversia". Así, en principio, cualquier norma general, acto u omisión proveniente de autoridad es susceptible de impugnarse a través de este medio de garantía de nuestros derechos.

En consecuencia, para declarar la improcedencia de un juicio de amparo se tendrán que encontrar los casos y las condiciones para restringir o suspender su procedencia, elementos que exclusivamente pueden quedar determinados en el texto de la Constitución, porque así se debe seguir de lo establecido en la frase final del párrafo primero de su artículo primero. Si el amparo es una garantía para la protección de los derechos, con independencia de que se acepte considerarlo en sí mismo como una manifestación del derecho humano a contar con un recurso judicial efectivo, no puede restringirse ni suspenderse a menos que se encuentre fundamento constitucional expreso para ello, y de estar previsto, es debido interpretarlo acotadamente, a fin de no extender de más los supuestos en los que deba limitársele.

En este punto, nuevamente resulta determinante tener en cuenta lo decidido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en la contradicción de tesis 293/2011, pues el reto que se ha inaugurado a partir suyo consiste en precisar las restricciones a los derechos y a sus garantías, establecidas expresamente en las disposiciones constitucionales, es decir, únicamente en los casos y bajo las condiciones fijadas en nuestra Constitución. Lo anterior, con independencia de que a partir de los debates dados en torno a este asunto no quede claro el enfoque que habrá de seguirse al momento de afrontar la cuestión de las restricciones, limitantes o modalidades de los derechos y sus mecanismos de garantía, en tanto que no obstante el consenso formal al momento de aprobar el proyecto sometido a consideración del Pleno, lo

cierto es que los votos que lo respaldaron parten de dos entendimientos diametralmente opuestos.¹⁶

Una vez más, vale la pena reiterar que a partir de la contradicción de tesis 293/2011 la regla resultante debiera ser que las normas sobre derechos humanos, sin importar las fuentes normativas de las que provengan, poseen rango constitucional y configuran el parámetro de control de regularidad para juzgar sobre la validez de todo acto de autoridad, incluida la legislación que regula al juicio de amparo, pues tanto en su calidad de derecho como de mecanismo de garantía para la protección de los demás derechos, no puede restringírsele o limitársele salvo en los casos y bajo las condiciones establecidas en la Constitución General, en los términos que el propio texto constitucional indica. Salvedad que a su vez debiera admitir como excepción que se esté ante un caso juzgado por la ColDH en el que se haya superado la limitante constitucional para corregir una violación a derechos.

De la mano de esta interpretación del núcleo esencial de la resolución recaída a la contradicción de tesis 293/2011, la cual se estima la más acorde al principio *pro persona*, se insiste en que el reto primordial consistirá en delimitar lo que se entienda por restricciones, limitantes o modalidades de los derechos y de sus garantías como el juicio de amparo, a fin de que se les distinga abiertamente de los supuestos en los que el texto constitucional no contempla o desarrolla todos sus alcances, de modo que nunca esa falta de previsión o regulación insuficiente sea confundida con una limitante.

III. Principales implicaciones de la reforma al artículo 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. Interés legítimo y acciones colectivas

Primordial entre todos los cambios experimentados en tal artículo constitucional, es el reflejado en su fracción I, consistente en la ampliación del principio de instancia de parte agraviada, al incluir a quienes aducen ser titulares de un derecho y a quienes alegan la titularidad de un interés legítimo, tanto individual como colectivo. Ello bajo dos requisitos cerrados: el primero, que se argumente que los actos reclamados violan los derechos reconocidos en la Constitución, y el segundo, que con las violaciones denunciadas se afecte la esfera jurídica de

¹⁶ Existe un bloque de integrantes del Pleno que entiende que en materia de restricciones la Constitución General prevalece de forma absoluta e incuestionable, incluso frente a disposiciones de origen internacional que amplíen los contenidos de los derechos a través de la disminución de sus limitantes. Convive con esa postura otro bloque de integrantes que abiertamente defiende que las restricciones deben leerse en los términos que indica la propia Constitución, incluido el principio *pro persona*, por lo cual tendrá que analizarse caso por caso vía ponderación si resultan lo más benéfico para las personas.

quienes se ostenten titulares de aquellos derechos o intereses, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Con lo anterior, la exigencia de una afectación personal y directa a derechos subjetivos de los que se es titular sólo permanece tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

1. Protección del juicio de amparo: ¿sólo los derechos constitucionalmente reconocidos?

Dicho eso, una inicial anotación al texto del artículo 107 constitucional, fracción I, es que en ella parece reducirse el objeto de protección del juicio de amparo únicamente a los derechos constitucionalmente reconocidos, sin que se haga mención expresa a los derechos consagrados en tratados internacionales de los que México sea parte, ni a las garantías para su protección otorgadas en ambas fuentes normativas, como por su lado sí se menciona en la fracción I del artículo 103 de la CPEUM. Una interpretación textual de dicho precepto podría llevarnos a concluir una reducción de la órbita de salvaguarda del amparo; sin embargo, la interpretación que más favorece la protección de las personas y sus derechos es una que armonice la redacción de ambas porciones normativas, a modo de que se asegure la máxima extensión que sea posible; o que se realice una interpretación conforme de esta norma.

Algo similar acontece con la redacción de la fracción IX del artículo 107 constitucional, en la que se indica como requisito para la procedencia del recurso de revisión en amparo directo que esté de por medio el análisis sobre la constitucionalidad de normas generales o la interpretación directa de un precepto constitucional; o bien, la omisión sobre alguna de estas cuestiones siempre que hubieren sido planteadas. En esa porción normativa, de nueva cuenta está ausente la referencia al tema de convencionalidad de normas generales o a la interpretación directa de una norma sobre derechos humanos contenida en un tratado internacional del que México forme parte. Sin embargo, no por ello puede entenderse que los asuntos relacionados con la convencionalidad no son una cuestión propiamente constitucional, tal como lo ratificó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 21/2011¹⁷ y como también queda claro del repaso de los artículos 81, fracción II, y 96 de la Ley de Amparo.

¹⁷ Tesis pendiente de publicación, para un resumen de la discusión del Pleno de la SCJN, véase: <<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=124100&SeguimientoID=557&CAP=contradicci%C3%B3n%20de%20tesis&Promoventes=&ActoReclamado=>>>.

2. El amparo como mecanismo de defensa de intereses colectivos

Salvada una lectura reduccionista de la fracción I del artículo 107 constitucional que limite el objeto de protección del juicio de amparo, lo cierto es que en adición a las ampliaciones que han sido comentadas previamente, también puede desprenderse una extensión de dicho objeto de salvaguarda a partir de aquella fracción, cuyo texto literal refiere tanto la titularidad de derechos como la titularidad de intereses legítimos. Ciertamente, dada la redacción empleada, el carácter individual o colectivo parece calificar exclusivamente a los intereses legítimos y no a los derechos. Con todo, cabe la posibilidad contraria, que lo individual o colectivo también aplique como adjetivo de los derechos.¹⁸ Y si ello se acepta, entonces se sigue que los intereses legítimos adquieren una naturaleza dual: no sólo como institución procesal que amplía la legitimación para promover amparos, sino como un diverso objeto de tutela o salvaguarda para este mecanismo de garantía.

Si los intereses legítimos pueden convertirse en objeto de tutela del juicio de amparo, la siguiente posibilidad es que se tomen como un género que abarque tanto a los intereses colectivos propiamente dichos, como a los intereses difusos. En esa línea, la distinción entre intereses difusos e intereses colectivos en estricto sentido no podría conducirnos a asimilar a los primeros con meros intereses simples, o siendo así, habría que cuidar la aplicación del segundo párrafo de la fracción I del artículo quinto de la Ley de Amparo, a fin de evitar que los intereses difusos queden sin protección en esta vía.

Otra consecuencia resultante de admitirse la presente ampliación del objeto de protección del juicio de amparo, es la discusión en torno a si al ofrecer tutela a intereses legítimos colectivos, este mecanismo de garantía se convierte en una especie de acción colectiva.¹⁹ Obviamente no se desconoce que tradicionalmente se han distinguido ambas figuras o instituciones procesales –las acciones colectivas y el amparo–,²⁰ que se les han identificado objetivos diferentes y que las primeras se tramitan en jurisdicción ordinaria mientras que el segundo es un medio de control constitucional. Como sea, dejando de lado la importancia

¹⁸ Para un desarrollo sobre derechos colectivos véase: GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, UNAM, 2004. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>>.

¹⁹ Debate que por cierto alcanza a quienes escribimos este comentario, pues tenemos posturas diferentes en cuanto a la conveniencia y lo adecuado de caracterizar al juicio de amparo como una acción colectiva.

²⁰ Véase, GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, UNAM, 2004, y GIDI, Antonio, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2a. edición, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

de que continúen separadas ambas vías, conviene reflexionar no sólo sobre si el amparo puede llegar a constituirse en un medio adecuado para hacer efectivas las acciones colectivas, sino también si al coincidir en la tutela de intereses legítimos colectivos, se convierte el amparo en una especie de ellas.

3. Amparo: ¿otra modalidad de las acciones colectivas?

Dentro de este marco conviene explorar las posibilidades que ofrece el amparo en el ámbito de las acciones colectivas. El 29 de julio de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto con el que se reformó el artículo 17 constitucional, añadiendo en su párrafo tercero la figura de las acciones colectivas, bajo el texto siguiente: *"El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos"*. Aunque el anterior decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación, en su artículo segundo transitorio se dio al Congreso un plazo de hasta un año para emitir la legislación conducente.

Una primera anotación en este campo es que desde un enfoque tradicional o una lectura formalista del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, resultaría complicado observar la presencia de un derecho, en tanto que no contiene una cláusula como la siguiente: *toda persona o colectivo tienen derecho a presentar ante los tribunales competentes una acción colectiva para la defensa de sus intereses o derechos de dicha índole*. Así, cuanto más se podría interpretar que existe, por un lado, un mandato para establecer una institución judicial, aunque nuevamente a causa de los términos empleados en el texto constitucional, circunscrito únicamente a que la regulación resultante determine las materias aplicables, los procedimientos y los mecanismos de reparación conducentes, y por el otro, un señalamiento de competencias jurisdiccionales que se encomiendan únicamente a juzgados federales.

Apreciado desde ese punto de vista, en realidad el Congreso de la Unión ha podido contar con una enorme libertad de configuración legislativa, en tanto puede decidir las materias en las que procederán las acciones colectivas, pero sobre todo, los ámbitos que queden excluidos para este recurso judicial; a su vez, puede introducir todos los requisitos que guste para hacer tan técnicos como sea posible los procedimientos correspondientes, o bien, tratar de flexibilizarlos; y por supuesto, determinar mecanismos de reparación del daño complicados de operar. Si alguna polémica pudiera presentarse —todavía desde esta lectura textual—, ella versaría sobre la necesidad de dilucidar si el texto constitucional demanda que la regulación

de las acciones colectivas se lleve a cabo en un único ordenamiento o si es viable introducir esta institución procesal en todos los cuerpos legales que sean pertinentes.

Es esta posibilidad de que las acciones colectivas puedan regularse en múltiples ordenamientos lo que también hace pertinente preguntarse si el juicio de amparo se puede constituir en una especie más de aquéllas. Lo anterior con base en que en el párrafo tercero del artículo 17 constitucional se emplea, en plural, el término *leyes*. Asimismo, pudiera debatirse si a pesar de la alusión al carácter judicial de esta figura y a la atribución de competencias a juzgados federales, algún margen quedaría para que participaran órganos con funciones jurisdiccionales pero adscritos a otros poderes. Seguidamente, podría debatirse si en tal disposición constitucional se ha establecido un monopolio para toda regulación sobre acciones colectivas a favor de la Federación, o si es posible que para materias del orden local subsista la posibilidad de que los cuerpos legislativos estatales introduzcan acciones colectivas locales y, en consecuencia, determinen los órganos de jurisdicción local competentes para conocer de ellas. Ello en razón de que si bien el Congreso de la Unión es quien determina las materias de aplicación para aquella figura, lo cierto es que en uso de esta facultad no puede exceder de las competencias federales.

El punto de partida para afirmar la existencia de un amparo colectivo es que otra lectura del texto constitucional es posible, alejada del mencionado enfoque formalista. Y no solamente posible, sino necesaria en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, pero sobre todo fundada en la previamente destacada modificación a la fracción I del artículo 107 constitucional y el mandato de tutela de intereses legítimos colectivos. Ambas reformas constitucionales son de tal trascendencia para el sistema jurídico mexicano que se ha podido afirmar que a partir de ellas existe un nuevo paradigma,²¹ y si ello es así, por consecuencia se requiere interpretar todas las disposiciones constitucionales previas con una óptica nueva, incluido el párrafo tercero del artículo 17 constitucional.

En ese contexto constitucional renovado, el juicio de amparo adicionalmente debería ser analizado, interpretado y aplicado como un medio para contribuir a la efectividad de las acciones colectivas, ello desde un enfoque guiado por el principio *pro persona* —el cual cons-

²¹ Véase como ejemplo de ello, CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, ob. cit. También puede consultarse sobre el tema, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, UNAM, 2011.

tituye el corazón de la reforma sobre derechos humanos—,²² el principio *pro actione* y el mandato para desarrollar las posibilidades de un recurso judicial efectivo, de modo que aquel mecanismo de garantía sirva para ampliar al máximo posible la protección de las personas y las comunidades por medio de la tutela de sus derechos humanos y de intereses colectivos a través de las acciones colectivas.

Bajo esta óptica dual, importa reiterar que al igual que sucede con el juicio de amparo, las acciones colectivas constituyen tanto una garantía de derechos e intereses colectivos, como un derecho en sí mismas, y en segundo lugar, que en su carácter de mecanismo para esa salvaguarda y para hacer justiciable el cumplimiento de sus obligaciones correlativas, las acciones colectivas gozan a su vez de las cláusulas de garantía dispuestas en el texto constitucional y las normas de derechos humanos de fuente internacional. Es por ello que en términos del primer párrafo del artículo primero de la Constitución, siendo las acciones colectivas una garantía para la protección de los derechos e intereses colectivos de las personas, su ejercicio no podrá restringirse salvo en los casos y bajos las condiciones establecidas constitucionalmente, a lo cual puede sumarse que, acorde a lo indicado en la fracción I del artículo 103 constitucional leída conjuntamente con el artículo 107 de la propia Constitución, si cualquier norma general, acto u omisión de las autoridades violentan a las acciones colectivas en su calidad de garantías otorgadas para la protección de los derechos, ello permitirá el planteamiento de un juicio de amparo seguido a instancia de parte agraviada para remediar las contravenciones respectivas.

Todo lo cual se ve reforzado si además se aprecia que las acciones colectivas pueden conformar también una vertiente del derecho a contar con un recurso efectivo para la salvaguarda de los derechos, reconocido en disposiciones de fuente internacional como los mencionados artículos 2.3 del PIDCP y 25 de la CADH. Y consecuentemente, respecto de aquéllas el Estado Mexicano se ha comprometido de menos: a) a decidir sobre los derechos de quienes las interpongan, b) a desarrollar sus posibilidades en tanto recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento de toda resolución en la que se estimen procedentes. En paralelo, bajo la guía del principio de interdependencia que rige a los derechos humanos, en ese carácter, las acciones colectivas poseen un vínculo indisoluble con el derecho de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional, así como con el derecho a la plena ejecución de las resoluciones judiciales que constituye una de sus vertientes, conforme al artículo 17 constitucional.

²² Como la esencia de la reforma de 10 de junio de 2011 se le menciona en SILVA MEZA, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* 2012, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 151-172.

Identificadas así, las acciones colectivas adquieren una calidad que obliga a invertir diametralmente cualquier enfoque tradicional, a la hora de analizarlas, interpretarlas y aplicarlas. De esta forma, si el Congreso de la Unión no hubiera expedido leyes que las regulen de modo que resulten un recurso efectivo, aunque no esté expresamente prevista consecuencia alguna frente a este incumplimiento, tal omisión legislativa puede ser colmada en sede jurisdiccional, procurando favorecer su procedencia. Asimismo, no dependerá de su desarrollo legal las materias en las que resulten procedentes, sino de que puedan servir como un recurso judicial para la garantía de intereses colectivos o de las vertientes sociales o colectivas de todos los derechos. Y por supuesto, su tramitación y su utilidad para reparar las violaciones relativas deberán agilizarse y maximizarse aún sin ley. Y si la consecución de todas estas metas las facilita el amparo como garantía de segundo nivel, entonces esa es la lectura que debiera darse a la reforma de 6 de junio de 2011.

En estas coordenadas, las preguntas que conviene hacer no deben circunscribirse a lo que la Ley de Amparo regula sobre los alcances colectivos de este medio de garantía, sino que deben guiarse esas interrogantes bajo una mirada constitucional y de cara al derecho internacional de los derechos humanos, procurando que el amparo sea un vehículo para que las acciones colectivas puedan ser vistas como un recurso accesible, breve, sencillo, idóneo y efectivo para garantizar derechos e intereses colectivos, abierto para que se promueva a favor de cualquier grupo.²³ En tal entendido, es claro que la naturaleza colectiva del amparo puede establecerse al menos por dos motivos, porque sirve como herramienta para la defensa de derechos e intereses colectivos o porque funciona como meta-garantía de las acciones colectivas.

Ahora bien, las diferentes colectividades que se puedan presentar ante los órganos jurisdiccionales serán múltiples y diversas, por lo que un juicio de amparo formulado como acción colectiva tendría que tramitarse como garantía para cualquier grupo, sobre todo con independencia de la forma en la que pueda acreditarse su representación. Elemento con el cual se demuestra la pertinencia de no exigir mayores requisitos a la figura procesal del interés legítimo colectivo que los que posean fundamento constitucional expreso. Por su parte, apreciado el amparo como mecanismo de tutela de derechos e intereses legítimos colectivos, algunos de éstos podrían tener únicamente una naturaleza e implicaciones colectivas, mientras que otros podrían ser la vertiente social o colectiva de ciertos derechos individuales homogéneos.

²³ Es notable como esfuerzo simplificador en ese sentido el *Manual de acciones colectivas y amparo para lograr la justicia ambiental*, realizado en conjunto por un grupo de organizaciones civiles en 2012. Disponible en: <<http://www.fronterascomunes.org.mx/portal/images/pdf/accionescolectivas.pdf>>

En otras palabras, los grupos, derechos e intereses de que se trate pueden variar en cuanto a su nivel de indeterminación o concreción, dado que es posible identificar con facilidad a ciertas colectividades y los alcances colectivos de ciertos derechos en unos casos, pero en otros no, a la vez que añadirse como supuesto el que las acciones colectivas faciliten el acceso a la justicia de personas que podrían mantener la opción de buscar la defensa de sus derechos de forma individual, pero que hallan ventajas en llevar a cabo lo anterior como grupo. Asumiendo la guía del principio *pro persona*, lo debido es atender los anteriores aspectos a modo de maximizar la protección ofrecida por las acciones colectivas y por conducto de los juicios de amparo.

Por último, el giro interpretativo que debiera darse a la legislación en materia de amparo para que por su conducto se tornen efectivas las acciones colectivas en salvaguarda de derechos humanos, tendría que ocuparse, además del tema de la procedencia en virtud de la figura procesal del interés legítimo colectivo, de la diversa cuestión en torno a los efectos de las sentencias. Como es notorio, la previsión de los efectos particulares del amparo como regla general no ha experimentado modificación, razón por la cual para que no se rompa con el otorgamiento de beneficios solamente a la parte quejosa, deviene esencial la aceptación de que cualquier colectivo pueda ser considerado con tal carácter. De igual trascendencia resulta que los alcances de las medidas de reparación ordenadas al concederse un amparo colectivo igualmente permitan que se subsanen todas las violaciones a los derechos e intereses colectivos.

En definitiva, el debate que busca detonarse con este comentario, parte de la afirmación de que los amparos promovidos en defensa de intereses legítimos colectivos tienen el potencial de convertirse en algo muy cercano a las acciones colectivas, con independencia de que los juicios ordinarios abiertos bajo ese tipo de acciones y en el marco previsto por el Código Federal de Procedimientos Civiles o la legislación especializada en temas vinculados al medio ambiente, terminen por necesitar de la tutela del amparo como instrumento de garantía del resto de mecanismos de garantía (la garantía del derecho humano a un recurso efectivo). En cuyo caso, por cierto, será muy interesante observar la forma en que se matiza lo estipulado en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 107 constitucional, en tanto que, un juicio federal ordinario seguido tras la promoción de una acción colectiva, al concluir con una resolución proveniente de un órgano jurisdiccional, exige que la parte quejosa en el amparo aduzca ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa, lo que obviamente choca con los juicios detonados por acciones colectivas. Así, habrá que armonizar tal norma con el artículo 17 constitucional a fin de no dejar a las acciones colectivas sin la garantía del amparo.

Finalmente, desde una óptica procesal, la distinción introducida en cuanto al tipo de interés que se requiere para accionar el juicio puede dar paso a clasificaciones doctrinales que sin duda resultarán esclarecedoras, pero la interrogante práctica que importa resaltar en el presente comentario, es si debe seguirse una tramitación diferente en cada especie de amparo y hasta qué grado. Ciertamente, en las disposiciones constitucionales no se encuentran elementos para sujetar a condiciones diferenciadas los juicios de amparo iniciados bajo interés jurídico o bajo interés legítimo, sea individual o colectivo. Siendo de esa forma, no debería de avalarse que la legislación ordinaria imponga tratamientos diferenciados sin sustento.

4. Prospectivas del interés legítimo colectivo en materia de amparo

La figura procesal del interés legítimo colectivo abre al menos dos posibilidades destacables. Una primera es hacer posible la impugnación de omisiones legislativas, a pesar de la norma que establece efectos particulares para las sentencias de amparo, y otras que parecen acotar la justiciabilidad de las omisiones a las que se presenten en los ámbitos administrativo y jurisdiccional. En efecto, en la fracción II del artículo 107 constitucional se continúa diciendo que las sentencias de amparo solamente se ocuparán de la parte quejosa que hubiere iniciado el juicio, limitándose a protegerla en el caso especial sobre el que verse la demanda, mientras que por un lado su fracción IV hace referencia a omisiones que provengan de autoridades distintas a los tribunales, frente a las cuales procede el amparo en materia administrativa, y por otra parte, en su fracción VII se alude al amparo enderezado contra omisiones vinculadas a un juicio y omisiones de autoridades administrativas, con todo lo cual parece excluirse la procedencia del amparo en contra de omisiones legislativas.

La segunda de las posibilidades es que toda vez que constitucionalmente no ha sido condicionada la manera en que cualquier persona o grupo puede presentar una demanda de amparo en la que aduzca la titularidad de derechos o intereses colectivos, es de esperarse que no se permita en sede jurisdiccional que la legislación ordinaria restrinja esta oportunidad. Si se llegara a exigir la confirmación de la representación de la colectividad o el grupo para el cual se acciona bajo un interés legítimo colectivo, probablemente nunca se estime procedente un amparo planteado con este carácter y, por consecuencia, se disminuya la justiciabilidad de derechos humanos de esa índole.

IV. Addendum: otras implicaciones para los órganos jurisdiccionales de amparo

Los alcances de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011 permanecen todavía inconmensurables. Ante ello, caben por lo menos dos variantes. Una, que el Congreso de la Unión detalle legislativamente muchas de las instituciones resultantes de esas modificaciones trascendentales a nuestro ordenamiento jurídico. Dos, que en sede jurisdiccional no se renuncie a la oportunidad de desarrollar directamente las normas constitucionales, siempre de acuerdo al principio *pro persona*.

Es la segunda tarea la que aquí interesa y por ello vale la pena cerrar el presente comentario con otras implicaciones detonantes de un mundo de posibilidades para los órganos jurisdiccionales.²⁴

En primer lugar, recordar que los precedentes que por mucho tiempo han sido aplicados sin cuestionamiento alguno, hoy tienen que ser reevaluados a la luz del cambio constitucional experimentado por nuestro orden jurídico. Ello, en tanto que el artículo noveno transitorio de la reforma en materia de derechos humanos ordena que se deroguen todas las disposiciones que contravengan los nuevos contenidos constitucionales. Así, por *todas las disposiciones* han de entenderse no solamente las de fuente legislativa, sino las de origen jurisdiccional. Sean tesis aisladas o jurisprudencias, ninguna continúa vigente si quebranta derechos humanos.

Específicamente en materia de amparo, dado el impacto que la reforma de 10 de junio de 2011 tiene en esta órbita, también resulta aplicable lo ordenado en el citado artículo transitorio. Por ende, no hay tesis aislada o jurisprudencia que pueda mantenerse vigente si con ella se violenta el derecho de acceso a la justicia o a la tutela jurisdiccional, si menoscaba el disfrute pleno del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, si ignora los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, si obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos o los deberes para prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones, en el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales de amparo, o si resulta opuesta al principio *pro persona*.

²⁴ Véase, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, Porrúa, UNAM e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

Es en este marco que se dota de adecuado sentido al artículo cuarto transitorio de la reforma de 6 de junio de 2011 y a los artículos sexto y séptimo transitorios de la actual Ley de Amparo. No es posible considerar las tesis aprobadas con motivo de la resolución de casos fallados conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma constitucional; ni incluso, las tesis vinculadas con los asuntos decididos de acuerdo a la ley abrogada. Incluso, la jurisprudencia integrada a la luz de la ley previa puede continuar su vigencia en tanto que no se oponga a la nueva legislación. La razón primordial para tal solución es que se asegure la recepción de los nuevos contenidos normativos, siempre en la medida en la que resulten más favorables para las personas. En caso contrario, de cara a los principios *pro persona* y de progresividad, no sería adecuado desconocer un criterio más benéfico para las personas y para su derecho al amparo, en aras de aplicar un precepto legal que resulte más restrictivo que la propia Constitución. Los órganos jurisdiccionales deben recordar que no han de atarse acriticamente a la jurisprudencia previa.

En segundo lugar, y en sintonía con lo anterior, otra implicación derivada de la lectura armónica de ambas reformas constitucionales, consiste en no pretextar la insuficiente regulación, o inclusive, la ausencia de legislación, para rehusarse a aplicar directamente los mandatos constitucionales en materia de amparo o para cumplir las obligaciones establecidas en el párrafo tercero del artículo primero de nuestra Constitución Política. No ha sido extraño en nuestra tradición jurisprudencial que se aplique directamente un precepto constitucional y que se dé operatividad a una institución constitucionalmente prevista, sin que se tenga que aguardar a su desarrollo en ley. Uno de los más recientes ejemplos se ha presentado justamente en materia de amparo. Desde que entró en vigor la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 hasta que cobró vigencia la actual Ley de Amparo, la figura constitucional de los amparos adhesivos no permaneció en suspenso, sino que se puso en práctica gracias a la labor jurisdiccional. Bajo esa guía, es de esperarse un actuar congruente en todos los temas.

Sobre todo, se anticipa un proceder consistente de este tipo porque si las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales de los que México es parte poseen rango constitucional y conforman el parámetro de control de regularidad en nuestro ordenamiento jurídico, ello también debe predicarse de los estándares de fuente internacional que informan y pueden depurar al juicio de amparo, los cuales habrán de instituirlo como un recurso accesible, breve, sencillo, adecuado y efectivo para la defensa de nuestros derechos

humanos.²⁵ En ese entendido, conviene entonces llamar la atención en torno al mandato para que se desarrollen las posibilidades de esta clase de recurso judicial, establecido tanto en el numeral 3, inciso b), del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el numeral 2, inciso b), del artículo 25 de la Convención Americana.

Al incorporarse con rango constitucional la obligación internacional de desarrollar las posibilidades del recurso judicial, queda confirmado que la insuficiente o inexistente regulación legal en la materia no basta para dejar inermes las posibilidades del amparo, pues en juego se encuentran los deberes correlativos a los derechos humanos que en el ámbito de sus competencias corresponden a los órganos jurisdiccionales de amparo, pues cada vez que se decida proceder de un modo u otro, se contribuye o no a su observancia. Así, con cada auto y resolución se abona al respeto, promoción, protección y garantía de los derechos, o a la prevención, investigación, sanción y reparación de sus violaciones.

De tomarse en serio estas dos implicaciones resaltadas –el análisis crítico de los precedentes jurisprudenciales y la aplicación directa orientada a dotar de un efecto útil a las disposiciones constitucionales y convencionales que rigen al amparo–, en el día a día, el juicio de amparo puede revolucionarse para que no sea inaccesible para demasiadas personas por su complejidad técnica, por la especialización requerida para litigarlo o por lo insuficiente que resulta para tratar de remediar las violaciones a los derechos humanos. A partir del nuevo marco normativo, lo que se requiere entonces a nivel jurisprudencial para convertir al amparo en el medio de defensa de los derechos humanos que comúnmente presumimos, depende de un cambio de mentalidad entre la judicatura que haga suyo el nuevo paradigma instaurado por la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Sin esa conexión, el amparo, con todo y los avances experimentados tras su específica reforma constitucional de 6 de junio de 2011, seguirá siendo un recurso inaccesible para la población e inócuo para transformar la situación imperante en nuestro país relativa a la garantía de los derechos de todas las personas.

A fin de impulsar esa renovación que requiere el amparo, las disposiciones constitucionales y convencionales existentes deben ser aseguradas por medio de la práctica de un control difuso de constitucionalidad –mismo que incluye al control difuso de convencionalidad, al menos desde que con lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, tanto las fuentes

²⁵ Véanse los trabajos de IBAÑEZ, Juana María, "Comentario al artículo 8. Garantías judiciales" y "Comentario al artículo 25. Protección judicial", ambos en: STEINER, Christian, y URIBE, Patricia (coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, SCJN y Konrad Adenauer Stiftung, 2013. A partir de ellos será más sencillo ubicar algunos de los estándares internacionales de origen interamericano que rigen a nuestro juicio de amparo.

normativas de origen interno como las internacionales relativas a los derechos humanos conforman el parámetro de control de regularidad—, llevando a cabo una lectura que trascienda al marco legal, la cual no se contente con conocer lo que expresa la Ley de Amparo vigente, sino que con visión crítica analice su validez y, de ser el caso, inaplique sus preceptos tras ejercer el aludido control difuso.²⁶

Como todas las disposiciones de la Ley de Amparo están sujetas a un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, con el objeto de que a esta garantía exclusivamente se le restrinja en los casos y las condiciones constitucionalmente previstas, cualquiera de sus preceptos que conlleve entorpecer, obstaculizar o demorar su tramitación en forma ágil y simple, que torne al juicio en un medio indisponible o inasequible para la mayoría de las personas, o bien, que disminuya o no contribuya a que despliegue todas sus posibilidades para apreciar la cuestión de derechos efectivamente planteada y remediar eficientemente las violaciones declaradas en las sentencias que otorguen la protección constitucional, es susceptible de ser inaplicado *ex officio*.²⁷

Sirvan algunos ejemplos para cerrar este comentario.²⁸ A la luz del artículo primero constitucional y conforme al principio de universalidad y su aplicación en la práctica como componente de accesibilidad, el juicio de amparo debe quedar al alcance de toda persona o grupo. Se insiste en que en ese sentido debe resultar accesible y asequible para personas con discapacidad, personas, comunidades y pueblos indígenas, niñas, niños y adolescentes, migrantes y cualquier persona o grupo en situación de vulnerabilidad. Asimismo, para que sea considerado un recurso realmente accesible, se debe favorecer no solamente su procedencia, sino que su tramitación sea sencilla y breve, de cara al mandato para desarrollar sus posibilidades.

²⁶ Sobre el tema en general véanse en México dos obras colectivas, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, 2012, y GARCÍA VILLEGAS, Paula M., *El control de convencionalidad y las Cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Porrúa, 2013.

²⁷ En específico, sobre un método para ejercer el control difuso, véanse FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, "El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica", en *Revista Perspectiva en Derechos Humanos*, número 1, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, 2012, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", en *reformaDH. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN, OACNUDH, CDHDF, 2013. Disponible en: <<http://www.reformadh.org.mx>>, y RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, "Una propuesta de método para ejercer el control difuso de convencionalidad", de próxima publicación por el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.

²⁸ Muchos de los ejemplos y bastantes más ideas innovadoras sobre el amparo se compartieron en el *Ciclo de mesas de análisis de la nueva Ley de Amparo con enfoque en derechos humanos*. Disponible en: <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/content/i-ciclo-de-mesas-de-an%C3%A1lisis-de-la-nueva-ley-de-amparo-con-enfoque-de-derechos-humanos>>.

Conforme al principio de progresividad, la Ley de Amparo en ningún caso puede dificultar la procedencia y tramitación de este mecanismo de garantía de los derechos en mayor medida que el ordenamiento abrogado, pues si así fuera se contravendría la prohibición de regresividad correlativa a aquel principio. Por su parte, de acuerdo a los principios de interdependencia e indivisibilidad, todo amparo, durante su tramitación, debe resultar conforme a los parámetros derivados del derecho a un debido proceso, y de forma alguna puede originar la violación o la desprotección de diversos derechos.

Para que el amparo permita atender el deber de proteger derechos frente a terceros, se requiere favorecer su procedencia contra actos de particulares. Para que haga posible atender el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos, se requiere analizar, aplicar e interpretar a la figura de la suspensión, en sus diversas variantes, como una medida cautelar orientada en todo momento al cumplimiento de dicho deber. Para que resulte viable atender el deber de investigar violaciones a derechos humanos, se requiere analizar, aplicar e interpretar los temas de pruebas y actuaciones jurisdiccionales para mejor proveer, como medios orientados siempre al acatamiento de este deber. Para que apoye al deber de reparar violaciones a derechos, se requiere analizar, aplicar e interpretar los temas de los efectos y cumplimiento de las sentencias como medios orientados al respeto de tal deber, de cara al derecho a la plena ejecución de las sentencias reconocido en el artículo 17 de nuestra Constitución.

Prioritario resultará también la inaplicación de las causales de improcedencia y sobreseimiento que no encuentren fundamento constitucional. Con ese objetivo en mente, un análisis con enfoque de derechos humanos tiene que recordar que la regla general adoptada en el artículo 103 constitucional es la procedencia del amparo contra todo acto de autoridad, por lo que los supuestos de inadmisibilidad del amparo no solamente constituyen una excepción a interpretarse restrictivamente, sino que en su carácter de limitante de este medio de garantía y del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, no pueden aplicarse sino en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece, no siendo posible que la ley o la jurisprudencia añada causales, como la de consumación irreparable de las violaciones a derechos impugnadas, menos si se prevé el cumplimiento sustituto de los fallos de amparo y el deber de repararlas.

Con el mismo ánimo, podrían seguirse adelantando posibilidades como la aplicación sin discriminaciones de la suplencia de la queja o la ampliación de los efectos de las sentencias de amparo para incluir la mayor cantidad de medidas de reparación con las que se cuenta en los sistemas de protección de derechos en sedes internacionales, pero basta para concluir el presente comentario con recordar que sin un enfoque de derechos humanos, el amparo

seguirá siendo una cuestión de privilegio y no un derecho para todas las personas. Paradójico resultaría entonces que nuestro juicio de amparo que sirvió de inspiración para la redacción de la disposición que en el plano internacional reconoció el derecho a contar con un recurso judicial efectivo para la salvaguarda de los derechos humanos, hoy quede marginado de los más altos estándares en la materia.²⁹ Por todo ello, el futuro del juicio de amparo dependerá en buena medida de las decisiones de la judicatura. En esa coyuntura, solamente queda desear que lo mejor de sus orígenes sea combinado con el nuevo marco constitucional.

²⁹ Véanse en ese sentido las *Palabras del señor Ministro Juan N. Silva Meza, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, con motivo del lanzamiento del Programa Nacional de Capacitación y Difusión en Materia de Amparo*, pp. 5-6. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Presidencia/Paginas/pres_discursos_13.aspx>.

A thin vertical line extends from the top of the page down to a small black dot, which is positioned to the left of the text.

Materia

penal

Estándares jurisprudenciales
sobre tutela judicial en
materia penal

I. Posesión y portación de Armas

La posesión y portación de armas se reconocen como una garantía para la seguridad y legítima defensa de las personas. Un derecho público subjetivo que coadyuva al logro de la seguridad pública, con condiciones y requisitos para autorizar la portación de armas, con la finalidad de garantizar la tranquilidad en el país.

La legítima defensa es una causa de justificación derivada de un peligro implícito en la que el agente actúa en condiciones normales de imputabilidad, rechazando una agresión ilegítima, actual e inevitable de manera proporcional y razonable. No puede considerarse como legítima defensa si se previó la agresión y pudo evitarse por otros medios legales. Existe una presunción de legítima defensa que corresponde al Ministerio Público desvirtuar. No puede considerarse legítima defensa la reacción defensiva ya consumado el delito y el peligro.

La posesión de armas se refiere a la tenencia de armas dentro del domicilio. La portación implica un traslado. La portación de armas no es ilimitada. La primera restricción se refiere al tipo de armas que están prohibidas y la jurisprudencia las define con base en la legislación penal. La segunda restricción es que debe sujetarse a las limitaciones que la paz y la tranquilidad exijan. La portación de armas puede darse únicamente con el permiso o licencia relativa en los lugares autorizados, previo cumplimiento de requisitos y condiciones derivadas de la ley.

La posesión de las armas se refiere exclusivamente al domicilio y se ha considerado que es la adecuada, legal y justa respuesta al clamor público para garantizar el orden, la paz y la seguridad de las personas y de la colectividad, con la prohibición expresa de una posesión indebida.

En otros aspectos, cuando el Estado permite la colaboración y participación de particulares en la realización de funciones que son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante –las de seguridad pública tales como patrullaje de zonas de orden público, uso y utilización de armas de uso privativo de las fuerzas armadas o desarrollo de actividades de inteligencia militar– es, por lo general, directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones. Los grupos de autodefensa han sido señalados por la jurisprudencia como un riesgo para los derechos humanos y en la que los Estados tienen la responsabilidad de impedir el surgimiento de dichos grupos. Las violaciones a los derechos humanos que lleven a cabo estos grupos son responsabilidad del Estado.

La intervención de los particulares en la seguridad pública entendida como la actividad dirigida a la protección de las personas y de los bienes, así como al mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano puede darse también por medio de servicios prestados por empresas privadas en cuyo caso se considerarán parte del sistema nacional de seguridad pública. Las acciones de estos particulares será también responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia ha reiterado que el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público y debe hacerlo procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales. Por ello, es obligación de los Estados el extremo cuidado que deben observar las fuerzas armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.

II. Arraigo, Prisión preventiva y Delincuencia organizada

1. Arraigo

El arraigo es considerado como una medida precautoria que tiene como fin preservar la eficacia de la consignación y garantizar la seguridad jurídica en el proceso penal. Es un acto que afecta y restringe la libertad personal. El arraigo afecta la libertad de la persona lo que merece un tratamiento especial que obliga a suplir la deficiencia de la queja por parte de la autori-

dad que conoce de un juicio de constitucional incluso ante la ausencia de conceptos de violación o agravios del afectado.

Las medidas de privación de libertad y de afectación a la libertad de tránsito –como es el arraigo– tienen un carácter excepcional y deben regirse por los principios de reserva de ley, tipicidad y vigilancia del Poder Judicial. Exige estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos y sujetarse al marco de obligaciones del Estado en materia de garantía, respeto, protección de los derechos humanos: necesidad, legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia. En estos casos deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. De no cumplirse estos requisitos, estas medidas se convertirían en un sustituto de pena privativa de la libertad

2. Prisión Preventiva

Similares límites y elementos encontramos en la prisión preventiva. La regla general debe ser la libertad del imputado o procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La prisión preventiva no puede ser impuesta *per se*, ya sea por el delito o por las circunstancias particulares del imputado porque es una medida cautelar y no una punitiva.

Se debe realizar un juicio de proporcionalidad entre la prisión preventiva, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será considerada como arbitraria y violatoria de derechos humanos.

La prisión preventiva y otras medidas cautelares que restringen la libertad personal deben ser: excepcionales; justificadas con base en la legitimidad y racionalidad; acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente; indispensables para alcanzar el fin legítimo; proporcionales; limitadas en intensidad y duración; revisables periódicamente; revocables o sustituibles.

La prisión preventiva no puede durar más de dos años, por lo que –si no se está ejerciendo el derecho de defensa y si no se ha pronunciado sentencia– el efecto debe ser ponerlo en libertad de inmediato mientras se continúa con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

3. Delincuencia organizada

La limitación constitucional respecto del arraigo es que éste solo puede solicitarse por parte del Ministerio Público en casos de delincuencia organizada. La delincuencia organizada no solo se refiere al acto fundante de la organización sino también a la pertenencia constatada como residuo de la incorporación potencialmente posterior y aceptada. La configuración de delincuencia organizada debe de sujetarse a los delitos tipificados en la legislación correspondiente ya que no puede extenderse a otros ilícitos porque constituiría un acto violatorio de la garantía de legalidad por inexacta aplicación de la ley penal.

III. Flagrancia y Orden de aprehensión

1. Flagrancia

La flagrancia tiene que ser acreditada por la autoridad, no puede suponerse. Puede darse en caso de ejecutar una orden de cateo por un motivo penal distinto y encontrar en el lugar la comisión de un delito flagrante.

En los casos de flagrancia se ha establecido que no es exigible la puesta a disposición de manera inmediata ante el Ministerio Público, sino que ésta se verifique sin demora. Sin embargo, si se comete alguna violación a los derechos humanos en la detención de una persona en flagrancia, ésta podrá promover un juicio de amparo directo por violación al derecho al debido proceso.

En casos de flagrancia puede darse la violación del domicilio pero en estos casos se debe de contar con datos ciertos o válidos que valide la intromisión. En caso contrario estaríamos ante la violación de la garantía de inviolabilidad del domicilio.

2. Orden de aprehensión

La víctima o el ofendido tienen, como parte del derecho de acceso a la justicia, legitimación activa para promover un juicio de amparo indirecto contra la resolución que conforma la negativa de brindar orden de aprehensión contra el inculcado.

La orden de aprehensión no puede transcribir literalmente el estudio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad hecho por el Ministerio público. De hacerlo así se estaría violando los derechos de legalidad, seguridad jurídica y acceso a la justicia.

IV. Intervención de comunicaciones privadas

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se configura como una garantía formal que protege las comunicaciones privadas con independencia de su contenido. Lo que se prohíbe es la interceptación o el conocimiento antijurídico de una comunicación ajena, con independencia de que se difunda su contenido.

La prohibición de la intervención de comunicaciones privadas abarca también los datos de tráfico de las comunicaciones que identifican la comunicación ya que estos pueden afectar la privacidad de los comunicantes. En cada caso concreto habrá de determinarse si la interceptación y conocimiento antijurídico resultan contrario al derecho fundamental.

La protección de las comunicaciones privadas se extiende en el tiempo si éstas quedaron almacenadas en algún soporte material del medio de comunicación por el que se llevó a cabo. También protege los correos electrónicos, los archivos electrónicos almacenados en teléfonos celulares, mensajería sincrónica o instantánea asincrónica, intercambio de archivos en línea, redes sociales y aquellas que sean fruto de la evolución tecnológica. En la persecución e investigación de delitos, el Juez podrá ordenar excepcionalmente la intromisión a los teléfonos celulares de los detenidos pero sus archivos electrónicos no podrán ser reproducidos por el Ministerio Público. Esto admite una excepción tratándose de teléfonos celulares abandonados en el lugar probable de la comisión de un delito y sin que exista detenido.

Este derecho se extiende hasta el ámbito de lo familiar. El derecho del menor a la protección de sus comunicaciones solo debe ceder cuando la intervención resulte imprescindible para la protección de sus propios intereses, cuando exista el riesgo fundado de que pueda verse afectado en su integridad física, o bien que pudiera estarse en presencia de un delito flagrante. En las relaciones conyugales, ni el cuidado de la familia, ni la supervisión de la conducta moral habilita al otro para violentar sus derechos fundamentales en este caso, la protección del secreto de las comunicaciones privadas.

Para determinar la violación de este derecho se debe demostrar la intención consciente del tercero(s) ajeno a la comunicación de intervenir en ésta ya que la reserva de las comunicaciones se impone solamente frente a éste(os).

V. Defensoría Pública

El derecho *defensa adecuada* se considera necesario para un juicio justo y con las debidas garantías del acusado. Sin embargo, no en todos los casos este derecho deberá ser proporcionado gratuitamente por el Estado sino solamente en los casos en los que se trate de personas sujetas a un proceso no puedan pagar. Habrá de resolverse de forma casuística para ver si en el caso particular se afectó el debido proceso.

Los aspectos centrales de la defensoría pública para ser considerada como efectiva serían su independencia, suficiencia, competencia, gratuidad (en los casos necesarios), plenitud y oportunidad, y proveer los medios para que la haya.

El derecho a una defensa adecuada se ha interpretado un elemento esencial en todo el proceso, independientemente de si la legislación local no lo prevé así. Este derecho adquiere una importancia mayor con los casos de grupos vulnerables que pueden ser objetos de discriminación, particularmente los indígenas que tendrán en todo momento un intérprete y un defensor que conozca su lengua y cultura.

El derecho de defensa obliga al Estado a tratar a la persona como sujeto del proceso. Este derecho debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como responsable de un hecho punible y culmina en la etapa de ejecución de la pena. El derecho puede ser ejercido por medio de un profesional del derecho de su elección con el que habrá de mantener una comunicación libre y privada entre ambos. Los defensores de oficio deben actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.

1. Derecho de asistencia consular como derecho a una defensa adecuada de personas extranjeras

Este derecho se reconoce también para todo extranjero sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva que se encuentre privado de su libertad e incluye ser informado del derecho asistencia consular que le asiste. Si la autoridad ministerial o bien jurisdiccional, omiten cumplir con tal imperativo, existe una violación al procedimiento de defensa del peticionario que puede tener un *efecto corruptor* en todo el procedimiento penal.

El derecho a la asistencia consular se deduce a partir de la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Culturales y busca proteger a los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente a los suyos su derecho acceso a la justicia y se beneficien de un debido proceso legal en condiciones de igualdad y con el respeto debido a la dignidad de las personas.

De acuerdo con la jurisprudencia desde la óptica de los derechos de los extranjeros detenidos, los componentes esenciales del derecho al debido proceso son: el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular; y, el derecho a la asistencia misma. Este derecho es un componente de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa incluso en procedimientos administrativos o judiciales migratorios.

VI. Sistema Penitenciario

El sistema penitenciario y el régimen de derechos de las personas privadas de libertad deberán regirse por los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad durante la ejecución de la pena. Están prohibidas las marcas, estigmatización y las penas inusitadas.

El estado es el garante respecto de los derechos de las personas privadas de libertad que son protegidos por un régimen jurídico diferenciado con motivo de la sanción penal y la reclusión. Se debe de garantizar a todas las personas privadas de libertad una vida digna, autonomía y el reconocimiento de un proyecto de vida a pesar de la pérdida de libertad.

Los derechos de las personas privadas de libertad en el sistema penitenciario deben regirse por el principio de igualdad y no discriminación. Los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor por lo que las áreas de privilegios dentro de las prisiones. Contraviene al principio de igualdad otorgar *beneficios de ley* a algunos internos con base en consideraciones sobre su personalidad, mientras que se les niegan a otros que han observado el mismo comportamiento.

El principio de igualdad garantiza en todo momento el respeto a las necesidades específicas de la mujer interna dentro del marco de la equidad de género; de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad por razón de su salud o edad avanzada.

La jurisprudencia ha establecido también que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado

debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. Las penas no deben concebirse como tratamientos que pretendan curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto o un medio que pretende corregir al individuo.

VII. Auto de vinculación a proceso

Exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: que se haya formulado imputación; que el imputado haya sido informado de su derecho a declarar; a no autoincriminarse; y, expresar si desea declarar o reservarse; se establezca las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del hecho; que de los antecedentes de la investigación se desprendan datos que establezcan que se ha cometido un delito y la probabilidad de que el imputado participó en su comisión; y, no se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad penal.

Para la fundamentación y motivación adecuada, el juzgador debe abstenerse de recurrir enunciación genérica de los datos de la carpeta de investigación, sino que debe valorar la razonabilidad de los argumentos de las partes.

El auto de vinculación a proceso exige un estándar suficiente de acreditación de un hecho delictivo y de razonable probabilidad de intervención en la comisión de ese hecho.

VIII. Sistema Penal Acusatorio

1. Principios del proceso penal

El principio de publicidad rige el proceso penal acusatorio. Cualquier autoridad al realizar un manejo de la información debe considerarla bajo la premisa inicial que toda ella es pública y sólo por excepción, en los casos expresamente previstos en la legislación secundaria y justificados bajo determinadas circunstancias, se podrá clasificar como confidencial o reservada. En estos casos cobra especial importancia la necesidad de permitir el acceso a la información que conste en averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad.

En este caso, también se ha considerado válida la limitación legal a la publicidad de las investigaciones penales, incluso las concluidas, por considerar el sigilo de la investigación como parte del debido proceso y los derechos de las partes.

El principio de contradicción garantiza la igualdad procesal de las partes en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador.

El principio de contradicción también alcanza el derecho de las partes a tener acceso directo a todos los datos que obran en la carpeta de la investigación llevada por el Ministerio Público y a los ofrecidos por el imputado y su defensor; también el derecho a participar en la audiencia pública en que se incorporen, desahoguen y presenten las diferentes versiones e interpretaciones de los hechos, pruebas y diligencias, controvertirlos mediante la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes sin que ninguna de ellas ostente mayores prerrogativas en su desahogo. En estos casos la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado es un límite al principio de contradicción.

Respecto de la presunción de inocencia se ha establecido que hay obligación de probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado.

2. Derechos del imputado

a. Derecho a declarar o a guardar silencio, a conocer los motivos de su detención y los hechos que se le imputan

El inculpado no puede ser obligado a declarar, ni autoincriminarse pero sí se le puede llamar a declarar al indiciado en algún ilícito. La negativa a declarar no puede considerarse como un indicio de culpabilidad en la comisión del delito que se le atribuye. Este derecho tiene un carácter absoluto e inderogable.

El derecho a la información de las razones de la detención y a la notificación sin demora del cargo o cargos formulados en su contra debe cumplirse cuando la detención se produce porque es un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias y garantiza el derecho de defensa del individuo. El derecho a la información de las razones de la detención se cumple de manera oral y la notificación de los cargos en su contra debe hacerse por escrito. Habrán informarse en un lenguaje simple y libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención, no solo la base legal.

b. Prohibición de incomunicación, intimidación o tortura

Este derecho supone la libertad de la persona para declarar o no por lo que se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura. Las situaciones de incomunicación e intimidación pueden ser entendidas como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo, hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.

En el caso de tortura existe una obligación dirigida al sistema de procuración de justicia de investigar, perseguir de oficio y en su caso iniciar los procesos penales respecto de posibles actos de tortura así como tomar todas aquellas medidas efectivas para prevenirla y sancionarla en el ámbito de su jurisdicción y de conformidad con las garantías judiciales. Estas investigaciones deben ser serias, imparciales y efectivas, como un deber jurídico propio y no solo para cumplir con una formalidad. El procedimiento se debe llevar a cabo con diligencia, cuidado, profundidad y profesionalismo, que realmente lleven a sancionar a los responsables.

La investigación de la tortura debe ser independiente y minuciosa para determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas; así como la recuperación y preservación del material probatorio, la identificación de posibles testigos, investigar exhaustivamente la escena del crimen, realización de análisis en forma rigurosa por profesionales competentes y con procedimientos apropiados.

Los Estados deben garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y asistir a las personas que se encuentren detenidas y que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión. El tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño.

Cualquier declaración obtenida bajo tortura es ilícita. Las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria ya que con ello se vulnera el principio de presunción de inocencia. Los actos procesales derivados de la tortura, tratos crueles u otra forma que conlleve coacción no pueden considerarse válidos.

c. Derecho a aportar testigos y pruebas

Las pruebas son inválidas si son fruto de actuaciones inconstitucionales y violan garantías procesales, inadecuadas o si violan derechos de las personas.

Las pruebas ofrecidas por el imputado deben ser desahogadas dentro del procedimiento penal, si no se constituye una violación a los derechos humanos y puede traer como consecuencia la reposición del proceso penal.

Los testigos deben de tener un conocimiento original y directo y declarar de forma espontánea e imparcial. Para la integración y valoración de los testimonios debe contemplarse las circunstancias de tiempo, lugar y modo sobre los hechos que se declaren.

Los testigos detenidos con el acusado pueden no declarar si así lo desean o hacerlo asistido por su defensor, abogado o persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiese designar defensor, tiene derechos a que se le designe uno de oficio.

El inculpado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance, incluido el acceso al expediente llevado en su contra y objetar todos los medios de prueba durante el proceso.

d. Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal

Se refiere a todo el procedimiento de juzgamiento dentro del propio proceso y se traduce en que las audiencias y diligencias sean públicas en un tribunal establecido legalmente antes del hecho, ser competente, independiente e imparcial. Este derecho se refiere a cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa o judicial), que por medio de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

Los procesos penales se deben desarrollar en recintos a los que tenga el acceso el público, prohibiendo circunstancias de secreto y aislamiento para el desahogo de las diligencias procesales, sobre todo, para el caso de audiencias. Se ha valorado positivamente la transmisión a través de los medios de comunicación de las audiencias del juicio oral. La restricción de este derecho igualmente es posible cuando es necesario para preservar los intereses de la justicia lo cual debe ser plenamente justificada por el Estado. Los procesos realizados por jueces o autoridades de procuración y administración "sin rostro", en secreto y en condiciones de aislamiento es una situación violatoria de estos principios.

e. *Derecho a ser juzgado en el plazo constitucional y duración de la prisión preventiva*

El proceso debe ser breve, pero la brevedad no debe de interpretarse de forma rigorista en perjuicio del reo porque violaría su derecho relativo a su defensa. Esta garantía se deriva de la necesidad de prontitud en la impartición de justicia sin embargo debe estar sujeta a la garantía de defensa que, en todo caso, es de mayor entidad y beneficio para los procesados.

También se ha determinado un *test de razonabilidad* que debe considerar –además de la legislación nacional de la materia y la duración total del procedimiento hasta que se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto– la complejidad, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. El plazo razonable dentro de un proceso encontraría excepciones dependiendo de las circunstancias particulares y en ciertos supuestos el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable.

3. Derechos de las Víctimas

Algunos criterios jurisprudenciales han puntualizado los derechos de las víctimas, particularmente de las víctimas a las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares. Estas víctimas o sus familiares deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos de investigación, litigio y castigo de los responsables y una debida reparación. Esos recursos además de existir formalmente es preciso que sean efectivos e idóneos para combatir la violación.

En las investigaciones relacionadas con la violencia sexual, la declaración de la víctima debe realizarse en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; registrarse de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; se documenten y coordinen los actos investigativos, se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garan-

tizando la correcta cadena de custodia; y, se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.

La reparación a favor de las víctimas no es una concesión graciosa, sino el cumplimiento de una obligación jurídica y debe tener una vocación transformadora con efectos restitutivos y correctivos. La reparación del daño integral debe concretarse a través de medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima; implica reestablecer la situación anterior, la eliminación de los efectos que la violación produjo así como una indemnización como compensación por los daños causados y medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición. La indemnización depende del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y éstas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares.

IX. Ministerio Público

La investigación y persecución de los delitos que lleva a cabo el Ministerio Público es un elemento del derecho de acceso a la justicia. Esta investigación debe de llevarse a cabo de forma seria, eficaz y efectiva y no como mero trámite. La protección de los derechos procesales es responsable de toda autoridad (administrativa legislativa y judicial) que a través de sus resoluciones decida sobre derechos y obligaciones de las personas, por lo que las actuaciones del Ministerio Público deben apegarse a estos derechos.

La investigación y sanción de las violaciones a derechos humanos tiene como finalidad la determinación de la verdad restablecer a las víctimas u ofendidos en sus derechos; combatir la impunidad mediante la sanción a los responsables y establecer patrones sistemáticos de violaciones a derechos humanos. Deben orientarse a recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones, y determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado. Además, realizar análisis en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

1. El derecho a la seguridad pública

No puede haber contraposición entre las acciones de seguridad y el respeto a los derechos humanos. La lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la

persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana. Esto ha sido reiterado incluso en contextos de terrorismo.

a. Órganos competentes de intervenir en las acciones de seguridad pública

La alta presencia militar acompañada de intervención de las fuerzas armadas en actividades de seguridad pública, puede implicar la introducción de un riesgo para los derechos humanos. La participación de estas fuerzas armadas no debe de violar los derechos humanos ni los principios de legalidad o seguridad jurídica, particularmente en contextos de protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.

En esos casos el uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de legalidad, interpretación restrictiva, razonabilidad, necesidad, humanidad y proporcionalidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. Se justifican sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos y prohíben las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva.

Deben existir procedimientos eficaces para hacer valer la prohibición general a los agentes del Estado de privar de la vida arbitrariamente sería ineficaz y verificar la legalidad del uso letal de la fuerza ejercida por agentes estatales. El uso de armas de fuego con consecuencias letales por parte del Estado obliga a iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva. Esta obligación constituye un elemento fundamental y condicionante para la protección del derecho a la vida que se ve anulado en esas situaciones.

La lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción.

2. Ejecuciones extrajudiciales

El derecho a la vida en relación al tema de ejecuciones extrajudiciales, se considera como una norma de *ius cogens* y el presupuesto del goce de todos los demás derechos. Las ejecuciones extrajudiciales son privaciones ilegales de la vida u homicidios dolosos perpetrados o consentidos por personas cuya ilegítima actuación se apoya, de manera inmediata o mediata, en las potestades del Estado.

Se deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, entre ellas las prevenciones para evitar las ejecuciones extrajudiciales y caso de darse éstas, la obligación de hacer una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa o que encubra a los responsables. Esta investigación debe analizar las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios).

X. Cosa juzgada *ne bis in idem*

Cosa juzgada es el fin de un proceso penal –o en materia administrativa– que termina con una sentencia firme, que establece, con carácter rígido, la verdad legal de un caso en específico logrando con ello la seguridad y certeza jurídica. Debe existir identidad de partes, identidad de cosa u objeto materia de los juicios de que se trate, e identidad en la causa de pedir o hecho jurídico generador del derecho que se haga valer.

Después de una resolución que ha causado estado y definitiva, no puede abrirse nuevamente un proceso en el que se juzguen los mismos hechos. Tampoco puede imponerse a una misma conducta una doble penalidad por lo que esta prohibida la recalificación de las conductas, evitando que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez. Una sentencia produce efectos no sólo en relación con el proceso en que ha sido emitida, sino también en relación con todo proceso posterior sobre la misma cosa. Iniciar un proceso por la vía penal no excluye el recurso por la vía civil o laboral.

La cosa juzgada fraudulenta se refiere a sentencias dictadas de manera engañosa y que no pretenden hacer justicia sino simularla. Así, el enjuiciamiento posterior por los mismos hechos y en contra de las mismas personas no sería un nuevo juicio ni violaría el principio *ne bis in idem*.

La acción de nulidad de juicio concluido procede cuando el fallo se funda en pruebas reconocidas o declaradas de cualquier modo falsas con posterioridad a la resolución, o que la parte vencida ignoraba que se había reconocido o declarado como tales antes de la sentencia; y, cuando existiere colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes litigantes, en el juicio cuya nulidad se pide, en perjuicio del actor. Con ello se reconoce que existen procedimientos que pudieron haber sido decididos con base en elementos fraudulentos y que esto atenta contra un principio de justicia. Es posible, entonces, vulnerar dichas resoluciones aunque hayan alcanzado el estado de cosa juzgada.

Principales referentes jurisprudenciales

- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

- Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C. 215.
- Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, 11 de Mayo de 2007. Serie C No. 163.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- CortelDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226.
- Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.
- Corte IDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- Acción de inconstitucionalidad 26/2009. Sentencia de 3 de julio de 2012, México.

- Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías.
- Amparo Directo en Revisión 517/2011. Quejosa y recurrente: Florence Marie Cassez Crepin. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.
- Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.
- Reconocimiento de Inocencia 5/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, febrero de 1999 (Registro IUS No. 5445).
- Tesis 2a. XLIV/2001 PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR ESE ILÍCITO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS, ES LA SEGURIDAD PÚBLICA Y NO EL DERECHO PREFERENTE DE SU USO POR LAS FUERZAS ARMADAS. 9a. Época; 2a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIII, Mayo de 2001, p. 459. 2a. XLIV/2001 No. 189 636.
- Tesis P. X/2009. SERVICIOS DE SEGURIDAD PRESTADOS POR EMPRESAS PRIVADAS. SON PARTE DEL SISTEMA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y, POR TANTO, PARA LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA LEGISLAR RESPECTO DE AQUÉLLAS DEBE ESTARSE A LA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, abril de 2000, p. 1299. Registro IUS 167 360.
- Tesis: XVII.2o.P.A.36 P. ARMAS. EL SIGNIFICADO DE ESTE VOCABLO CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 10 Y 19, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ASÍ COMO 173 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, CORRESPONDE AL DEFINIDO POR EL DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA COMO INSTRUMENTO, MEDIO O MÁQUINA DESTINADOS A ATACAR O A DEFENDERSE Y NO EXCLUSIVAMENTE A LAS DE FUEGO. 9a. Época; T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Febrero de 2010, p. 2793. No. 165 340.

- Tesis: 2a. LII/2003 ARMAS DE FUEGO. LA GARANTÍA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESPECTO DE SU PORTACIÓN, NO ES ILIMITADA, SINO QUE ESTÁ RESTRINGIDA A LOS CASOS, CONDICIONES Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA. 9a. Época; 2a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, Abril de 2003, p. 205. 184533.
- Tesis 1a./J. 117/2008 "PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. NO SE CONFIGURA ESE DELITO SI UNA PERSONA REALIZA DISPAROS EN SU DOMICILIO SIN LESIONAR BIENES JURÍDICOS, AUN CUANDO NO CUENTE CON EL PERMISO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, febrero 2009, p. 314. (Contradicción de Tesis, 49/2008-PS)
- Tesis XVII. (VI Región) 1 P. PRESUNCIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA. PARA DESVIRTUARLA EL MINISTERIO PÚBLICO TIENE QUE ACREDITAR QUE QUIEN PRODUJO EL DAÑO NO OBRÓ EN DEFENSA PROPIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 2184. Registro IUS 165 442.
- Tesis XIV.2o.85 P. LEGÍTIMA DEFENSA. NO OBSTANTE QUE SE ACTUALIZAN LAS PRESUNCIONES DE LA DEFENSA PROPIA, ÉSTA NO ES LEGÍTIMA SI EL AGREDIDO PREVINO LA AGRESIÓN Y PUDO FÁCILMENTE EVITARLA POR OTROS MEDIOS LEGALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VIII, Noviembre de 1998, p. 541. Registro No. 195 192.
- Tesis VII.P. J/14. LEGÍTIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo III, Junio de 1996, p. 647. Registro No. 202 313.
- Tesis VI.2o.21 P. LEGÍTIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo II, Agosto de 1995; Pág. 550. Registro No. 204 542.
- Tesis IV.1o.PC.9 P LEGÍTIMA DEFENSA, MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO, INCOMPATIBILIDAD DE LAS EXCLUYENTES DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época, México; Tomo XII, Julio de 2000; Pág. 779. Registro No. 191 613

- Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 492. Reg. IUS. 2001430.
- Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.), SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 499. Reg. IUS. 2001493.
- Tesis: 1a. CCVIII/2011 (9a.), SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Reg. IUS. 160644.
- Tesis: P/J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740.
- Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.
- Tesis I.4o.P.44 P. ARRAIGO. CONSTITUYE UN SOLO ACTO DE TRACTO SUCESIVO, PUES LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO CONCEDIDO (HASTA CUARENTA DÍAS) DE LA PETICIÓN INICIAL NO ES UN ACTO DIVERSO Y TIENE UNIDAD DE PROPÓSITO O FINALIDAD PERSEGUIDA CONSISTENTE EN IMPEDIR QUE EL INDIADO SE SUSTRAYA DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Septiembre de 2009, p. 3095. Registro No. 166 500.
- Tesis: I.2o.C.44 C. ARRAIGO DOMICILIARIO DE NATURALEZA PENAL, ARRESTO CIVIL COMO MEDIDA DE APREMIO Y ARRAIGO CIVIL. DIFERENCIAS Y EFECTOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2890. Registro No. 165 105.

- Tesis II.2o.P. J/1 (10a.). DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN ESTE DELITO SE ACTUALIZA A TÍTULO DE AUTORÍA DIRECTA Y MATERIAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 13, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AUN TRATÁNDOSE DE LA INCORPORACIÓN DEL ACTIVO A GRUPOS CRIMINALES PREEXISTENTES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 2, p. 1178. Registro No. 2 003 960.
- Tesis II.2o.P.14 P (10a.). DELINCUENCIA. NO SE CONFIGURA DICHO DELITO CUANDO LA FINALIDAD DEL GRUPO ES LA DE IDENTIFICAR O LOCALIZAR A VENDEDORES DE DROGA O DELINCUENTES, PARA EXTORSIONALOS POR QUIENES SE OSTENTAN COMO POLICÍAS, PORQUE LA EXTORSIÓN NO ES UNO DE LOS ILÍCITOS QUE COMO PROPÓSITO O FINALIDAD ESPECÍFICA DE REALIZACIÓN SE EXIGE POR AQUELLA DESCRIPCIÓN TÍPICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro X, Julio de 2012, Tomo 3, p. 1828. Registro No. 2 001 094.
- Tesis Aislada. XIX.1o.16 P. DETENCIÓN ILEGAL. CASO EN QUE NO EXISTE, TRATÁNDOSE DE DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA NECESARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México. T.C.C., t. VIII, Diciembre de 1998, p. 1039.
- Tesis Aislada. II.1o.P.41 P. DELITO FLAGRANTE CONOCIDO AL EJECUTAR UNA ORDEN DE CATEO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C. t. VII, Mayo de 1998, p. 1003. Reg. IUS. 196332.
- Tesis Aislada. XI.2o.23 P. RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, T.C.C., t. VII, Junio de 1998, p. 703. Reg. IUS. 196011.
- Tesis Aislada. VII.P.96 P. "FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México T.C.C., t. X, Febrero de 1999, p. 507. Reg. IUS. 194631.
- Tesis 1a./J. 45/2013 (10a.). VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INCUPLADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). ES FACTIBLE SU ANÁLISIS EN AMPARO DIRECTO CUANDO NO HAYAN SIDO ANALIZADAS PREVIAMENTE EN AMPARO INDIRECTO. *Se-*

manario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, p. 529. Registro No. 2 004 134.

- Tesis XXI.2o.PA.2 P (10a.). INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. LA EXCEPCIÓN A DICHA GARANTÍA CONSISTENTE EN LA FLAGRANCIA PARA JUSTIFICAR LA INTROMISIÓN EN AQUÉL SIN LA ORDEN DE CATEO CORRESPONDIENTE, NO SE ACTUALIZA SI LOS ELEMENTOS APREHENSORES SE INTRODUJERON AL INMUEBLE PORQUE UN DETECTOR MOLECULAR REGISTRÓ QUE EN SU INTERIOR SE ENCONTRABAN DROGA Y ARMAS, AUN CUANDO MANIFIESTEN QUE SU HABITANTE LES AUTORIZÓ EL PASO, SI ELLO NO CONSTA EXPRESAMENTE EN AUTOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, p. 2606. Registro No. 2 001 951.
- Tesis II.2o.P.27 P (10a.). VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. TIENE LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA AD PROCESUM PARA PROMOVER EL AMPARO INDIRECTO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE CONFIRMA LA NEGATIVA DE LIBRAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN CONTRA EL INculpADO (INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA JURISPRUDENCIAL DEL RECONOCIMIENTO DE SU CALIDAD COMO SUJETO PROCESAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, p. 1411. Registro No. 2 003 901.
- Tesis XXVII.1o. (VIII Región) 5 P (10a.). ORDEN DE APREHENSIÓN. SI AL DICTARLA EL JUEZ TRANSCRIBE LITERALMENTE EL ESTUDIO DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD HECHO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN SU ESCRITO DE CONSIGNACIÓN, SIN EXPONER ARGUMENTOS PROPIOS PARA MOTIVARLA Y FUNDAMENTARLA, VIOLA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y ACCESO A LA JUSTICIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, p. 1824. Registro No. 2 000 610.
- Tesis a./J. 5/2013 (9a.). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 3571. Registro No. 159 859.
- Tesis 9o.P.25 P (10a.). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SI EL MINISTERIO PÚBLICO ORDENA EXTRAER LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN UN TELÉFONO CELULAR QUE FUE ASEGURADO POR ESTAR ABANDONADO EN EL LUGAR PROBABLE DE LA COMISIÓN DE UN DELITO Y SIN QUE EXISTA DETENIDO ALGUNO, NO VIOLA DICHA PRERROGATIVA FUNDAMENTAL. *Semanario Judicial de la*

Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, p. 2108l. Registro No. 2 003 266.

- Tesis 4311a./J. 115/2012 (10a.). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN SE EXTIENDE A LOS DATOS ALMACENADOS EN EL TELÉFONO MÓVIL ASEGURADO A UNA PERSONA DETENIDA Y SUJETA A INVESTIGACIÓN POR LA POSIBLE COMISIÓN DE UN DELITO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, p. Registro No. 2 002 741.
- Tesis XVIII.4o.7 P (9a.). DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS. EL HECHO DE QUE EL JUEZ COMPETENTE PUEDA, EXCEPCIONALMENTE, EN LA PERSECUCIÓN E INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS, ORDENAR LA INTROMISIÓN A TELÉFONOS CELULARES, NO IMPLICA QUE EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDA EXIGIR A LOS AGENTES INVESTIGADORES LA REPRODUCCIÓN DE LOS ARCHIVOS ELECTRÓNICOS QUE CONTENGA EL TELÉFONO MÓVIL DE UN DETENIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2, p. 1125. Registro No. 160 235.
- Tesis 1a. CLXI/2011 DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 176. Registro No. 161 342.
- Tesis 1a. CLX/2011 DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. IRRELEVANCIA DE LA PROPIEDAD DE LA COMPUTADORA PARA EFECTOS DE CONSIDERAR INTERCEPTADO UN CORREO ELECTRÓNICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 217. Registro No. 161 341.
- Tesis 1a. CLVIII/2011 DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALIZA LA COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 217. Registro No. 161 340.
- Tesis 1a. CLIX/2011. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MOMENTO EN EL CUAL SE CONSIDERA INTERCEPTADO UN CORREO ELECTRÓNICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 218. Registro No. 161 339.

- Tesis 1a. CLVII/2011. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. PARA DETERMINAR SU VIOLACIÓN SE REQUIERE LA INTENCIÓN DEL TERCERO AJENO A LA COMUNICACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 219. Registro No. 161 338.
- Tesis 1a. CLVI/2011. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU ÁMBITO TEMPORAL DE PROTECCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 220. Registro No. 161 336.
- Tesis 1a. CLV/2011. DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU OBJETO DE PROTECCIÓN INCLUYE LOS DATOS QUE IDENTIFICAN LA COMUNICACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 221. Registro No. 161 335.
- Tesis 1a. CLIII/2011.DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SUS DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 221. Registro No. 161 334.
- Tesis: V.2o.48 P. DEFENSA ADECUADA. EL INculpADO TIENE EL DERECHO A QUE SU DEFENSOR COMPAREZCA A TODAS LAS AUDIENCIAS O DILIGENCIAS PROCESALES, AUN CUANDO LA NORMATIVIDAD QUE LO PREVÉ NO SE AJUSTE POR COMPLETO AL TEXTO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ELLO CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2334. Registro No. 177 032.
- Tesis: XIII.P.A.22 P. DEFENSA ADECUADA DE INDÍGENAS MONOLINGÜES. SI DESDE SU DECLARACIÓN PREPARATORIA NO SE NOMBRA UN INTÉRPRETE Y UN DEFENSOR QUE CONOZCAN SU LENGUA Y CULTURA PARA QUE LOS ASISTAN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO PENAL, SE VIOLA EN SU PERJUICIO EL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, PRIMER PÁRRAFO, ÚLTIMO SUPUESTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y SE ACTUALIZA UNA INFRACCIÓN AL PROCEDIMIENTO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIONES II Y IV, DE LA LEY DE AMPARO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). *Semanario Judicial de la Federación y*

su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 3175. Registro No. 163 180

- Tesis 1a./J. 81/2004, SCJN, IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XX, octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.
- Tesis: XVII.1o.PA. J/26 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1940. Reg. IUS. 160331.
- Tesis: XVII.1o.PA. J/25 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1942. Reg. IUS. 160330.
- Tesis: XVII.1o.PA.62 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2900. Reg. IUS. 163686.
- Tesis: II.2o.P.284 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4296. Reg. IUS. 160455.

- Tesis CCL/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, t. 1, p. 290. Reg. IUS. 160186.
- Tesis 1a. CCXLVIII/2011 (9a.). SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1, p. 291. Registro No. 160 185.
- Tesis 1a. CCXLIX/2011 (9a.). SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1, p. 292. Registro No. 160 184.
- Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVI, agosto de 2002, p.14. Reg. IUS 186185.
- Tesis I.4o.A.40 A (10a.). ACCESO A LA INFORMACIÓN. IMPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD EN EL DERECHO FUNDAMENTAL RELATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, p. 1899. Registro No. 2 002 944.
- Tesis: I.10o.P. J/7. INCULPADO. SU NEGATIVA A DECLARAR NO CONSTITUYE UN INDICIO PARA ACREDITAR SU CULPABILIDAD, SINO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México Tomo XXII, Agosto de 2005, p. 1630. Registro No. 177603.
- Tesis: XXI.1o.P.A.50 P. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL APARTADO A, FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SE VIOLA EN PERJUICIO DEL PRESENTADO SI EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE REQUIERE LA DEVOLUCIÓN O ENTREGA DEL OBJETO DEL DELITO CUYA COMISIÓN SE LE ATRIBUYE, CON APERCIBIMIENTO DE QUE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO SE LE APLICARÁ ALGUNA MEDIDA DE APREMIO PREVISTA EN LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1374. Registro No. 168440.

- Tesis: 1a./J. 53/2004. 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Agosto de 2004, p. 232. Registro No. 180845.
- Tesis: 1a. CXXIII/2004. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, enero de 2005, p. 415. Registro No. 179 607.
- Tesis P. LXII/2010. DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. SU VIOLACIÓN GENERA EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR EFECTIVAMENTE LOS HECHOS RESPECTIVOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Mexico, Tomo XXXIII, enero de 2011, p. 27. Registro IUS. 163166.
- Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.) PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, p. 2058. Registro No. 160 500.
- Tesis: XX.2o.80 P. PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA OMISIÓN DE PROVEER SOBRE SU ADMISIÓN Y DESAHOGO, UNA VEZ CUMPLIDA LA CONDICIÓN A LA QUE SE SUJETÓ, AFECTA LAS DEFENSAS DEL INculpADO TRASCENDIENDO AL SENTIDO DEL FALLO, PUES ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN PROCESAL ANÁLOGA A LA PREVISTA POR LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Febrero de 2008, p. 2369. Registro No. 170 212.
- Tesis: XXIII.1o.(IX Región) 1 P. CAREOS PROCESALES. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE LA CAUSA DE ORDENAR SU DESAHOGO CUANDO EXISTAN CONTRADICCIONES SUSTANTIVAS ENTRE EL DICHO DE UN TESTIGO Y EL INculpADO, SIEMPRE QUE ÉSTE HAYA MANIFESTADO SU VOLUNTAD DE CAREARSE, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL QUE AMERITA SU REPOSICIÓN EN CASO DE QUE TRASCIENDA AL RESULTADO DEL FALLO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Septiembre de 2010, p. 1175. Registro No. 163 871.

- Tesis: III.2o.P. J/25. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE REPONERLO SI ALGUNA DE LAS OFRECIDAS Y ADMITIDAS NO ES DESAHOGADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 1843. Registro No. 164 544.
- Tesis: II.2o.P.202 P. TESTIGOS. PARA QUE SU DECLARACIÓN SE CONSIDERE UN AUTÉNTICO TESTIMONIO SE REQUIERE QUE TENGAN UN CONOCIMIENTO ORIGINAL Y DIRECTO DE LOS HECHOS Y NO DERIVADO O PROVENIENTE DE INDUCCIONES O REFERENCIAS DE OTRO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Novena, Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 1539. Registro No. 174 167.
- Tesis: 1a. CXC/2009. PRUEBA TESTIMONIAL. DEBE SER RENDIDA DE FORMA LIBRE Y ESPONTÁNEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Noviembre de 2009, p. 413. Registro No. 165930.
- Tesis: XVII.1o.P.A.45 P. PRUEBA TESTIMONIAL. PARA SU INTEGRACIÓN Y VALORACIÓN DEBEN PROPORCIONARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO SOBRE LOS HECHOS QUE DECLAREN LOS TESTIGOS, AUN CUANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO LO PREVEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Abril de 2006, p. 1169. Registro No. 175 251.
- Tesis: 1a./J. 153/2005. DECLARACIÓN RENDIDA POR LOS CODETENIDOS EN CALIDAD DE TESTIGOS DE CARGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. CARECE DE VALIDEZ SI NO SE EFECTÚA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXIII, Febrero de 2006, p. 193. Registro No. 175 976.
- Tesis: 1a. CCLII/2007. AUDIENCIA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO NO VIOLA LA FRACCIÓN VI DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXVII, Enero de 2008, p. 418. Registro No. 170 550.
- Tesis: I.3o.P.53. LOS PLAZOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO DEBEN INTERPRETARSE EN FORMA RIGORISTA CUANDO EL PROCESADO OFRECE

PRUEBAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Julio de 2002, p. 1304. Registro No. 186 573.

- Tesis: I.2o.P.87 P. PROCESO PENAL, BREVEDAD DEL, CUANDO SE ENCUENTRA JUICIO DE AMPARO PENDIENTE DE RESOLUCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XX, Noviembre de 2004, p. 2003. Registro No. 180 097.
- Tesis P. LXIII/2010, DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXIII, enero de 2011, p. 25. Reg. IUS. 163168.
- Tesis P./J. 35/2000. SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, Abril de 2000, p. 557. Registro No. 192 083.
- Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 119/2002-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO EN CONTRA DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Julio de 2004, p. 27. Reg. IUS. 18169.
- Tesis: I.4o.A.749 A (9a.), PRINCIPIO DE COSA JUZGADA MATERIAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON UNA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Julio de 2011, p. 2160. Reg. IUS. 161515.

Artículo 10 Constitucional.
Derecho a la
legítima defensa

Rebeca RAMOS DUARTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho a poseer armas en la Constitución mexicana*. III. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *Tendencias en el Derecho comparado*. V. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Posesión de armas; Derecho a la seguridad; Legítima defensa; Uso indebido; Protección de la comunidad; Respeto, protección y garantía del Estado.

I. Introducción

El artículo 10 se encuentra en el capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o la *Constitución*), *De los derechos y sus garantías*, con base en su ubicación, hay quienes podrían interpretar dicho precepto como un derecho humano, en este sentido, es importante señalar que el derecho a la posesión de las armas no ha sido reconocido como un derecho humano en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH).

Para sostener este no reconocimiento como derecho humano, se considera importante iniciar con una definición del concepto *derechos humanos*, se tomará como base la de Antonio Pérez Luño, que a la letra dice: "[...] conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional [...]".¹

¹ Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8a edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 48, consultado en SAURA ESTAPÁ, Jaume, "Sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos emergentes", en Gloria Ramírez (coord.) *Derechos humanos y justicia. Derechos humanos en las sociedades contemporáneas*, Monterrey, 2007, Fondo Editorial de Nuevo León (Diálogos Fórum Universal de las Culturas), Monterrey, 2008, pp. 71-87.

Se emplea esta definición porque fundamenta los derechos humanos en términos de necesidades humanas y evolución histórica, y permite entenderlos como un conjunto de instituciones que tiene como objeto proteger la dignidad humana, pero que de igual forma reconoce la historicidad del ser humano; dicha concepción permite reconocer otros derechos, y dotar al ordenamiento jurídico del dinamismo que se requiere para esta tarea.

Ahora bien, con base en esta definición se podría considerar que el derecho a poseer armas está incluido en esta concepción de derechos humanos, sin embargo, no se considera de esa manera, debido que las exigencias de la dignidad y libertad que se pretenden proteger son la seguridad y la legítima defensa, bienes protegidos por el derecho humano a la seguridad, contenido en los artículos 21 de la CPEUM, 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

Como todos los derechos humanos, la obligación de respeto, protección y garantía del derecho a la seguridad corresponde a los Estados, todas las autoridades mexicanas en el ejercicio de sus facultades tienen el deber de llevar a cabo las acciones correspondientes para su realización efectiva, en este sentido el derecho a la posesión de armas establecido en el Derecho mexicano surge como una medida excepcional para la protección del derecho a la seguridad, basado en el reconocimiento de la legítima defensa como un medio del que disponen las personas en circunstancias especiales.

Además de esta aclaración, se valora pertinente señalar que existen serias preocupaciones por parte de organizaciones internacionales de derechos humanos, como OXFAM, IANSA y Amnistía Internacional sobre la proliferación de armas pequeñas y ligeras en manos de civiles, estas instituciones han emprendido la campaña "Armas bajo control" en la que subrayan el hecho de que cada minuto se pierde una vida humana víctima de arma de fuego. Los estudios de las organizaciones internacionales mencionadas, así como del sector académico, calculan que en el mundo circulan 650 millones de armas pequeñas, casi el 60 por ciento en manos de civiles.²

Se hace mención de estas preocupaciones con la finalidad de dar un contexto de las implicaciones que tiene la permisón de poseer armas en el ejercicio de los derechos humanos.

² Coss Nogeda, Magda *Armas pequeñas y ligeras: Caso México*, Oxfam Internacional, México 2005, p. 2.

Una vez establecido el carácter del derecho a la posesión de armas, se presentará de forma breve el origen y desarrollo que este derecho ha tenido en Derecho constitucional mexicano, para posteriormente revisar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN o Suprema Corte) y los criterios de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o "la Corte").

Por último se presentarán algunas tendencias en el Derecho comparado sobre el reconocimiento y aplicación del derecho a la posesión de armas.

II. El derecho a poseer armas en la Constitución mexicana

El artículo 10 de la Constitución de México, tiene su origen en la Segunda Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787: "Siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre una milicia bien organizada, no se coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas".³

A nivel nacional este derecho se incluyó en la Constitución de 1857, en el artículo 10, en el que se establecía lo siguiente: "Artículo 10. Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y la pena en que incurren los que las portaren."

En la Constitución de 1917, el texto del artículo 10 quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía.

De donde se aprecia que la facultad de poseer y portar armas, empezó a limitarse con dos prohibiciones, una legislativa, sobre el tipo de armas y la segunda sobre las formas de portación, a través de los reglamentos de policía.

³ "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed". Disponible en <http://www.america.gov/esp/media/pdf/books/constitution_sp.pdf#popup>, consultado el 28 de junio de 2013.

Este artículo se reformó mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, el 22 de octubre de 1971. Respecto de las disposiciones anteriores el actual artículo 10 constitucional difiere sustancialmente en que el derecho a portar armas se regula a través de una ley federal y respecto de la Constitución de 1857, en que se hace referencia a la categoría de armas reservadas para el uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. El texto vigente establece:

Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

El contenido del derecho a la posesión de armas según lo establecido en el artículo 10 implica lo siguiente:

1. Depende del ejercicio del derecho a la seguridad y a la legítima defensa, en este sentido se encuentra supeditado a las limitaciones al ejercicio de estos derechos.
2. La competencia para la regulación de este derecho corresponde a la Federación, a través de una ley, en este caso, la Ley Federal de Armas de Fuegos y Explosivos.
3. Bajo ninguna circunstancia se permite la posesión de armas prohibidas por la Ley Federal de Armas de Fuegos y Explosivos en los artículos 8 y 12, así como, las armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, según lo dispuesto en su artículo 11. En este sentido las armas permitidas a la ciudadanía son las señaladas en los artículos 9 y 10.
4. La posesión de armas requiere de un registro previo ante la Secretaría de la Defensa Nacional.
5. Para la portación de armas se requiere de la autorización de la autoridad, en este caso la Secretaría de la Defensa Nacional.

Después de indicar el contenido de este artículo constitucional, se considera necesario señalar que además del derecho a la seguridad, esta disposición presenta implicaciones en el reconocimiento y ejercicio de otros derechos humanos y disposiciones constitucionales, además del derecho a la seguridad, tales como el derecho a la vida (artículo 4 de la CADH), a

la integridad física (artículos 16 de la Constitución y 5 de la CADH), al acceso a la justicia (artículos 17 constitucional; 8 y 25 de la CADH) y a la propiedad (artículos 27 de la Constitución y 21 de la Convención), por esta razón, al momento de aplicar el artículo 10, se deberán considerar las afectaciones a los derechos referidos en el caso concreto, a través de la interpretación para la protección de estos derechos llevada a cabo por los tribunales nacionales y la CrIDH), en cumplimiento con el artículo 1 constitucional.

III. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional; lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencias de los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, Rosendo Cantú y Otra, así como Cabrera García y Montiel Flores, todas en contra del Estado mexicano; y lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente 912/2010, sobre la sentencia del caso Radilla Pacheco, las autoridades jurisdiccionales en la aplicación de las normas de derechos humanos, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH, para lo cual deben conocer y tomar en cuenta lo interpretado por la Corte IDH, como máximo órgano intérprete de la Convención.

Establecido lo anterior y reiterando que el artículo 10 de la Constitución mexicana no contiene una norma de derechos humanos, pero si tiene implicaciones en el respeto, protección y garantía del derecho a la seguridad, a continuación se presentan los criterios jurisprudenciales emitidos por la SCJN y por la Corte IDH para la interpretación del artículo 10 de conformidad con lo dispuesto por la Constitución en el artículo 1o.

1. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La interpretación que a nivel nacional se ha elaborado sobre los alcances del artículo 10 constitucional, se han referido en su mayoría a cuestiones penales, sobre la aplicación de los delitos de posesión y portación de armas prohibidas y reservadas.⁴

Para la interpretación de este artículo en el sentido de proteger el derecho a la seguridad, se identificó una decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de

⁴ Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2004, p. 234.

febrero de 2009, de dicha resolución se retoman los criterios de supeditación de este derecho a la protección del derecho a la seguridad.

PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. NO SE CONFIGURA ESE DELITO SI UNA PERSONA REALIZA DISPAROS EN SU DOMICILIO SIN LESIONAR BIENES JURÍDICOS, AUN CUANDO NO CUENTE CON EL PERMISO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE.

...

I. Artículo 10 constitucional.

...

Tal como lo reconoció esta Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 72/2004-PS, dicha reforma constitucional (22 de octubre de 1971) tuvo como fin fundamental controlar el uso indebido de toda clase de armas y proteger a la colectividad del temor, de la inseguridad y de los abusos de quienes, al amparo de una garantía individual, pusieron -y siguen poniendo- en peligro a los integrantes de la sociedad con la realización de actos delictivos, a veces premeditados y a veces irreflexivos, que surgen de la posesión y portación de una arma.

Asimismo, la restricción de la posesión de las armas exclusivamente al domicilio, significó y sigue significando la adecuada, legal y justa respuesta al clamor público para garantizar el orden, la paz y la seguridad de las personas y de la colectividad, con la prohibición expresa de una posesión indebida por parte de quienes, sin motivo legal alguno, tienen y utilizan armas al amparo de un derecho constitucional.⁵

En esta resolución la SCJN deja claro que la disposición contenida en el artículo 10 depende en todo momento de la protección de la seguridad de las personas.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, esta interpretación se debe adecuar a lo establecido en el artículo 1o., en específico, me refiero a los principios

⁵ Tesis 1a./J. 117/2008 "PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. NO SE CONFIGURA ESE DELITO SI UNA PERSONA REALIZA DISPAROS EN SU DOMICILIO SIN LESIONAR BIENES JURÍDICOS, AUN CUANDO NO CUENTE CON EL PERMISO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE"; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, febrero 2009, p. 314. (Contradicción de Tesis, 49/2008-PS)

aplicables a las normas de derechos humanos, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El derecho a la posesión de armas no comparte estas características frente al derecho a la seguridad, siempre estará limitado por el ejercicio de los derechos humanos, *prima facie*.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Respecto de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, al no tratarse de un derecho humano, se retoman algunos criterios sobre protección del derecho a la seguridad, emitidos en tres casos, uno contra Colombia,⁶ otro en contra de Ecuador⁷ y la última sentencia contra México publicada hasta esta fecha.⁸

3. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia

Este caso se refiere a los hechos ocurridos el 18 de enero de 1989, en los que un grupo paramilitar con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales ejecutó extrajudicialmente a 12 personas y lesionó la integridad personal de otras 3, mientras cumplían una diligencia probatoria en su carácter de funcionarios de la administración de justicia en el corregimiento de "La Rochela", en el Departamento de Santander, Colombia".

A partir de la comisión de estos hechos, la Corte IDH desarrolló con base en su jurisprudencia los siguientes criterios de interpretación para la aplicación del derecho a la seguridad.⁹

82. En cuanto al contexto normativo, la Corte recuerda que, al haberse producido en enero de 1989, los hechos de este caso se enmarcan en el contexto analizado por este Tribunal en el *caso 19 Comerciantes*, cuyos hechos acaecieron en octubre de 1987. Esta Corte se pronunció sobre la responsabilidad de Colombia por haber emitido, en el marco de la lucha contra grupos guerrilleros, una normativa legal a través de la cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares. Dicho marco legal se encontraba vigente en la época de la masacre de La Rochela. El Estado otorgaba a los miembros de tales grupos permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico.

⁶ Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*, Fondo, reparaciones y costas, 11 de Mayo de 2007. Serie C No. 163.

⁷ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, Serie C No. 166.

⁸ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

⁹ Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela...* *supra* nota 6, párr. 82 y 102

85. No obstante tal medida normativa, es preciso resaltar que el 18 de enero de 1989, fecha en que ocurrió la masacre de La Rochela: a) ya habían transcurrido varios años desde cuando se hizo notorio que los grupos de autodefensa se transformaron en grupos paramilitares; y b) todavía se encontraban vigentes las normas relevantes de 1965 y 1968 que propiciaron la creación de grupos de autodefensa, entre ellas el parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965, el cual facultaba al Ministerio de Defensa Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (*supra* párr. 82 nota pie de página 50) y en desarrollo del cual se impulsaron los reglamentos militares que propiciaron la formación del grupo paramilitar "Los Masetos" (*infra* párrs. 88 y 89).

102. La Corte observa que en el presente caso el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. Fue de tal magnitud esta situación en la que particulares colaboraron en el desarrollo de dichas funciones, que cuando el Estado trató de adoptar las medidas para enfrentar el desborde en la actuación de los grupos paramilitares, estos mismos grupos, con el apoyo de agentes estatales, atentaron contra los funcionarios judiciales.

En esta sentencia la Corte es muy clara al señalar que el deber de garantía del Estado frente al derecho a la seguridad no cesa, en los casos en que agentes no estatales lleven a cabo tareas de seguridad, al contrario el estándar de la obligación se eleva, a establecer al Estado como un garante de que las funciones llevadas a cabo por civiles respeten en todo momento los derechos humanos.

En este sentido la permisión para la posesión de armas que existe en el Derecho mexicano, lejos de relegar las obligaciones de respeto, protección y garantía del Estado, eleva el estándar del cumplimiento.

4. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador

Este caso se presentó por el caso de la ejecución extrajudicial de tres personas, los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, cometida el 6 de marzo de 1993 en Guayaquil, Ecuador, y por la falta de investigación adecuada de estos hechos, durante más de trece años, después de ocurridos los hechos.

Las ejecuciones se llevaron a cabo durante un operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador, realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinentes.

A diferencia de la sentencia de la Masacre en la Rochela vs. Colombia, en la que se retoma lo señalado por la Corte respecto de la autorización de posesión y portación de armas reservadas a las Fuerzas Armadas a población civil, sobre esta sentencia interesa recuperar los criterios emitidos para la adopción de medidas internas en la protección de los derechos humanos.¹⁰

57. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que las requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

5. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México

Este caso se refiere al sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes del que fueron sujetos los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano. No fueron presentados

¹⁰ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez*, *supra* nota 7... parr. 57.

sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención, y así como una serie de irregularidades acaecidas en el proceso penal en su contra.

Además, de la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de los hechos, la falta de investigación adecuada de las alegaciones de tortura, y la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos. La detención de los señores Cabrera y Montiel tuvo lugar el 2 de mayo de 1999.¹¹

81. Los hechos del presente caso se producen en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero en los años 90, como respuesta estatal al narcotráfico y a grupos armados como el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR). Dicha respuesta consistió en el despliegue de fuerzas armadas en los estados en los cuales operaban estos grupos y donde se desarrollaban actividades de narcotráfico. Por esta razón, y teniendo en cuenta algunas de las controversias entre las partes (*infra* párrs. 90 a 92), el Tribunal considera relevante precisar algunos alcances de las obligaciones convencionales en este tipo de circunstancias.

87. De otra parte, esta Corte ya ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción". Así, el Tribunal ha enfatizado en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.

Sobre esta sentencia emitida en contra de México, la Corte refuerza la obligación del Estado de respetar, garantizar y proteger en todo momento los derechos humanos, en el ejercicio de su obligación de hacer efectivo el derecho humano a la seguridad.

IV. Tendencia en el derecho comparado

Una vez revisada la jurisprudencia nacional e interamericana aplicable en la interpretación del artículo 10 de la Constitución, se considera conveniente presentar la regulación que en el Derecho comparado se hace en materia de posesión y portación de armas.

¹¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, *supra* nota parr. 81 y 87.

Se analiza el caso español debido a que la forma de reconocimiento e incorporación de los derechos humanos utilizado en España es semejante al adoptado por la Constitución mexicana, en ambos ordenamientos se utiliza el principios de interpretación conforme. Aunque vale aclarar que no se trata de formas idénticas, en México la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho nacional es más amplia que en el caso de España.

1. España

Aclarado lo anterior se presentan las normas que regulan el uso de armas, en este caso, se trata de una disposición constitucional, desarrollada en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y el Reglamento de Armas de 29 de enero de 1993.

A nivel constitucional, la previsión del uso de armas se encuentra en el artículo 149. 26, que dispone:¹²

Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

26o. Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

A partir de esta disposición constitucional, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana,¹³ establece en su artículo 6 los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización.

A su vez, el artículo 7 de dicha Ley Orgánica, en su apartado primero, faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades sobre armas, en específico la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas.

¹² Constitución Española, disponible en <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/Constitucion CASTELLANO.pdf>> (28 de junio de 2013).

¹³ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1992-4252>, (28 de junio de 2013).

Con fundamento en esta Ley se emitió el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Armas, sobre esta normativa nos interesa retomar lo dispuesto en los artículos 1 y 96, que a la letra dicen:¹⁴

Artículo 1.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 7, 23 y siguientes de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, el presente Reglamento regula los requisitos y condiciones de la fabricación y reparaciones de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales, así como todo lo concerniente a su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación, su tenencia y utilización, determinando las medidas de control necesarias para el cumplimiento de tales requisitos y condiciones, con objeto de salvaguardar la seguridad pública. Sus preceptos serán supletorios de cualquier otra disposición que, con distinta finalidad, contenga normas referentes a dichas materias.

Artículo 96.

1. Nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin disponer de la correspondiente autorización expedida por los órganos administrativos a quienes este Reglamento atribuye tal competencia. Si se tratara de personas residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea distinto de España, la concesión de la autorización deberá ser comunicada a la autoridad competente de dicho Estado.

Sobre la regulación en España, se considera importante destacar tres aspectos:

1. El uso de armas, no está reconocido en términos de derecho, mucho menos como un derecho fundamental.
2. La regulación legal se vincula directamente con la protección de la seguridad ciudadana, entendida esta como un derecho fundamental, sujeto a la aplicación del principio de interpretación conforme establecido en el artículo 10.2 de la Constitución.

¹⁴ Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Armas, disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1993-6202>, (28 de junio de 2013).

3. La facultad de poseer y portar armas deriva de un acto discrecional del Estado, no del ejercicio de un derecho.

V. Conclusiones

Para la interpretación del artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el marco del nuevo ordenamiento constitucional en materia de derechos humanos, se deben considerar los siguientes puntos:

1. El derecho a la posesión de armas, no es un derecho humano, la ubicación en el Capítulo Primero Título I *De los Derechos Humanos y sus Garantías*, no constituye una razón suficiente para considerarlo como tal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nunca lo ha considerado de esa forma, en todo caso este derecho se encuentra como un medio de carácter excepcional en el ejercicio del derecho humanos a la seguridad.
2. Existen serias y fundadas preocupaciones por parte de instituciones de derechos humanos, sobre la relación directa que existe en la proliferación de armas con la proliferación de violaciones a los derechos humanos.
3. Conforme lo anterior y con la finalidad de evitar confusiones, lo establecido en el artículo 10, debería formar parte del artículo 21 constitucional, en ese marco normativo se debe interpretar, de conformidad con lo que ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
4. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido muy clara al señalar que el primer sujeto obligado al respeto, protección y garantía de los derechos humanos es el Estado, que en los casos en que se haga uso de elementos no civiles o no gubernamentales en las tareas de seguridad, no cesa sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.
5. En el Derecho Comparado, se cuenta con el caso español, en el que si bien se tiene la previsión constitucional del uso de las armas, esta no se establece en términos de derecho.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis 1a./J. 117/2008 "PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO SIN LICENCIA. NO SE CONFIGURA ESE DELITO SI UNA PERSONA REALIZA DISPAROS EN SU DOMICILIO SIN LESIONAR BIENES JURÍDICOS, AUN CUANDO NO CUENTE CON EL PERMISO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, febrero 2009, p. 314. (Contradicción de Tesis, 49/2008-PS)

2. Internacional

- Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, Fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 163, 11 de Mayo de 2007.
- Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador Fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 166, 4 de julio de 2007.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 220, 26 de noviembre de 2010.

El régimen penal de excepción para delincuencia organizada bajo el *test* de los derechos humanos

Silvano CANTÚ*

...la reforma en justicia penal [...] es violatoria de los derechos humanos porque eleva a rango constitucional el arraigo, permite los allanamientos sin orden judicial y crea un subsistema de excepción para las personas acusadas de pertenecer a la delincuencia organizada

*Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008)***

* Silvano Cantú es defensor de derechos humanos, así como consultor y profesor en la materia. En años recientes participó activamente en la elaboración e impulso de la reforma constitucional en derechos humanos (2011) y de la Ley General de Víctimas (2013), y ha acompañado el trabajo de organizaciones como la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH) y el Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (INSYDE) en la promoción de la eliminación del arraigo penal en el ámbito legislativo y ante diversas instancias internacionales.

** Citada por Sergio Aguayo, "Regresiones", artículo publicado en el diario Reforma de 20 de febrero de 2008.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre la idea de aplicar un test de corrección jurídico-democrática al régimen penal de excepción*. III. *El concepto de delincuencia organizada como "compartimento elástico"*.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Arraigo; Delincuencia organizada; Prisión Preventiva; Presunción de inocencia; Sistema penal acusatorio.

I. Introducción

Tras las fundamentales innovaciones que han representado para nuestro derecho la adopción de un sistema penal acusatorio,¹ la reforma en derechos humanos,² la adopción del modelo difuso de control jurisdiccional de la constitucionalidad y la convencionalidad,³ y la creación de un derecho victimal garantista,⁴ México puede hoy decidir seguir por la ruta de un mero formalismo *democrático* o avanzar hacia una *democracia constitucional de derecho(s)*, cuyas instituciones y normas estén conformadas a los estándares más protectores de las personas, esto es, que garanticen que la principal vía de ejercicio de la soberanía popular sea el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Este texto quiere ofrecer elementos sobre

¹ *DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf> (7 de julio de 2013).

² *DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf> (7 de julio de 2013).

³ *Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de octubre de 2011. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011> (7 de julio de 2013).

⁴ *DECRETO por el que se expide la Ley General de Víctimas*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 2013. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5284359&fecha=09/01/2013> (7 de julio de 2013).

esta discusión desde el punto de vista del tratamiento constitucional de la *delincuencia organizada*, acaso el tema más excéntrico de nuestra normatividad primaria con respecto a los contenidos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

El artículo 16 párrafos ocho, diez y once constitucional –reformado el 18 de junio de 2008– configura un régimen de excepción en materia penal. Frente al nuevo sistema procesal penal de índole acusatoria, oral y adversarial, este *régimen* funda la ejecución de figuras que suspenden o restringen justamente las reglas de la justicia penal que se busca implementar.⁵ El régimen de excepción se manifiesta a través de normas y jurisdicción *paralelas* a las que rigen la justicia penal *común*, lo que se logra a través del debilitamiento de las garantías procesales de las personas investigadas o procesadas por conductas ligadas a la definición positivada de *delincuencia organizada*.⁶

Aunque hay figuras en el mapa del régimen de excepción como la duplicación del término constitucional de consignación, el cateo, o la intervención de comunicaciones privadas, e incluso de actuaciones de hecho como el despliegue de elementos de corporaciones de seguridad nacional en actividades de seguridad pública o la disposición de retenes castrenses, este texto se concentrará, por una parte, en la definición de delincuencia organizada y la institución del arraigo penal (párrafos ocho y nueve del artículo 16 constitucional), sin pretender agotar con ello todo lo que implica el régimen de excepción.

Nuestra exploración incluirá las siguientes cuestiones: 1) si la puesta en marcha de un régimen penal de excepción es compatible con los contenidos del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos; 2) si el régimen es efectivamente excepcional –que nos dará pretexto para sugerir algunas inconsistencias en la definición constitucional de delincuencia organizada, y por qué corresponde a las y los operadores normativos garantizar la excepcionalidad del régimen en tanto esté vigente; y 3) señalar algunas rutas de argumentación para procesar jurisdiccionalmente la incompatibilidad del arraigo penal con el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

⁵ El viejo sistema, denominado inquisitivo, se encuentra aún vigente – febrero de 2013 – a nivel federal y en prácticamente las dos terceras partes de las entidades federativas.

⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 808.

II. Sobre la idea de aplicar un *test* de corrección jurídico-democrática al régimen penal de excepción

La primera discusión que debería suscitar la existencia de un *régimen penal de excepción* habría de girar, en mi opinión, en torno a la legitimidad de su existencia misma, es decir, al examen sobre la procedencia de sus instituciones a la luz de una supuesta *necesidad* que se invoca como motivo para su establecimiento. Esta primera interrogante puede también plantearse así: ¿pueden los ordenamientos jurídicos democráticos establecer normas que van en contra de sus principios fundamentales? Ejemplo: ¿puede una democracia que consagra el derecho de presunción de inocencia –entre otros– privar de la libertad a una persona hasta por ochenta días sin tener pruebas en su contra, sino justamente para conseguir pruebas en su contra?

En la medida en que ello impacta el ejercicio de los derechos humanos en el proceso penal, una respuesta llanamente dogmática nos remitiría a la posibilidad de que un Estado democrático lo haga solamente bajo proclamación de suspensión de garantías en los términos previstos por el derecho mismo, es decir, ante la actualización demostrable del supuesto de *amenaza excepcional*,⁷ sin que la suspensión afecte a un conjunto de derechos indisponibles para el Estado en cualquier circunstancia,⁸ y bajo los principios de legalidad, publicidad, proporcionalidad, temporalidad, no discriminación, y compatibilidad con las normas y principios de un Estado democrático.⁹

El problema con el régimen penal de excepción mexicano es que, por real que sea una amenaza derivada de la existencia e indiscutible violencia con la que operan las organizaciones delictivas (cárteles del narcotráfico, redes de trata de personas, bandas de secuestradores, grupos terroristas, etcétera), es decir, por real que sea la *necesidad* –invocada como fuente de la suspensión de derechos, en nuestro país jamás se ha proclamado el estado de excepción para combatir el fenómeno ni, desde luego, se ha sujeto el combate de la delincuencia a las

⁷ El artículo 29 constitucional cita los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, en tanto que el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla los de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado.

⁸ Entre otros precisados por el artículo 29 constitucional y el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y la discriminación, el derecho a la integridad personal, el principio de legalidad y las garantías judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

⁹ Por ejemplo, y además de los principios ya señalados, la suspensión o restricción de garantías debe respetar entre los bienes indisponibles bajo cualquier situación a las normas que reconocen derechos humanos en la Constitución y los tratados internacionales, así como las normas que establecen principios democráticos básicos, como la separación de poderes, del que se desprende la independencia de los jueces y el control judicial de la actuación de autoridades ejecutivas durante el estado de excepción.

reglas que determinan la *democraticidad* de la suspensión o restricción de garantías en el contexto del derecho penal.

Adicionalmente, el acento en la persecución y castigo a *presuntos culpables* no ha significado para las víctimas de la criminalidad un acceso satisfactorio a la justicia, ni a la verdad, ni mucho menos a la reparación integral. Aún es menor al 2% el número de víctimas que obtienen una sentencia condenatoria contra el responsable de los hechos, y la mera emisión de una condena no les representa hasta ahora –dicho sea mientras la Ley General de Víctimas aguarda su implementación– una diferencia significativa para efectos de recibir a su favor medidas que busquen compensar los daños que son imposibles ya de restituir.

La evaluación de la corrección jurídico-democrática de las instituciones del *excepcionalismo penal* mexicano puede remitirnos, acaso, a la idea de que el aparato punitivo vigente adolece de una *anormalidad* con respecto al estándar de lo que debería ser el derecho penal democrático. En ese sentido, lo ideal es que también nos pueda urgir a encontrar fórmulas de combate al crimen más justas, restaurativas y protectoras, que privilegien el enfoque de prevención y reconstrucción del tejido social mediante la garantía, protección y respeto plenos e integrales de todos los derechos de las personas, antes que el uso reactivo y de *prima ratio* de la fuerza y el poder punitivo. Debemos superar el imaginario conforme al cual el Estado es una especie de *sheriff* que elimina cuatreros y villanos de *western*, para pasar a concebirlo con la mediación de un *test de democraticidad* por virtud de la cual se vuelve proveedor de medidas que realicen el derecho a la seguridad, interdependiente de otros derechos y de un proceso de reconstrucción del tejido social que involucra el combate a la pobreza, a la impunidad y a la corrupción, y que desde luego no puede agotarse en los cuarteles ni en los tribunales. El sistema inquisitivo debió superarse porque había dejado –tiene aún– una deuda inmensa con la sociedad en materia de impunidad y agravio no resuelto. La vía para saldar cuentas no debería pasar por introducir de contrabando y por la puerta trasera lo peor de ese sistema (aunque haya sido maquillado).

III. El concepto de *delincuencia organizada* como "compartimento elástico"

En términos *teóricos*, el régimen de excepción busca compartimentar la persecución de delitos estrictamente relacionados a la delincuencia organizada bajo una lógica que es inevitable identificar con la del llamado *derecho penal del enemigo*, una doctrina penal contemporánea que se ha traducido en la práctica en la adopción de regímenes penales paralelos para el tratamiento de fenómenos delictivos que ofrecen una resistencia *especial* al Estado y la sociedad, en el cual no son efectivos (o al menos no igualmente efectivos) los derechos y los

principios penales *comunes*. Ante el riesgo de un quebrantamiento global del derecho penal democrático, quienes justifican la adopción de estos regímenes paralelos arguyen que las disposiciones que fundan el comportamiento *anormal* del aparato punitivo están debidamente compartimentadas, restringidas y debidamente definidas bajo figuras rigurosas y precisas.

Con todo, y más allá de las consideraciones sobre la universalidad de los derechos que debería garantizar el proceso penal, en México se advierten al menos dos infracciones a la idea del compartimento, es decir, dos excepciones a la excepción: la vaguedad e inconsistencia de la definición de *delincuencia organizada*, y el desbordamiento del "compartimento" bajo el *permiso* transitorio de aplicar la figura del arraigo a todos los delitos graves dentro de la *vacatio legis* para la implementación del sistema acusatorio (artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma constitucional de 2008).

Atendamos, primeramente, a la definición de *delincuencia organizada* que figura en la Constitución. Al respecto, el párrafo nueve del artículo 16 constitucional dice a la letra:

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.

La "ley de la materia" a la que se refiere el artículo 16o. –en un curioso ejercicio de *hipertextualidad* normativa que eleva a norma primaria, vía "mención", una ley secundaria– es la *Ley federal contra la delincuencia organizada*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 7 de noviembre de 1996 y reformada el 23 de enero de 2009. Ella define delincuencia organizada de la siguiente manera:

Artículo 2o.- 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 [...]

Un análisis mínimo de las posibilidades de ejecución de esta definición típica arrojaría como conclusión que carece de precisión y rigor, tanto sobre las conductas que persigue como sobre la subjetividad de sus destinatarios. Antes bien, parecería estar diseñada para gozar de una elasticidad que no salva a nadie de ser imputado, como se colige de las muy amplias fórmulas: "acuerden organizarse o se organicen", "de forma permanente o reiterada", "conductas que por sí o unidas a otras", "tienen como fin o resultado", y "cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...".

Estamos ante un tipo que, además de ser notoriamente amplio, cuenta con una complejidad dispuesta en una *triple dualidad* estructural. Por una parte, tenemos la dualidad con respecto a la conducta que persigue. La redacción "serán sancionadas... como miembros de la delincuencia organizada" indica un tratamiento especial frente a las conductas contenidas en otros tipos,¹⁰ pero redimensionada al incorporar el elemento de la organización. Como han sostenido González Ruiz y Buscaglia, con el de delincuencia organizada nos encontramos ante un tipo penal con "una estructura lógica de segundo piso[; e]l primer elemento hace referencia a la participación en una organización. El segundo es que esta organización comete delitos (delitos predicado) tales como tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, tráfico de armas".¹¹

Por otra parte, tenemos la dualidad con respecto al carácter continuo a la vez que continuado o reiterado de las conductas incluidas en el tipo. Sobre los "delitos predicado" se ha dicho, en ese sentido, que "representan un delito continuado, porque son varias conductas que de manera continua o reiterada se dan de forma ilícita. En cuanto al delito de segundo piso, la organización es un delito continuo, pues comienza a realizarse en el momento en que se organizan para cometer delitos y no dejan de realizarlos hasta el momento que la organización deja de tener efectos".¹²

En tercer término, tenemos la dualidad con respecto a su carácter simultáneo de delito de intención y de resultado, fijado en la fórmula "conductas que [...] tienen como fin y resultado...", mediante la cual el Estado se da facultades para perseguir los trabajos preparatorios que habrían de conducir a los delitos predicado, así como al mero hecho de la organización,

¹⁰ Los delitos que se asocian a la delincuencia organizada, conforme al artículo 2o. de la ley de mérito, abarcan conductas muy distintas que giran en torno a diversos tipos penales e hipótesis de conductas punibles, tales como: terrorismo; terrorismo internacional; delitos contra la salud (diversas conductas relacionadas al narcotráfico y también la posesión de narcóticos sin autorización en los términos de la Ley General de Salud); falsificación o alteración de moneda; operaciones con recursos de procedencia ilícita; delitos contra la propiedad intelectual ("piratería" comercial) (artículo 424º Bis del Código Penal Federal); acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad, o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de resistirlo; asalto; secuestro; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho; robo de vehículos; y trata de personas.

¹¹ González Ruiz, Samuel y Buscaglia, Edgardo, "Cómo diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la Convención de las Naciones Unidas", en Macedo de la Concha, Rafael (coord.), *Delincuencia organizada*, México, Inacipe, 2003, p. 100.

¹² Santiago Vasconcelos, José Luis, "Comentarios al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada con especial referencia a algunas de sus interpretaciones judiciales", en Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel (Coords.), *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, México, ITAM/Inacipe, 2005, p. 197.

mediante la fórmula "acuerden organizarse o se organicen". Ni en la ley federal ni en la Constitución se especifica qué estándar probatorio o criterio habría de dar cuerpo a una acusación por la materialización de actos conducentes a la comisión del delito cuando éste no se hubiera consumado, es decir, no hay una forma objetiva de evaluar la distinción entre la intención y el resultado. El elemento material externo a una mera denuncia de, digamos, un testigo anónimo que llama telefónicamente a la fiscalía en la materia, no es un requisito *sine qua non* para habilitar al Ministerio Público o las policías bajo su coordinación para perseguir el hecho denunciado bajo las figuras del régimen de excepción.

Ahora bien, esta *triple dualidad* estructural de la definición debería conducir a dificultar o incluso imposibilitar la persecución e investigación de las conductas que incluye, considerando, por ejemplo, que las autoridades deberían verse ante las complejas necesidades de acreditar la existencia de la organización delictiva, de demostrar la coincidencia en la misma persona y sobre los mismos hechos de una conducta permanente y otra reiterada, y la necesidad de demostrar en cada caso la diferencia entre delincuencia organizada y la mera asociación delictiva. Es decir, el compartimento excepcional sería realmente una camisa de fuerza.

No obstante, los últimos años el número de actuaciones ministeriales en contra de responsables de hechos relacionados con la delincuencia organizada en los términos de la Ley federal ha mantenido su lugar de principal delito perseguido y consignado a las autoridades judiciales, lo mismo que se mantiene como primera fuente para la emisión y ejecución de órdenes de arraigo, cateos, intervención de comunicaciones, órdenes de prisión preventiva automática, duplicaciones del plazo constitucional para efectuar la consignación, u otras herramientas del régimen de excepción.

Una cifra que pudiera ser reveladora en torno a la *hiperfocalización* del aparato de justicia con respecto a la persecución de la delincuencia organizada, indistintamente de su éxito, es que del total de averiguaciones previas despachadas por la Procuraduría General de la República entre 2007 y junio de 2012 (744,533), el 45.96% (342,247) correspondieron a delitos contra la salud (narcotráfico).¹³

Con todo, las dificultades para probar los elementos típicos del delito de delincuencia organizada han generado que figuras como el arraigo sean empleadas para perseguir delitos graves bajo la mera sospecha que pudieran estar siendo realizados bajo un esquema organi-

¹³ VI Informe de Gobierno de Felipe Calderón, 1o. de septiembre de 2012, p. 18. Disponible en: <http://www.informe.gob.mx/pdf/INFORME_ESCRITO/Sexto_Informe_de_Gobierno.pdf> (7 de julio de 2013).

zados sin que ello se demuestre finalmente, con lo que la hipótesis central de procedencia del arraigo constitucional, a saber, que se trate de delitos de delincuencia organizada, se cumple solamente de manera imperfecta. Contrario a lo que se pudiera suponer, contar con un tipo penal tan amplio fomenta la *hiperactividad* del aparato punitivo más allá del límite funcional del tipo. Ello se percibe, por ejemplo, al verificar que solamente el 0.055% de las órdenes de arraigo federales emitidas de 2008 a 2011 fueron libradas bajo el tipo penal estricto de delincuencia organizada (sin el concurso de los delitos predicado que se le asocian).¹⁴

En buena medida esto responde a la amplitud inusitada de casos en los que proceden figuras del régimen de excepción como el arraigo a la luz del artículo decimoprimer transitorio del decreto de reforma. Éste permite hasta 2016 la aplicación de la medida para todos los delitos graves tanto a nivel federal como local. Sobra decir que este transitorio constituye una licencia punitiva que pudiera ser tomada en calidad de síntoma sobre la integridad de los límites del "compartimento": no es sólo una *vacatio legis*, sino una vacación de la universalidad de las reglas democráticas del derecho penal moderno, contraviene el propósito y fin del texto constitucional y se vuelve una puerta abierta a la regularización de la excepción.

IV. Arraigo(s) y las posibilidades del control judicial de constitucionalidad

"¿Por qué no se puede luchar contra la delincuencia con eficacia y rigor con las normas que tenemos y debemos crear nuevas normas con extrañas figuras[...]?"

Sergio García Ramírez¹⁵

Ya en 1999, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") había sentado jurisprudencia¹⁶ en el sentido de que esta medida, en su modalidad domiciliaria, es inconstitucional por vulnerar la libertad personal de la persona afectada. Este criterio se confirmó en la resolución sobre la acción de inconstitucionalidad de 2002 en Chihuahua. La referencia constitucional y el llamado a combatir figuras incompatibles con el Estado era una constante en los alegatos contra el arraigo en la discusión de la SCJN, como

¹⁴ Cfr. Cantú, Silvano, et. al., *La figura del arraigo penal en México. El uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos*, México, CMDPDH, 2013, pp. 75-76. La cifra fue tomada del Oficio No. SJAI/DGAJ/06812/2011 de la Procuraduría General de la República de 11 de agosto de 2011.

¹⁵ La declaración fue dada a los medios en el contexto de la discusión sobre la Ley de Seguridad Nacional, a lo que agregó que es "preocupante la reiteración de prácticas de torturas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes; la desaparición forzada de personas, los arraigos, los cateos y las visitas domiciliarias ilegales, así como el uso de cuarteles como centros de detención de indiciados y las pésimas condiciones de vida en los centros de reclusión del país". Cfr. Milenio Diario: <<http://impreso.milenio.com/node/8971966>> (7 de julio de 2013).

¹⁶ Tesis: 1a./J.78/99 (9a.), ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 55. Reg. IUS. 192829.

desvela el voto particular del Ministro José Ramón Cossío en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 (arraigo en Chihuahua), cuya tercera nota al pie de página recoge el espíritu de lo que afirmamos en este subtítulo:

Ha llamado mucho nuestra atención la forma de argumentación de este caso en cuanto a que se propuso partir de la consideración de la situación de delincuencia que se vive en el país y, a partir de esa perspectiva, entender el sistema sancionador que prevé la Constitución. En nuestra opinión, el análisis debe hacerse en sentido inverso: vivimos en un estado constitucional y democrático; nos parece que un estado constitucional y democrático debe mantenerse a pesar de las amenazas que reciba; no tiene sentido alguno sostener un estado democrático y constitucional para hacer excepciones en la medida en que factores externos a la propia Constitución influyan sobre ésta. Nos parece que el único estado viable es el que tiene la capacidad de, a pesar de los enormes fenómenos de delincuencia que se viven, mantener y respetar los derechos fundamentales y, desde los derechos fundamentales, combatir las condiciones de delincuencia, pero no a la inversa.¹⁷

Pensar el arraigo como una suerte de *flagrancia inducida* contra una persona en el marco de su detención puede ayudarnos a caracterizarlo de una manera crítica que trascienda a la concepción simplista del arraigo como "medida cautelar", que normaliza el régimen de excepción y le da carta de naturalidad entre las medidas compatibles con los sistemas penales modernos, que parten de la base mínima de contar con medidas para que ninguna persona sea privada de la libertad, bajo cualquier concepto, sin que haya pruebas con referencias materiales suficientes para justificar la restricción. El esquema del arraigo flexibiliza al máximo los estándares procesales requeridos en cualquier lugar del mundo moderno para poder *investigar* a una persona; su constitucionalización no resolvió su problema de inconstitucionalidad. Parecería extraño pensar que una norma constitucional sea inconstitucional, pero si pensamos "Constitución" como bloque de constitucionalidad y asumimos la primacía de contenidos de los derechos humanos con respecto al resto de las disposiciones en un entramado normativo, debemos admitir que el arraigo reprueba el *test* jurídico-democrático, por varias razones que se mencionarán a lo largo de este apartado.

¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 20/2003. Sentencia definitiva 19 de septiembre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=60442>> (7 de julio de 2013).

Cuando hablamos de arraigo, tal como aparece en –y se desprende de– el texto del artículo 16 párrafo noveno constitucional, estamos ante una especie de detención preventiva preprocesal que consta de un momento de "sanción judicial", que se ha visto reducido en los hechos a la mera validación jurisdiccional de un acto de autoridad administrativo, sin que ello modifique sustancialmente la falta de vigilancia judicial sobre su ejecución o la ausencia de estándares probatorios mínimos para motivarlo, ya que se trata de estándares y reglas de procedimiento que, con relación a esta medida, se hayan totalmente desregulados. El arraigo *existe* porque se le menciona en una norma de plena vigencia jurídica y máximo rango normativo, pero su ejecución está *desregulada*. Es una especie de *figura procesal-penal en blanco*, en el sentido de que el Constituyente Permanente delegó en el Ministerio Público la determinación de la modalidad de tiempo, lugar y forma para ejecutar la medida.¹⁸

Tal como lo expresó Miguel Sarre,

... la figura se limita a señalar los requisitos formales que debe contener la orden correspondiente, pero no establece la exigencia de presupuestos sustanciales o materiales que justifiquen la afectación a los derechos de una persona a partir de la existencia de datos o indicios que hagan suponer su responsabilidad, de manera que se pueda vincular a la persona en contra de quien se decreta el arraigo con un hecho delictivo específico. Se trata, llanamente, de *arraigar para investigar*, y no de *arraigar cuando se ha investigado*. [En cursivas en el original].¹⁹

Aun cuando no se haya construido una causa probada para demostrar la responsabilidad penal de una persona arraigada se le ha impuesto de antemano una especie de pena preprocesal de hasta ochenta días. Es como si la persona, inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre un expediente de investigación penal (o incluso antes), es decir, como si nunca hubiera sido inocente, y el Estado dispusiera de un amplísimo margen de disponibilidad de la libertad personal de los particulares. Bajo este esquema *extremo* de tratamiento procesal, ocurren interrogatorios u otras formas de obtención de informaciones que desafían los lindes del debido proceso y en muchas casos el derecho a la integridad personal. Las pruebas obtenidas mediante arraigo deberían ser excluidas del todo de un

¹⁸ Léanse en ese sentido las fórmulas "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" (artículo 16o. constitucional) y "El Juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2o. de esta Ley y con las modalidades de lugar, tiempo, forma y medios de realización señalados en la solicitud" (artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada).

¹⁹ Sarre, Miguel "La constitucionalización de una prisión preventiva sin pruebas en la figura del arraigo", en Shalila Curioa Gálvez y Alejandra López Tapia (coord.), *Estudios en homenaje a Federico García Sámano*, México, ITAM / Porrúa Hnos., 2007.

proceso, pero no sabemos si la fórmula "...el éxito de la investigación..." cubre la obtención de pruebas durante el arraigo (así lo afirman las autoridades ministeriales que así producen pruebas y las presentan ante jueces), porque igual que en las demás finalidades para las cuales se vuelve "necesaria" la figura, conforme al texto constitucional, carecemos de normas adjetivas que determinen los alcances y modos para su ejecución. Sólo sabemos que a la fecha se han practicado más de siete mil arraigos²⁰ (la PGR discute aún si se trata de casi ocho mil o más de diez mil), y que sólo el 3.2% de ellos ha conducido a la condena de las personas afectadas.

Por todo lo anterior, es atendible que el arraigo, mientras persiste en nuestro ordenamiento jurídico, sea sujeto primordialmente a la inaplicación, particularmente cuando se trata de arraigos locales en entidades federativas que ya han implementado el sistema acusatorio o por delitos graves, o, en su defecto, a la aplicación de un elevado estándar de interpretación conforme con respecto a su ejecución cuando se le practica en su especie constitucional "directa" (contra delincuencia organizada en los términos del artículo 16 constitucional párrafo noveno). Sobre dicha ruta avanzaremos a través de tres estaciones: una caracterización del arraigo en dos modalidades históricas que coexisten en el ordenamiento jurídico, un escollo sobre los alcances del derecho a la libertad personal que se contraponen con el arraigo (sin perjuicio de otras menciones al principio de legalidad y a los derechos a la presunción de inocencia y honra, entre otros), y finalmente, un corolario sobre la aplicación de la interpretación conforme a la medida.

1. La familia Arraigo y sus parientes cercanos

Primero partamos de la base de que lo que llamamos "arraigo penal" en México es una familia de modalidades que admite la coexistencia de dos grandes modelos históricos de la figura, a saber, uno amplio que incluye la disponibilidad del lugar y el tiempo de ejecución de la medida por parte del Ministerio Público, así como un fuerte acento en la persecución de delitos de delincuencia organizada (artículo 12o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, a la que se remite el artículo 16 constitucional, que tiene réplica en las cuatro entidades

²⁰ Según Cantú, Silvano... *op. cit.* "Con base en el oficio SJAI/DGAJ/09406/2011 firmado por el director general de Asuntos Jurídicos de la PGR en relación con el número de exámenes médicos practicados sobre personas que ingresan al Centro Federal de Arraigo, en el que señala la cifra de 6,562 bajo la consigna "Únicamente se tiene registro de certificados médicos practicados al ingreso de los arraigados". Toda vez que sólo se practican una vez en todo el plazo de arraigo, se desprende que no hay repetición, sino que el número de certificados médicos coincide con el de ingresos al Centro Federal de Arraigo." Sobre el porcentaje de 3.2%, esa misma publicación afirma: Este dato ha sido extraído por la CMDPDH mediante el cruce de dos respuestas de la PGR a solicitudes de acceso a la información, mismas que constan en los oficios No. SJAI/DGAJ/09406/2011 (ver anterior referencia) y No. SJAI/DGAJ/10153/2011. El último se refiere al número de personas que han sido condenadas por un juez tras haber estado bajo arraigo desde el 18 de junio de 2008 hasta el 7 de noviembre de 2011, dando un total de 212, es decir, un 3.2%.

federativas que cuentan con leyes contra la delincuencia organizada),²¹ frente a un segundo modelo restringido, que aún conserva la modalidad domiciliaria del modelo *original* de arraigo, reputado de inconstitucional por la Suprema Corte en 2005 (aún vigente en los códigos penales sustantivo y adjetivo federales así como en veintiséis legislaciones locales). Sin embargo, y con la salvedad de lo dispuesto por el artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma de 18 de junio de 2008,²² el único arraigo que tiene aún sustento constitucional formal es el del primer tipo, que no está exento, en una interpretación literal, de que el Ministerio Público lo solicite bajo la modalidad domiciliaria, pero reducido a delitos de delincuencia organizada y, hasta 2016, para delitos graves.

Los tipos de arraigo que admite la Constitución tienen como destinatario a indiciados, pero aún hay entidades federativas que admiten el arraigo contra testigos.²³ Asimismo, cabe destacar que si bien la fórmula éxito de la investigación pudiera remitirnos a una modalidad de arraigo de aplicación exclusiva durante la fase de investigación (o averiguación previa en el modelo antiguo), hay muchas entidades que aún contemplan y aplican arraigos durante el juicio, en algunos casos ordenados directamente por las/los juzgadores sin intermediación de la solicitud por parte del Ministerio Público. También hallamos el caso contrario, en el cual el Ministerio Público puede ejecutar el arraigo y solicitar *ex post facto* la ratificación judicial de la medida, como ocurre en Baja California y Baja California Sur.

Finalmente, también hallamos entidades federativas que no regulan el arraigo en lo absoluto, como Coahuila y Colima, o aquellos que a partir de las críticas a las que ha sido sujeta la figura en foros internacionales, sociales y judiciales, han decidido eliminarla de sus ordenamientos, como Chiapas —que incluso prohíbe su práctica en la constitución local—, Oaxaca, Yucatán, el Estado de México y el Distrito Federal. En cambio, hay entidades que aunque ya han adoptado códigos procesales acusatorios, cuentan aún con arraigos, como es el caso de Baja California, Chihuahua, Durango, Nuevo León, Morelos y Zacatecas, lo cual contraviene el transitorio décimo primero. También hallamos otras estrategias de desplazamiento del arraigo, como el *rebautizo* de la figura bajo el nombre de "sujeción domiciliaria" o "detención bajo control judicial", como ha ocurrido en Oaxaca, el Estado de México y Distrito Federal, que cuentan con instituciones que tampoco pasan el *test* de constitucionalidad, pero que suavizan en los plazos o los controles jurisdiccionales las deficiencias del arraigo que consta aún en la Constitución general. Nominalmente ya no se apellidan "Arraigo", pero siguen estando bastante cerca

²¹ Distrito Federal, Baja California, Morelos y Jalisco.

²² En materia de aplicabilidad del arraigo para delitos graves de los fueros federal y común hasta que se implemente el sistema acusatorio.

²³ Baja California, Guanajuato, Guerrero, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas y Veracruz.

como para no figurar en su *family portrait* y, sobre todo, impactan de manera desfavorable el ejercicio de los derechos de las personas afectadas.

2. Lo que hace a Antígona: análisis de la compatibilidad del arraigo con el bloque de constitucionalidad en derechos humanos

El Estado constitucional no puede rebajarse al nivel de los delincuentes, y responderles con la misma moneda, porque no puede deslegitimarse y desvalorar la vida y libertad de los gobernados

Jesús Silva Meza, Ministro de la SCJN²⁴

El problema de Antígona no era que hubiera recaído sobre ella el peso de la ley, sino que ésta era injusta. ¿Cómo se *antagonizan* las personas afectadas por el arraigo? Este apartado quiere esbozar un análisis de la corrección jurídico-democrática del arraigo a la luz del bloque de constitucionalidad en derechos humanos.

Uno de los aspectos centrales a discutir para determinar si el arraigo es compatible con el bloque de constitucionalidad es si supera el *test* que representan artículos como el 7o., 8o. o el 22o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") en materia de libertad personal, presunción de inocencia y libertad de circulación.

Consideremos el caso de los artículos 7.2o., 7.3o. y 7.5o., cuyo texto es:

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

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[...]

5. Toda persona detenida o retenida debe ser 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, sin

²⁴ En Acción de Inconstitucionalidad 20/2003..., *supra* nota 18.

perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Estas normas parecen ser claras al mencionar el principio de reserva de ley y tipicidad como requisito indispensable para validar la privación de la libertad de una persona, así como sujetar el proceso a la vigilancia del Poder Judicial, como ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") en casos como *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*,²⁵ en el cual el Tribunal subraya la obligación del Estado de ceñirse puntualmente al texto jurídico al proceder a restringir la libertad personal. No obstante, también se han interpretado los alcances de estas disposiciones en el sentido de que la norma que funde la privación de la libertad, indistintamente de su rango normativo, debe sujetarse al marco de obligaciones del Estado en materia de garantía, respeto y protección de los derechos de las personas, como se lee en resoluciones de casos tales como *Tibi*²⁶ o *Acosta Calderón*, ambos contra Ecuador, y ambos suscitados por detenciones *preventivas* contra delitos semejantes a los de delincuencia organizada en México, que en estos casos se hallaban también contempladas en el entramado constitucional del país sudamericano.²⁷

De igual modo, la Corte IDH había sentado precedentes explícitos sobre la correspondencia *reserva de ley –tipicidad– convencionalidad* en Sentencias previas como las de los casos *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (párr. 83); *Maritza Urrutia vs. Guatemala* (párr. 65), y *Bulacio vs. Argentina* (párr. 125), en los cuales se lee esta redacción común:

...[s]egún el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

²⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

²⁶ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

²⁷ Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Asimismo, la Corte Interamericana había indicado poco antes en su Sentencia sobre el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*,²⁸ lo siguiente que incorpora al conjunto de los elementos que deben tomarse en cuenta para la calificación de una detención conforme a parámetros de bloque, el principio de excepcionalidad y la existencia de indicios suficientes para suponer la razonabilidad de la restricción de libertad:

129. La Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Lo dicho se complementa asimismo con lo que la Corte Interamericana afirma en la Sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*:

106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

²⁸ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 129.

Más adelante (párr. 114-119), la Corte IDH señala también los principios de control judicial e intermediación procesal.

Ahora bien, en el análisis que las y los juzgadores deben emprender en torno a casos de arraigo, es preciso que se advierta la considerable distancia que huelga entre los estándares convencionales y su interpretación, y los textos normativos internos (y sus interpretaciones) en materias que deberían ser la cuadrícula básica de los requerimientos jurídico-democráticos para la práctica de medidas restrictivas de la libertad, tales como a) razonabilidad; b) previsibilidad; que se sujete a los principios de c) legalidad, d) respeto de la presunción de inocencia, e) necesidad, f) proporcionalidad, g) supervisión judicial, h) intermediación procesal, e i) excepcionalidad.

Consideremos, por citar uno de los principios señalados, el que entraña la inadecuación de la norma constitucional con respecto al principio de legalidad.

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas deben acatar un conjunto de imperativos mínimos, que incluyen, por citar un ejemplo, la uniformidad en su interpretación, de conformidad con el espíritu de la disposición. En el caso del arraigo penal existe una inconsistencia notoria entre la interpretación y la producción de la norma.

El poder punitivo del Estado debe tener definidos sus fines y límites, así como los principios de su sistema de argumentación y de aplicación en las fases legislativa y judicial. En este sentido, el derecho penal se realiza mediante normas y decisiones jurídicas y tanto el legislador como el juez están vinculados por la prescripción constitucional. Sin embargo, podemos observar cómo a la luz de los principios mencionados, las "reglas procesales" que permiten el funcionamiento del arraigo son imperfectas, amplían el riesgo de la ruptura de las reglas democráticas y no se ajustan a los estándares ni a los principios de un sistema acusatorio de justicia penal garantista. En la mayoría de los casos, las reglas procesales son de hecho inexistentes.

No solamente no existen las reglas para proceder al arraigo, o las de estándares probatorios, o de modalidad de tiempo y lugar –que a su vez carecen de criterios objetivos de proporcionalidad–, sino también las reglas para autorizarlo y vigilarlo, es decir, las relativas al control judicial entendido con la amplitud que se desprende del bloque y su interpretación. En ese sentido, llama la atención, sobre todo tratándose de los arraigos federales, que haya una evidente debilidad institucional respecto a la autoridad que otorga las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público. Por la Constitución sabemos que debe ser una autoridad judicial, pero la determinación del órgano específico en el Poder Judicial encargado de dictar

las órdenes bien puede ser sujeta a revisión bajo la luz del principio de legalidad, sobre todo al tratarse de un esquema "relajado" de institución como lo es el de los Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones, creados mediante un acuerdo general del Consejo de la Judicatura Federal.

Dicho acuerdo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 4 de diciembre de 2008,²⁹ fundó los llamados "juzgados de control", previstos en el nuevo artículo 16 párrafo décimo tercero. Asimismo, reglamentó sus competencias y funciones. Estos juzgados son los encargados de emitir las órdenes de arraigo solicitadas por el Ministerio Público. Sin embargo, la validez de estos órganos ha sido impugnada por académicos³⁰ y organizaciones de la sociedad civil³¹ debido a que a la fecha no se ha legislado en materia de juzgados especializados en arraigos y medidas cautelares, lo cual es previsto en el artículo segundo transitorio del decreto de reforma,³² que contempla expresamente el supuesto contenido en el artículo 16 párrafo décimo tercero como condición para la entrada en vigor de dicha disposición (como se apuntó anteriormente).

Lo anterior podría significar que los Juzgados de Control que ahora están en pleno funcionamiento y que han emitido las órdenes de arraigo desde hace casi dos años, fueron creados por virtud de una norma que, a decir del segundo transitorio del decreto, carece de vigor a nivel federal, y además cuentan con funciones fijadas por un órgano que carece de facultades para reglamentarlas, a juzgar por lo establecido en los artículos 94º párrafos segundo y sexto y 100o. párrafo octavo de la Constitución.

Ahora bien, dichos órganos no son los encargados de velar por la integridad física y el debido proceso seguido a las personas arraigadas. De hecho, aunque la Constitución prevé que los jueces de control vigilarán la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 16o. y demás medidas cautelares implementadas mediante los códigos adjetivos acusatorios, resalta que esa norma, como ya se dijo, entrará en vigor al adoptarse el nuevo código, aunque el

²⁹ Cfr. <<http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/acuerdoConsejoJudicatura.pdf>> (7 de julio de 2013).

³⁰ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro. *Juzgados especializados ¿inconstitucionales?* El Universal, 12 de diciembre de 2008. Disponible en <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/42358.html>> (7 de julio de 2013).

³¹ Cfr. *Informe presentado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos del Noroeste, A.C., el Colectivo de Organizaciones Michoacanas de Derechos Humanos y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO México*, a la Relatora sobre Independencia de Jueces y Abogados de la ONU (octubre de 2010). Disponible en: <http://www.cmdpdh.org/docs/Informe_sobre_justicia_y_Poder_Judicial_en_México_Entregado_%20a_Gabriela_Knaul_Relatora_UNU.pdf> (7 de julio de 2013).

³² "Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16o., párrafos segundo y decimotercero; 17o., párrafos tercero, cuarto y sexto; 19o.; 20o. y 21o., párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto."

arraigo fue activado de inmediato tras la publicación de la reforma de 2008; por otra parte, la figura inadecuada del juez federal de cateos, arraigos e intervención de comunicaciones carece de facultades de vigilancia tal como consta en el Acuerdo del Consejo de la Judicatura, pero ello no debería excluirla de cumplir con las funciones de vigilancia "garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos" que mandata el artículo 16 párrafo decimocuarto. Hasta en tanto no se exija –y cumpla– que estos tribunales especializados cumplan su papel de garantes de los derechos de las personas arraigadas, el control judicial sobre la medida será nulo para efectos del contenido y alcance de la obligación de garantizar a la luz de las normas sobre libertad e integridad personales, así como debido proceso. Es muy sencillo fundar en ese artículo constitucional la obligación del Ministerio Público de informar periódicamente a la o el juzgador sobre el estado de la persona arraigada, y recibir de su defensa denuncias por hechos posiblemente constitutivos de tortura. También lo es que la Suprema Corte y las procuradurías adopten el registro de comunicaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial que prevé dicha norma.³³

Y ello también ayudaría a desempeñar un papel más activo del Poder Judicial en la prevención de la tortura, que es una constante en la ejecución del arraigo. Al respecto, el Subcomité para la Prevención de la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas resaltó en el párrafo 225 de su Informe sobre su visita a México,³⁴ que en la mitad de los 70 casos de exámenes médicos analizados sobre personas en situación de arraigo, las personas examinadas presentaban signos de violencia reciente. Por su parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) informó³⁵ que durante los dos primeros años de la constitucionalización del arraigo el 38% de las quejas generadas en el marco de la medida se refirieron a detención arbitraria y el 41%, a tratos crueles, inhumanos o degradantes antes de recibir la orden de arraigo o durante éste. Del total de los casos, el 26% presentaron ambas violaciones.³⁶ Entre los casos de tortura que las quejas mencionan se encuentran golpes, lesio-

³³ 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.

³⁴ CAT/OP/MEX/R.1

³⁵ Solicitud de acceso a la información generada por la CMDPDH; Oficio CNDH/PVG/DG/138/2010, folio 7110, de 29 de abril de 2010, misma que otorgó la información a través de la Primera (oficio CNDH/PVG/DG/138/2010), Segunda (oficio CNDH/2VG/08012010), Tercera (oficio TVG/000709) y Quinta (oficio QVG/CNDH/108/2010), Visitas de dicho organismo público, entre los meses de marzo y abril de 2010.

³⁶ En los informes de la CNDH se puede apreciar que del año 2000 al 2005, el número de quejas por malos tratos se mantuvo estable, estando en el rango de 200 a 300 quejas al año por este concepto. Para 2006, se aumentó a 330 quejas y en 2007 a 395. Sin embargo, en el año 2008 dicha cantidad se disparó a 987 quejas, superando la barrera de los mil en 2009 y llegando a 1,161 en 2010.

nes, ahogamientos, fracturas y aplicación de descargas eléctricas en los genitales u otras partes del cuerpo. También hubo largos plazos de incomunicación que entorpecieron la defensa.

3. Sobre los alcances del control judicial frente al arraigo

Mientras los Poderes Ejecutivos del país y los Congresos asumen plenamente que ya están obligados a ejercer la interpretación conforme en sus respectivos ámbitos, y por tanto emprender un ejercicio riguroso de adecuación de las políticas públicas y el derecho a la luz del bloque, el Poder Judicial ha reconocido formalmente hace un par de años sus obligaciones en la materia al adoptar el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad. Aunque el nombre sigue siendo sintomático de lo que falta asimilar en el camino hacia una judicatura con *sentido de bloque*, porque sigue distinguiendo entre Constitución y tratados cuando se trata de normas que reconocen derechos, la resolución de la consulta a trámite Varios 912/2010 es un paso innegable de la Suprema Corte en esa vía. Aunque desearía llamarle "control difuso del bloque de constitucionalidad", no faltaríamos al rigor técnico si nos referimos al control jurisdiccional difuso que interpreta conforme a normas tanto de fuente constitucional como convencional bajo el término común de "control judicial de constitucionalidad", porque las normas de fuente convencional en derechos humanos forman parte del bloque por virtud de una norma constitucional.

Ahora bien, este apartado quiere ocuparse de los alcances del control judicial de constitucionalidad cuando se trata del arraigo, para lo cual discutiremos qué efectos puede tener frente a las diversas modalidades de arraigos, y qué elementos deberían tomar en cuenta las y los juzgadores al argumentar resoluciones sobre el tema.

Sobre lo primero. Una norma se considera integrante de la Carta Magna tan pronto como se verifica el proceso que el artículo 135o. constitucional pone en manos del Constituyente permanente, lo cual explica el momento de la *constitucionalización* de la norma; ahora bien, esta regla formal aún debe ser contrastada a la luz de la regla de corrección constitucional sustantiva, aquella que decide justamente sobre la *constitucionalidad* de las normas, incluyendo las constitucionales. Como se dijo anteriormente, esta *regla de constitucionalidad* consta en el artículo 1o. y se aplica básicamente mediante dos criterios: el examen sobre la conformidad de la norma con respecto al bloque de constitucionalidad (interpretación conforme), y, en caso de conflicto o multiplicidad de normas disponibles para la interpretación conforme, se decide a favor de la norma que más proteja o menos restrinja, en su caso, los derechos de las personas (principio *pro personae*).

Por lo que hace a la interpretación conforme, hallamos que el criterio jurisprudencial adoptado mediante el Varios 912/2010 admite tres grados de intensidad en su aplicación. Así tenemos una interpretación conforme en sentido amplio, que aplican todas las autoridades por igual; otra, en sentido estricto, aplicada por las autoridades jurisdiccionales en sus resoluciones; y finalmente, cuando la autoridad jurisdiccional ha hallado una incompatibilidad irreductible entre la norma sujeta a interpretación conforme y las que integran el bloque, se pasa al grado de la inaplicación.

Ahora bien, conforme a la discusión que tuvo lugar en la SCJN sobre estos temas, y lo que resolvió en el Engrose de la consulta a trámite, hay un conjunto de límites sobre el carácter difuso del control judicial y sobre la procedencia misma del tercer grado de interpretación conforme. Entre los primeros encontramos, por ejemplo, los relativos a la intervención de tribunales distintos a la Suprema Corte en asuntos que impliquen la controversia de la competencia de la jurisdicción militar en casos que involucren a civiles (salvo casos de competencia originaria delegada), o el carácter relativo al caso concreto que tiene la inaplicación de normas frente a los efectos generales que tendría una resolución dictada mediante el proceso idóneo por la Suprema Corte). Sobre lo segundo, hay una discusión sobre las posibilidades de emplear el tercer grado a normas primarias, incluyendo, por citar el ejemplo que nos ocupa, el artículo 16 párrafo noveno constitucional. No obstante, atendiendo a lo que prevé el párrafo 39 del Engrose de mérito,³⁷ en conexión con el 33,³⁸ la inaplicación, aunque fiel al espíritu de proceder conforme a un juicio de fondo en torno a la norma inconforme a derechos humanos, no es el único camino a seguir en la argumentación jurídica que puede desplegarse a partir

³⁷ "29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia."

³⁸ "33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte."

de la interpretación conforme. El párrafo 33 del Engrose invita a la/el juzgador a buscar alternativas para evitar la vulneración de derechos.

El gran problema sigue siendo la inadecuación esencial de la norma con respecto al bloque, y por ello un camino cierto en tanto se vuelve a un orden constitucional íntegro, sería exigir del Ministerio Público que satisfaga los requerimientos que le impone de antemano el bloque de constitucionalidad, incluso tratándose de arraigo, para la ejecución de cualquier acto que implique la restricción del derecho a la libertad personal, es decir, que se exija al Ministerio Público para librar la orden de arraigo que la solicitud funde y motive al menos la razonabilidad, proporcionalidad, previsibilidad y referencia material de la prueba, así como invalidar de antemano las pruebas que el Ministerio Público obtenga de la persona bajo arraigo mediante interrogatorios o cualquier otra técnica, toda vez que la medida no busca, en los términos en los que se plantea en la Constitución, obtener pruebas de esta persona.

Un precedente emitido en ese sentido es el que sentó el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región en el amparo 257/2011 de junio de 2011 por una demanda de amparo contra el auto de formal prisión que siguió al arraigo de personas acusadas de un delito grave (mas no de delincuencia organizada), en el marco del cual se obtuvieron pruebas mediante tortura, las cuales condujeron a la condena del quejoso y de un supuesto cómplice.

La sentencia concedió a la parte promovente el amparo y protección de la justicia, dejando insubsistente el acto reclamado, además de solicitar la reposición del auto de término constitucional desechando todas las pruebas obtenidas mediante tortura durante el arraigo e instruir al juez de la causa ordenar una investigación por la tortura. Ahora bien, dentro de los considerandos del fallo, al que llegó mediante el uso de suplencia de la deficiencia de la queja, en los términos del entonces vigente artículo 76° bis fracción II de la Ley de Amparo, el juzgador incluyó una prolija discusión sobre la inadecuación del arraigo con respecto al bloque de constitucionalidad, y argumenta, igualmente, sobre la inconstitucionalidad de ejecutar el arraigo en sitio distinto al domiciliario, en tratándose de los delitos contemplados bajo el supuesto del artículo décimo primero transitorio,³⁹ toda vez que éste es claro al estipular el carácter domiciliario de la medida, por lo que todo arraigo practicado en los términos de ese transitorio (de inicio todos los que se fundan en los códigos procesales penales del

³⁹ Décimo Primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días. Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Cfr. Decreto de reforma constitucional de 18 de junio de 2008, p. 11. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf> (7 de julio de 2013).

país) debería considerarse inconstitucional en automático si se practica fuera del domicilio particular de la persona afectada.

De igual modo, la sentencia evalúa como inconstitucional el arraigo ejecutado en lugares distintos al domicilio del afectado debido a que supera el plazo máximo que prevé la Constitución para que sea puesto a disposición de autoridad judicial, así como superar con mucho el carácter inmediato que reviste la obligación de llevar a la persona detenida ante un juez, a la luz del artículo 7.5o. de la Convención Americana.

Resulta interesante advertir que hay un control sobre el control (o sobre la ausencia de control) judicial en esa sentencia, aunque no hay conocimiento directo sobre el arraigo. De igual modo, hay que señalar que en ninguno de los precedentes disponibles, incluyendo el que discutimos, se han dictado medidas integrales de reparación a favor de las víctimas (con excepción del inicio de la investigación, vista como medida de satisfacción conducente a garantizar a la víctima el derecho a la verdad). Claro, debe comprenderse que el fallo es previo a la publicación de la Ley General de Víctimas de 9 de enero de 2013, pero en las resoluciones posteriores las y los juzgadores que hallen elementos suficientes para determinar la investigación de tortura, atendiendo a la presunción de tortura que pesa sobre las autoridades públicas cuando quienes alegan los hechos son personas bajo su custodia, tendrán que ordenar reparaciones que van desde la compensación económica hasta la rehabilitación física, mental y social, pasando por medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Estas medidas deberán hacerse extensivas a todas aquellas personas que hubieran sido victimizadas por error judicial y hubieran sido absueltas tras haber sido puestas bajo arraigo, indistintamente de que los hechos hubieran ocurrido antes de la publicación de la Ley, si se encuentra que las víctimas han recibido un reconocimiento judicial de su victimidad, o bien, de parte de instituciones del sistema *Ombudsman* o de la Comisión Nacional Ejecutiva del Sistema Nacional de Atención a Víctimas. En ese caso, el Estado tiene responsabilidad directa en la violación de derechos procesales u otros derechos que pudieran ser conculcados por *error judicial*, por lo que está obligado a garantizar el acceso a reparaciones, entre otras la compensación económica y medidas de no repetición, a las personas que hubieran sido victimizadas por este medio.

Las y los juzgadores deben tener en cuenta que en el arraigo, y descontando casos de tortura u otras violaciones de derechos humanos cometidas de forma directa y como resultado de la ejecución y no del diseño mismo del arraigo, el principal responsable de la supervisión y control de la medida es el Poder Judicial, por lo que, como indica el artículo 141 de la Ley

General de Víctimas, recae en las judicaturas del país hacerse cargo de las compensaciones económicas por concepto de error judicial.⁴⁰

Otro precedente que es de interés citar sobre el tema es la sentencia de amparo 908/2011 que inaplicó la norma que funda el arraigo local en San Luis Potosí, la cual fue dictada en octubre de 2011 por el Juez Tercero de Distrito en aquel Estado, sobreseyendo la causa penal generada a partir de solicitud de orden de arraigo concedida por juez de primera instancia.

En una lectura armónica de los artículos 7.5o. (llevar sin demora a la persona detenida ante juez), 8.2o. (presunción de inocencia) y 22.1o. (libertad de circulación) de la CADH, el juez determinó que

[...] el arraigo penal previsto por el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de San Luis Potosí, como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presunta responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que lo establece tal disposición, es jurídicamente incompatible con el contenido de los referidos artículos 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior es así, dado que evidentemente al ejecutarse una orden de arraigo decretada con apoyo en lo dispuesto por el invocado numeral 168 del código adjetivo citado, el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, ya que incluso pueden transcurrir hasta treinta días para que ello suceda, quedando mientras tanto a disposición de la autoridad persecutora del delito; tampoco se le da al indiciado el tratamiento de inocente, ya que éste es detenido arbitrariamente para ser investigado, cuando lo correcto debiera ser llevar a cabo una investigación para posteriormente detener a aquél; amén de que con la referida medida precautoria se le impide al indiciado que salga de un determinado domicilio, quedando bajo la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora; contraviniéndose por tanto las garantías que en materia de derechos humanos consagran los artículos 7.5, 8.2 y 22.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁰ Artículo 141. [...] En el caso de las compensaciones por error judicial, éstas se cubrirán con cargo al presupuesto del Poder Judicial correspondiente.

En efecto, como ya se mencionó, en el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para esta entidad, se establece el arraigo penal, para facilitar la integración de la averiguación previa y llegado el caso, evitar que se imposibilite el cumplimiento del eventual mandamiento aprehensorio que llegue a pronunciarse, sin embargo, para decretar tal medida precautoria no se requiere que la averiguación arroje datos que conduzcan a establecer que una persona tenga probable responsabilidad penal en el ilícito respectivo, y no obstante lo anterior, se puede legalmente ordenar la afectación de la libertad personal de un individuo hasta por un término de treinta días, contraviniendo el principio de presunción de inocencia, sin que al efecto se justifique tal detención con una determinación en la que se le den a conocer al indiciado los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad, y privándosele consecuentemente del derecho que tiene a circular libremente por el país.

4. Leaving Guantanamo? Hacia la recomposición de la crisis de legalidad penal

Es indudable que el desafío que plantean las fuerzas criminales a México y al mundo contemporáneo requiere un tratamiento efectivo para garantizar a todas las personas el derecho a la seguridad, el combate a la impunidad y los atentados contra el tejido social. La delincuencia debe ser perseguida y castigada con todo el peso de la ley.

Igualmente cierto es que dicho tratamiento debería contribuir a profundizar la vía hacia la implementación de lo que podríamos llamar una "democracia constitucional de derecho(s)", e inscribir totalmente el comportamiento de los sistemas de justicia penal y de seguridad pública bajo las reglas de una nueva gramática de la justicia, de la que forman parte señera las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos, así como la adopción del control judicial de constitucionalidad y la Ley General de Víctimas.

Atendiendo a las inquietudes vertidas en el texto sobre la existencia de un régimen penal de excepción, cuyas formas contravienen los referentes para la evaluación de la corrección jurídico-democrática de las normas, esto es, las normas del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, y han representado resultados pírricos en el combate de las causas de fondo de la criminalidad y la inseguridad, es de toda necesidad emprender un replanteamiento serio del modelo de seguridad y justicia por parte de las instituciones y otros actores relevantes, a fin de reencauzarlos a lo que pretendían los desarrollos jurídicos garantistas a los que ya hemos hecho referencia. Un gran inicio sería eliminar el arraigo de la Constitución.

Justamente en el marco de esa agenda, un conjunto de organizaciones de la sociedad civil, entre otras el Instituto para la Seguridad y la Democracia y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, presentaron en el Congreso el pasado abril de 2013 una iniciativa de reforma constitucional⁴¹ cuyos elementos centrales son:

- En el párrafo octavo del artículo 16o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plantea eliminar la figura del arraigo;
- Se incluye una remisión a futuras normas secundarias que habrán de establecer medidas cautelares conformes al bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que sirvan de alternativas al arraigo para no privar de herramientas de investigación a la autoridad (pero subrayando la necesidad de que dichas herramientas respeten los derechos humanos y los principios del derecho penal democrático);
- Se prevé la participación oficiosa de autoridades jurisdiccionales y organismos de protección de los derechos humanos previstos en la Constitución para vigilar la correcta ejecución de las medidas cautelares que habrá de contemplar la legislación secundaria;
- Se propone la reforma del artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008, a fin de eliminar el arraigo para delitos graves en la Federación y las entidades que cuentan con un sistema penal mixto; y
- Finalmente, se incluye un artículo transitorio en el cual se dispone la reparación integral del daño a las personas que hubieran sido absueltas por sentencia firme de los delitos por los cuales se les arraigó, o que hubieran sido contemplados como víctimas en una recomendación emitida por un organismo público nacional o un organismo internacional de protección de los derechos humanos por violaciones de derechos humanos cometidas en situación de arraigo o con relación directa a éste; las reparaciones que se adopten en estos términos, deberán corresponder a las previstas en la Ley General de Víctimas.

Ojala que las propuestas integrales para devolverle a México la normalidad democrática rindan frutos. La profesionalización de los cuerpos de investigación y la reforma policial pueden rendir más resultados en la prevención y persecución del delito que los esquemas cómodos,

⁴¹ Disponible en: <http://www.insyde.org.mx/images/abril-2013_propuesta_de_iniciativa_de_reforma_const_16_arraigo.pdf> (7 de julio de 2013).

pero agresivos al derecho democrático y al tejido social, de la tortura y la detención sin investigación. Mucho se ha escrito al respecto, hay muchas ideas disponibles; ojala pronto encuentren las voluntades, que escasean con frecuencia.

Vivimos un interesante momento de la historia constitucional mexicana en el que las normas desajustadas a los derechos y principios de una democracia moderna han entrado al fin –o deberán entrar pronto– en una crisis de corrección jurídico-democrática, que les depara su inaplicación por la vía judicial y su eliminación por la vía legislativa. Estoy seguro que si procuramos un derecho que propicie una convivencia justa y digna, el régimen penal de excepción es una de las instituciones que, tarde o temprano, merece correr esa suerte.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: 1a./J.78/99 (9a.), ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo X, Noviembre de 1999, p. 55. Reg. IUS. 192829.
- Acción de Inconstitucionalidad 20/2003. Sentencia definitiva 19 de septiembre de 2005. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=60442>> (7 de julio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Aprehensión, detención y flagrancia

Julio A. HERNÁNDEZ BARROS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Flagrancia. Concepto*. III. *La flagrancia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *Tipos de Flagrancia*. V. *Permiso para detener en flagrancia*. VI. *Límites legales a la flagrancia*. VII. *Detención por caso urgente*. VIII. *Regulación*. IX. *Abuso ministerial en las detenciones urgentes o flagrantes*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; libertad personal; flagrancia; detención; Ministerio Público; proceso penal.

I. Introducción

El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención") establece:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser 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, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

En ese sentido y antes de abordar los casos en que el Ministerio Público está autorizado constitucionalmente para acometer una investigación previa con detenido, no está por demás aclarar que legalmente, la libertad personal puede restringirse, entre otros, por cualquiera de estos motivos: por arresto, detención, detención provisional con fines de extradición, aprehensión, prisión preventiva y la privación de la libertad como consecuencia de una condena.

Cada uno de estos casos permite que el detenido guarde una peculiar situación jurídica con características propias que pueden deberse a las condiciones de procedencia, a las personas en quienes se deposita la facultad de restringir la libertad; a las normas que los rigen o a los efectos que producen.

Así, el *arresto* puede decretarlo una autoridad administrativa como sanción por infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, limitado a un máximo de treinta y seis horas por mandato del artículo 21, constitucional.

El *arraigo domiciliario* que también puede ser despachado por el juez ante el riesgo de que eluda la acción de la justicia el inculpado respecto de quien se ha iniciado una averiguación previa.¹

La *detención*, que puede ser ejecutada por cualquier persona, en el caso de sorprender al inculpado en flagrante delito.

En la extradición, institución jurídico política por la cual un Estado llamado requirente, solicita de otro llamado requerido el envío de uno de sus nacionales, para que se le juzgue por algún delito o para que compurgue una pena, comienza por una *detención provisional* del individuo extraditable, solicitada precisamente por el país requirente, para que se inicie el procedimiento extraditorio, detención que autoriza la Ley de Extradición hasta por un plazo de sesenta días naturales.

La *aprehensión*, a diferencia de las otras, solamente puede ordenarla la autoridad judicial cuando se hayan cumplido los requisitos que exige el artículo 16 constitucional.

La *prisión preventiva* exige previamente el dictado de un auto de formal prisión por delito que merezca pena privativa de la libertad, en el que han de llenarse las condiciones que fija el artículo 19 de la misma Constitución.

Finalmente, la *pena* es otra forma de limitar la libertad personal, en el caso de que se haya dictado una sentencia condenatoria por la autoridad judicial, mediando juicio en el que se cumplan los requisitos que señala el artículo 14, de la Carta Fundamental.

En cuanto a sus efectos, como se ha expresado, el arresto tendrá un máximo de duración de treinta y seis horas; la detención, en cambio, no puede exceder del tiempo indispensable para poner al aprehendido en poder de la autoridad y para que ésta lo ponga a disposición del Ministerio Público; la detención no debe pasar del término de setenta y dos horas –o de ciento cuarenta y cuatro, en la hipótesis del plazo ampliado– y debe justificarse con un auto de formal prisión; la prisión preventiva puede extenderse por todo el tiempo que dure la

¹ La jurisprudencia de la Suprema Corte ha calificado a la orden de arraigo, en la forma en que la reglamenta el artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales, como un acto que afecta y restringe la libertad personal, al producir la inmovilidad de la persona contra quien se decreta, en un inmueble, mientras el Ministerio Público prepara en contra de ella el ejercicio de la acción penal, existiendo riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Tesis 1a./J. 78/99 (9a.). ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. X, Noviembre de 1999; p. 55. Reg. IUS. 192829.

instrucción del proceso, y hay casos en que puede evitarse mediante la libertad caucional, y finalmente, la pena limita la libertad por todo el tiempo que se fije en la sentencia condenatoria.

Si cambia la situación jurídica, (conjunto de normas legales que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado) los efectos de la situación jurídica anterior cesan, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, lo que resulta sumamente útil entender, para la determinación en cada caso, por ejemplo, de la procedencia del juicio de amparo.

Pues bien, otras formas que puede revestir la privación de la libertad, son las que autoriza el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: la flagrancia y el caso urgente, temas que enseguida examinaremos, sin perder de vista que flagrancia y caso de urgencia, constituyen excepciones al principio general, conforme al cual sólo puede privarse de la libertad a algún gobernado, en virtud de una orden escrita de autoridad judicial competente, en la que se funde y motive la causa legal del procedimiento, según imperativamente establece el párrafo primero del invocado artículo 16, de la Constitución Política en vigor.

El Código Federal de Procedimientos Penales confirma lo anterior, al señalar en el artículo 194-Bis: "En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún individuo podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido ese plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada".

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone igualmente en su artículo 266: "El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente".

II. Flagrancia. Concepto

Del latín *flagrans*, significa lo que actualmente se está ejecutando. Algunos tratan de encontrar su génesis en la expresión latina *flagrare*, que quiere decir arder o resplandecer como fuego o llama, lo que habla de un delito que resplandece y por ello es advertible retóricamente en el acto en que se enciende a los ojos de quien lo observa.

El concepto jurídico de flagrancia, está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo:

es necesaria siempre la presencia del delincuente... un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia; un pavimento que se hunde a la vista del juez, no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente.²

Podríamos definir la detención en flagrancia, como el acto por el cual una persona sin existir orden de juez, priva provisionalmente de la libertad a otra, a quien sorprende en el momento mismo en que está cometiendo un delito o bien cuando se halla en un estado declarado equivalente por la ley.

Esto puede entenderse en el sentido de que la detención en flagrancia, contemplada como un deber de colaboración con la justicia que es a cargo de todos, básicamente atiende a dos criterios: de un lado, a los sujetos facultados para detener y, del otro, al momento en que se realiza la detención.

En distinta ocasión expresamos y lo confirmamos ahora, que la flagrancia no alude a aquellos casos en que se ofrece una recompensa por una empresa, un particular o por la misma autoridad, a la persona que detenga y entregue a un delincuente especialmente peligroso o a un evadido de la prisión, por ejemplo, porque la institución que estudiamos alude a una detención que ocurra no antes ni después de cometido el delito (después hablaremos de la cuasiflagrancia y de la flagrancia equiparada) sino a una detención que sucede en el preciso momento de la comisión del hecho delictuoso.

Cobra aquí singular importancia el caso de los delitos denominados por la doctrina permanentes o continuos, cuyas características, son definidas en el artículo 7, fracción II del Código Penal Federal (17, fracción II, del distrital) como aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo, es decir aquellos que no tienen propiamente un momento consumativo sino más bien un período de consumación.

En estos casos, la flagrancia puede invocarse durante todo el tiempo que dure ese período consumativo y en esa etapa, es procedente la detención del infractor, en términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin necesidad del previo libramiento de una orden de aprehensión, pues como se expresa, en los delitos permanentes, todos y cada uno de sus momentos son de comisión; circunstancia que por ende,

² Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, T. IV, Buenos Aires, Librería "El Foro", S. A., 1996, pág. 128.

involucra permanentemente en su ejecución a quienes, enterados de la acción, la admiten o a quienes por preordenación la realizan y por tanto, deben responder penalmente como coautores; todo lo cual justifica respecto a éstos la detención en flagrancia.

Por ello, en el verdadero caso de delito flagrante, no se alude a la detención en el momento en que alguien intente cometer un delito o cuando esté resuelto a cometerlo, tampoco debe haberse consumado ya el delito, sino estar cometiéndose en el acto, para justificar así la detención de su autor por cualquiera que lo presencie y lo sorprenda, en dicha acción. Así parece desprenderse con claridad del párrafo cuarto, del artículo 16 Constitucional, reformado según publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, de 8 de marzo de 1999, que alude a la flagrancia en los siguientes términos: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

III. La flagrancia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Esta claro que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CortelDH" o "la Corte"), la flagrancia no debe presuponerse, sino que tiene que ser acreditada por la autoridad, y así lo ha resuelto en los casos *Gutiérrez Soler Vs. Coocombia*,³ igual consideración se hace el caso *García Asto y Ramírez Rojas Ve. Perú*.⁴ Al respecto García Ramírez opina:

La flagrancia –concepto que, por lo demás, no tiene alcance uniforme en todas las legislaciones ni caracterización única y pacífica en la doctrina y la jurisprudencia– que se presenta en un caso puede bastar a criterio de quien practica la detención, pero resultar insuficiente para quien la sufre. El intérprete de la norma, que procura hallar su mejor –y siempre juicioso– alcance, ponderando las repercusiones y aplicaciones de cada posible interpretación, debe dar a aquélla el significado que permita alcanzar, en la totalidad o por lo menos en la gran mayoría de los casos, habida cuenta de las condiciones de la realidad, el fin que se persigue. Piénsese, además, que la información sobre el motivo de la detención no solamente da noticia de que el agente del Estado considera que se han presentado determinados hechos, sino también manifiesta implícitamente que éstos

³ CortelDH. *Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No 132.

⁴ CortelDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

son ilícitos o reprochables, consideraciones, todas ellas, que atañen a la justificación del Estado y a la defensa del individuo.⁵

IV. Tipos de Flagrancia

1. Flagrancia en delitos graves o no graves

La flagrancia propiamente dicha, inspirada en la obligación que tienen los particulares de auxiliar a la autoridad en el combate a la delincuencia, proporcionando "el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional",⁶ existe, como hemos expresado, cuando el agente del delito es detenido en el acto mismo de estarlo cometiendo.

Conviene aclarar que si bien la naturaleza grave o no grave del delito de que se trate, tiene influencia para la determinación del caso de urgencia que más adelante estudiaremos, en que el Ministerio Público goza de la facultad de ordenar, bajo su responsabilidad y mediante escrito en el que funde y motive su determinación, la detención de una persona respecto de la que exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia y no pueda el representante social ocurrir ante un juez por razón de la hora, del lugar u otras circunstancias, a solicitar el libramiento de una orden de aprehensión; sin embargo, esa gravedad con la que se califique el delito motivo de la detención, poco interesa a los efectos de la flagrancia, pues este instituto está inspirado en una distinta teleología.

Significa lo expuesto que no se opone a la detención en flagrancia la calificación de gravedad que atribuya la ley al delito materia de la detención, pues cualquier especie de delito admite esta forma de privación de la libertad.

Habría que matizar, sin embargo, las anteriores afirmaciones en lo concerniente a la flagrancia por equiparación a la que también nos referiremos un poco más adelante, y que se encuentra prevista en los artículos 193, fracción III del código adjetivo penal federal y 267 de la ley distrital, pues en tal caso sí resulta importante que se trate de delito grave, como condicionante para justificar legalmente la retención ministerial.

⁵ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr.13.

⁶ Rifá Soler, José María y Valls Gombau, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*, Madrid, iurgium editores, 2000, pág. 163.

2. Detención en flagrancia por delitos de querella

Un problema que se plantea en la práctica forense es el relativo a determinar hasta qué punto resulta legal la detención en flagrancia cuando ésta se vincula con un delito para cuya persecución sea necesaria la previa querella del ofendido, si ésta no ha sido formulada al ocurrir la privación de la libertad. Varios precedentes de la justicia federal, han sostenido la legalidad de una detención ministerial ocurrida en esas condiciones, con el argumento de que si durante el plazo de las cuarenta y ocho horas de detención que autoriza la Constitución, se satisface el requisito de la querella, ello tornará legal el inicial acto de privación de la libertad.⁷

Francamente nos parece inatendible la argumentación anterior, si no se pierde de vista que los requisitos de procedibilidad como la querella, constituyen condiciones sin cuya concurrencia no puede incoarse la averiguación previa, o bien, no puede continuarse si ya se inició, por lo que el plazo de cuarenta y ocho horas durante el cual autoriza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al Ministerio Público, para que proceda a la retención del indiciado, debe entenderse que se otorga para que la averiguación previa se instruya, no para que esté suspendida en espera de que se cumpla o no con la condición de perseguibilidad, ello con evidente agravio a las garantías del indiciado, y con infracción, entre otros, de los artículos relativos, en el Código Federal de Procedimientos Penales, el 113 y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el 262, que establecen la imposibilidad para el Ministerio Público, de iniciar una averiguación previa oficiosamente, tratándose de delitos en los que sólo se puede proceder por querella necesaria, si no se ha presentado ésta; y cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se haya llenado.

3. Detención en la práctica de un acto procesal distinto

Es frecuente también que durante la práctica de una diligencia ordenada judicialmente, por ejemplo la celebración de un cateo, la autoridad descubra la existencia de objetos que puedan revelar la comisión de un delito diferente al que motivó la medida cautelar, a nuestro entender no podrá alegarse flagrancia para justificar el aseguramiento de los objetos vinculados con estos nuevos hechos.

⁷ Tesis Aislada. XIX.1o.16 P. DETENCIÓN ILEGAL. CASO EN QUE NO EXISTE, TRATÁNDOSE DE DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERELLA NECESARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. T.C.C., t. VIII, Diciembre de 1998, p. 1039.

No obstante, la interpretación judicial ha sostenido criterio opuesto en reiteradas ocasiones, siendo una muestra el siguiente caso:

DELITO FLAGRANTE CONOCIDO AL EJECUTAR UNA ORDEN DE CATEO. Si la orden de cateo es emitida para que se busquen estupefacientes, psicotrópicos o cualquier instrumento u objeto que pudiera servir de base para la comprobación del tipo penal del delito contra la salud y, en la ejecución de ésta se aseguran armas, ello no es ilegal, toda vez que el artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución, establece que cualquier persona en los casos de delito flagrante puede detener al indiciado, con independencia de que esa situación de flagrancia se ponga de relieve como consecuencia de la diligencia de cateo.⁸

Nos permitimos disentir del punto de vista que sostiene la ejecutoria anterior, porque en primer término, el cateo es una excepción a la garantía de inviolabilidad del domicilio y como tal, la Constitución establece una serie de medidas para su práctica, entre ellas, que se ordene por un juez, por escrito, señalándose su objeto concretamente y con precisión, debiendo levantarse acta circunstanciada al concluir la diligencia respectiva.

Se desnaturalizaría la verdadera esencia del cateo, si su desahogo se emplea para realizar, con ese pretexto, actos que no autoriza la orden judicial correspondiente, máxime en el caso que contempla la tesis transcrita, que legalizó indebidamente el aseguramiento de unos objetos distintos a los que prescribía el cateo, tomando como subterfugio para su justificación, la flagrancia en la detención de una persona, cuando la realidad permite sostener que la flagrancia sólo opera jurídicamente tratándose precisamente de personas, no de objetos, como equivocadamente pretende validarse.

En otro orden de cosas, no resultaría ajustada a la norma constitucional, la conducta del funcionario que aprovechándose del tiempo que la ley autoriza para retener a una persona capturada en flagrancia, la sometiera a la investigación de un delito diferente al que la motivó. Sería el caso, por ejemplo, de una persona detenida *in fraganti* por delito para cuya persecución se requiere querrela del ofendido o un acto similar a la querrela, si ésta no se presentara y, sin embargo, la autoridad prolongara la retención para investigar un delito diferente.

⁸ Tesis Aislada. II.1o.P41 P. DELITO FLAGRANTE CONOCIDO AL EJECUTAR UNA ORDEN DE CATEO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C. t. VII, Mayo de 1998, p. 1003. Reg. IUS. 196332.

4. Cuestiones de temporalidad

El párrafo cuarto del artículo 16, Constitucional, que autoriza la detención en flagrancia, permite a cualquier persona llevarla a cabo, a condición de que se ponga al indiciado sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Esta inmediatez debe entenderse en el sentido de que quien lleve a cabo una detención *in fraganti*, deberá entregar al indiciado a la primera autoridad que encuentre, sin importar que pertenezca al Poder ejecutivo, legislativo o judicial y sin importar, tampoco, que se trate de una autoridad federal, estatal o municipal.

Con frecuencia se formula la interrogante: a partir de cuándo deberá computarse el término que concede la Constitución al Ministerio Público, para detener al indiciado que fue sorprendido *in fraganti*.

La respuesta acertada tiene que descartar el tiempo en que el inculpado estuvo detenido en poder de su inicial captor, cuya obligación constitucional fue ponerlo "sin demora" a disposición de la autoridad inmediata y tampoco debe contarse el tiempo que estuvo en manos de esa *autoridad inmediata*, la cual debió ponerlo a disposición del Ministerio Público "con la misma prontitud" que quien hizo la detención, porque éste constituye un plazo distinto del que otorga nuestra Carta magna a quien originalmente realizó la detención en flagrancia.⁹

De esta suerte, el término de cuarenta y ocho horas que el Ministerio Público tiene para ordenar la retención del indiciado sorprendido en flagrancia, e instruir la averiguación previa y determinar su consignación a la autoridad judicial o su libertad, debe contarse a partir del

⁹ Tal interpretación es conforme con el razonamiento adoptado por nuestros tribunales federales: Tesis Aislada. XI.2o.23 P. RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México. T.C.C., t. VII, Junio de 1998; p. 703. Reg. IUS. 196011. Los párrafos del cuarto al séptimo del artículo 16 constitucional, permiten una interpretación sistemática para establecer el cómputo de dicho término constitucional, porque si fue una autoridad militar la que detuvo a los indiciados, al sorprenderlos *in fraganti* en la comisión de un delito, es inconcuso que su obligación constitucional consistió en ponerlos "sin demora" a disposición de la representación social, es decir, que esa prontitud constituye un plazo distinto del que a ésta se le impone para que, a su vez, los consigne a la autoridad judicial o para ordenar su libertad; pero sin que dentro de esas cuarenta y ocho horas quede comprendido el otro término (sin demora), corriendo aquél a partir de que los indiciados sean puestos a disposición del fiscal, con el objeto de que integre la averiguación previa penal correspondiente y proceda a su consignación o a dejarlos en libertad, según se trate. No pudiendo ser en otro sentido, ya que la interpretación auténtica lo confirma, pues los debates del Constituyente Permanente por el que se discutieron y aprobaron las reformas y adiciones al señalado precepto constitucional, entre otros, efectuados en julio y agosto de mil novecientos noventa y tres, también permiten establecer que su voluntad fue la de que el término de cuarenta y ocho horas corriera a partir de que el indiciado quedase a disposición del Ministerio Público, sin contar el plazo relativo a "sin demora" y tan fue esa la intención, que lo relacionaron con la integración de la averiguación previa".

momento en que aquel es puesto a su disposición, en el concepto de que la propia Constitución lo autoriza para duplicar el término de la retención, en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada conforme lo fija el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal".

Este criterio es confirmado por la interpretación jurisdiccional, según se desprende del precedente que transcribimos enseguida:

FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. *El artículo 16 constitucional no exige que en los casos de delito flagrante el detenido deba de ser puesto a disposición del Ministerio Público de manera instantánea o inmediata, sino que ello se verifique sin demora, como ocurrió en el caso, tomando en cuenta la circunstancia de que dicha detención se efectuó a las cinco de la mañana y en el transcurso de esta misma fue puesto a disposición del titular de la acción penal. Novena Época, Instancia: Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Febrero de 1999, Tesis: VII.P.96 P, pág. 507.*¹⁰

Sobre la inmediatez en que el detenido debe ser puesto a disposición de la autoridad ministerial y ésta a su vez ponerlo a disposición del juzgador natural, el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México, es especialmente relevante, al señalar que por ningún motivo debe de excederse el término que la propia Constitución establece para remitir a los detenidos ante la autoridad judicial.¹¹

De igual manera si la detención en flagrancia obedeció a un hecho que la ley no prevé como delito o bien si se trata de delito que la ley sancione con pena alternativa o distinta a

¹⁰ Tesis Aislada.VII.P.96 P. "FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México T.C.C., t. X, Febrero de 1999, p. 507. Reg. IUS. 194631.*

¹¹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrs. 95- 102.

la de prisión, el Ministerio Público proveerá lo conducente para que sea puesto en inmediata libertad, sin perjuicio, en este último caso, de que prosiga la averiguación previa sin detenido.

V. Permiso para detener en flagrancia

Al autorizar la Constitución a cualquier persona para llevar a cabo la detención en flagrancia, habrá que convenir que en ejercicio de esa potestad, el particular puede decirse que desempeña transitoriamente una función pública delegada, con todos los derechos y obligaciones condignas; por tanto, estará facultado, llegado el caso, para hacer uso de la fuerza y para detener al indiciado hasta el momento de entregarlo a la autoridad inmediata, siendo claro que le asiste la tutela penal –pudiera hablarse del cumplimiento de un deber o quizás del ejercicio de un derecho, como causas de exclusión del delito– si en caso de resistencia del detenido, éste resulta lesionado o muerto.

El criterio interpretativo de la autoridad federal, no acota claramente los alcances que puede aparejar la resistencia a la detención en flagrancia, pues ha sostenido indistintamente que la sola resistencia a la detención configura a veces un delito distinto, aunque en otras ocasiones ha resuelto en sentido contrario, es decir, que en esta hipótesis no se configura, además del delito flagrante, el diverso delito que implica resistir la detención.¹²

1. Flagrancia expresamente prevista en la ley

Existen algunos casos de flagrancia expresamente señalados por la ley, dentro del proceso penal. Uno sería el de los individuos designados como jurados, que se nieguen a rendir la

¹² Confróntense las siguientes tesis visibles a fojas 484, del Tomo II, Segunda parte,-2, julio a diciembre de 1988, Octava Época, del Semanario Judicial de la Federación: "RESISTENCIA DE PARTICULARES, OPOSICIÓN A LA DETENCIÓN QUE NO CONFIGURA EL DELITO DE.- El ilícito de resistencia de particulares previsto en el artículo 155 del Código Penal del Estado, requiere, como uno de los elementos esenciales para integrar el tipo, la existencia de un mandato legítimo de autoridad con facultades para ello, de suerte tal que, cuando agentes de policía uniformados pretenden detener a los delincuentes, aun en caso de flagrante delito y éstos se oponen a la captura, no se integra dicho ilícito ni se justifica su reproche, puesto que no media ninguna orden de aprehensión y si bien en tales casos de flagrancia, cualquier persona está facultada por la Constitución General de la república para proceder a la captura, ello no entraña que la oposición del delincuente integre este ilícito penal, más aun si se tiene en cuenta que los agentes uniformados no están facultados para detener a ninguna persona, salvo cuando actúen por orden de autoridad judicial. (sic) Sostener lo contrario equivaldría a admitir que cuando el delincuente se resiste a la captura de cualquier particular, también se configuraría el ilícito penal en comento.- "RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE. Se configura el delito de resistencia de particulares, cuando a raíz de cometer los hechos punibles, el inculcado se opone a ser detenido por la policía, no importando que no hubiere tenido una orden judicial de aprehensión, por ser de todas suertes su actuación legítima y obligada como guardián del orden público, lo cual constitucionalmente es permitido, en el caso en que una persona sea sorprendida en flagrante delito y denunciada a la policía, que en el acto mismo se hace presente para imponer el orden y someter al perturbador delincuente". Tesis Aislada. RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, México, Primera Sala, Vol. CXIII, Segunda Parte; Pág. 32. Reg. IUS. 259004.

protesta de ley, o bien que estando impedidos para intervenir en el juicio, omitan manifestarlo o que pretexten un impedimento legal que en realidad no tienen. Artículos 316 y 321 del Código Federal de Procedimientos Penales y 345 y 350 del código distrital.)

De igual modo, la ley dice que se consignará inmediatamente ante el Ministerio Público al testigo que se sospeche, fundadamente, que se ha conducido con falsedad. El Artículo 255 del Código Federal de Procedimientos Penales, al efecto estatuye: *"Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandarán compulsar las constancias conducentes para la investigación de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; si en el momento de rendir su declaración el testigo, apareciere que es manifiesta la comisión del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público"*. (En similares términos: artículo 214 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.)

2. Cuasiflagrancia

La Constitución general del país alude de manera genérica a la flagrancia y como tal la regula, siendo la ley secundaria la que reglamenta tal instituto, ampliando la determinación del delito infraganti, es decir el primigenio concepto de la flagrancia que, según hemos expresado, surge cuando el delincuente es detenido, para decirlo con la expresión popular, "con las manos en la masa", en el momento mismo de estar cometiendo el delito, a algunos otros supuestos, que la doctrina califica como cuasi flagrancia y flagrancia por equiparación (A la que más adelante nos referiremos concretamente).

La cuasiflagrancia recibe, al igual que la flagrancia, un tratamiento de excepción en la ley, las condiciones en que opera, están de igual modo, limitativamente establecidas en la propia norma. Ambas, flagrancia y cuasi flagrancia, –esta última como un grado que es de aquélla– tienen diferencias sólo conceptuales, pues es idéntico el tratamiento legal que reciben, según veremos a continuación.

Los artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señalan esos requisitos de tiempo y de modo consistentes en que la detención se lleve a cabo por cualquier persona que persiga y detenga al inculpado material e inmediatamente después de ejecutado el delito, siempre y cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) que el inculpado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito;

- b) que se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito;
- c) que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

La detención de un individuo, llevada a cabo en las anteriores condiciones, seguirá el semejante *iter* que el señalado para los casos de detención en flagrancia, es decir, cualquier persona podrá llevarla a cabo, poniendo al detenido sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, sólo que como la detención se realiza con posterioridad a la comisión del ilícito, la cuestión que surge, atentos los términos que emplea la ley al describir la cuasiflagrancia, es la determinación de cuánto tiempo *después* de ejecutado el delito puede seguirse hablando, desde el ángulo legal, de flagrancia; y hasta qué tiempo alcanza la persecución a que alude la ley.

Para responder a estas interrogantes que plantea la redacción de las normas legales referidas, Rivera Silva expresa que si *después* indica posterioridad en tiempo, podría decirse que en la cuasi flagrancia que se examina queda cualquiera etapa temporal posterior al delito, interpretación que obviamente no es correcta, ya que con ello llegaría a ser inoperante la garantía consignada en el artículo 16 constitucional.

En otras palabras, si se pudiera aprehender sin orden judicial después del delito, no hubiera sido necesario que el legislador constitucional señalara requisitos para el dictado de una orden de aprehensión, ello sin considerar que una interpretación tan desmesurada daría al traste con toda la estructura garantista del proceso penal en un Estado de derecho como el nuestro.

Significa entonces que el *después*, consignado en la ley, se inicia en los momentos inmediatos posteriores a la consumación del delito, en los que la actividad de persecución se vincula directamente al delito que acaba de cometerse.

Agrega, por otra parte, que habrá cuasi flagrancia mientras no cesa la persecución, con independencia del tiempo que materialmente dure la persecución.¹³

¹³ Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*, decimaquinta edición, México, Porrúa, 1985, pp. 146-147.

3. Flagrancia por equiparación

Nuestra legislación adjetiva penal (artículos 193 del Código Federal de Procedimientos Penales y 267 del Código del Distrito Federal) con la pretensión de facilitar la obtención de medios más aptos en la lucha contra la criminalidad, ha implementado esta institución que se ha denominado flagrancia por equiparación, cuya constitucionalidad pudiera ser discutible, a la luz de las garantías individuales que conceden los artículos 14 y 16 del pacto federal, puesto que claramente parece alterar los límites del concepto de flagrancia y cuasi flagrancia que autoriza la detención de un individuo sorprendido al momento de cometer el delito o perseguido materialmente después de cometerlo o, en fin, según hemos dicho, al ser señalado por alguien como autor del mismo o al encontrársele en poder de objetos, instrumentos o efectos del delito o con huellas o indicios que hagan suponer fundadamente su intervención en él.

El concepto de flagrancia equiparada, supone la actualización de alguna de las hipótesis de la cuasi flagrancia, es decir, que el inculpado sea señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito; que se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; pero además, el cumplimiento de las condiciones siguientes:

- a) Que se esté en presencia de un delito de los calificados por la ley como graves;
- b) Que no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas (setenta y dos horas, en materia del orden común) desde el momento de la comisión de los hechos delictivos;
- c) Que se haya iniciado la averiguación previa respectiva; y,
- d) Que no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

No puede omitirse que con frecuencia se realizan por parte de la policía, detenciones arbitrarias en agravio de los derechos humanos de las personas privadas así de la libertad, lo que, además, propicia que se cometan otros abusos. Porque si bien el artículo 16 Constitucional autoriza la detención en flagrancia, como excepción a la regla general de que toda privación de libertad debe estar precedida por una orden de aprehensión dictada por un juez, la realidad muestra que se ha reducido sensiblemente la garantía, al ampliarse desmesuradamente los casos en los cuales el Ministerio Público puede ordenar la detención y retención de una persona, manteniéndola después en su custodia por significativos períodos de tiempo, antes

de ponerla a disposición de la autoridad judicial, sin requerir para ello de la orden de aprehensión.

Como hemos visto, de acuerdo con las reformas al artículo 16 de la Constitución, aprobadas en el año de 1993, la norma autoriza a cualquier persona para detener al probable autor de un delito en flagrancia, autorización que las reformas a la legislación ordinaria ha ampliado con exceso, al regular la flagrancia por equiparación.

En vista de que cualquier ciudadano está autorizado constitucionalmente para llevar a cabo la detención en flagrancia, y uno de los requisitos para la procedencia de la flagrancia equiparada es que se trate de un delito calificado como grave por la ley, cabe señalar que sería mucho pedir a quien la practicara, que antes, tuviera buen cuidado en cerciorarse de la naturaleza del delito por el que llevara adelante la detención, puesto que sólo estaría legitimado para hacerlo, si cumpliera previamente con el requisito de *estar en presencia de un delito calificado como grave por la ley*, lo cual cuando menos resulta cosa de locos, puesto que si se trata de la materia federal, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, formula una lista bastante abultada de delitos a los que califica como graves, y si del orden común, como la calificación de la gravedad depende de la penalidad asignada, ello en términos del artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, habría que determinar antes de detener en flagrancia por equiparación, si la pena del delito rebasa en su media aritmética, los cinco años de prisión pues ese será el único caso en que estemos ante un delito grave.

Tanto el Código Federal de Procedimientos Penales como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, expresan como argumento para calificar a los citados delitos como graves, el que afectan valores fundamentales de la sociedad, lo cual por lo menos resulta incompleto y contradictorio porque hace pensar que los otros delitos no afectan aquellos valores, cosa que todavía estaría por aclararse.

A lo anterior hay que agregar que para el caso de que se lleve a cabo la detención, argumentando flagrancia por equiparación, y ésta no exista, quien realice la detención responderá como reo del delito de privación ilegal de la libertad.

Con esto, la misma norma procesal que diseña la flagrancia equiparada, lleva en sí el germen de su destrucción, porque resulta casi imposible realizar una detención argumentando este caso de excepción, inclusive para un abogado que se supone conocedor de la ley, atenta la multiplicidad de delitos que no están calificados como graves y que convierten en altamente complejo y casuístico su conocimiento, máxime si a ello se agrega la peligrosa amenaza de

que el captor se vuelva capturado, si se equivoca en el tipo de delito por el que realizó la captura.

El artículo 193 del código procesal penal federal analizado, señala también entre los requisitos para la procedencia de una detención en flagrancia equiparada, el que previamente a ella, se hubiera iniciado la averiguación previa, lo que constituye un absurdo, por lo menos, pues la parte final del artículo en cuestión dice textualmente: "De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho", de donde se sigue que el haber iniciado la investigación previa, no es condición para que se autorice legalmente la detención *in fraganti*.

Igual dislate se advierte del artículo 267 del código distrital, pues luego de aludir al mismo requisito de haberse iniciado la averiguación previa, para la justificación de la flagrancia equiparada, dice que en ese caso, "*el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención...*"

Por lo demás, parece que también la errata desprendida de las normas legales que regulan la flagrancia por equiparación, salta a la vista, si consideramos que el requisito consistente en *haber iniciado la averiguación previa*, para justificar la detención, suena ocioso, si se estima que precisamente es esa detención en flagrancia, la que motivará la apertura de la investigación por parte del Ministerio Público.

Finalmente, tampoco resulta afortunada la condición de que no hubiera sido interrumpida *la persecución del delito*, para la procedencia de la detención en flagrancia equiparada, por estas razones:

En primer término, por la ambigüedad que encierra la señalada expresión, pues parece que lo correcto es hablar de perseguir no al delito sino al delincuente; y también, porque de qué manera puede ser requisito para detener en flagrancia el que no se haya interrumpido la persecución del delito, si de acuerdo con el artículo 21 Constitucional incumbe precisamente al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos; y si bien la primera, –la investigación– se lleva a cabo en la etapa de averiguación previa, la persecución del delito se cumple en sede judicial –y aquí la imposibilidad de dar satisfacción al requisito exigido para la flagrancia–, argumento que confirma el apartado A), del artículo 102 Constitucional cuando expresa: "incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales,

de todos los delitos del orden federal" y queda también de manifiesto en la interpretación jurisprudencial de la SCJN.¹⁴

VI. Límites legales a la flagrancia

Sólo para finalizar estas ideas en relación con la flagrancia, debe tenerse presente que aparte de las formas que adopta la ley para tratar de proteger el valor libertario de los individuos, como el relativo al límite de tiempo que imperativamente otorga al Ministerio Público para que instruya y resuelva la averiguación previa; el desproveer de valor a la confesión cuando la detención ha excedido esos plazos y el calificar en su momento como ilegal la detención ministerial hecha fuera del marco constitucional y legal, ordenando en consecuencia que se ponga en libertad al indiciado, también declara inmersa en la ley penal la conducta de quien excediendo los plazos de la detención o realizando ésta fuera del marco normativo, priva de la libertad a una persona.

De esta manera, el artículo 225 del Código Penal Federal estatuye: "*Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos, los siguientes: "...X) Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional*".¹⁵

¹⁴ Amparo directo 349/91. (Sentencia ejecutoria de 15 de agosto de 1991). Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/221/221275.pdf>> (6 de julio de 2013). La tesis dice: "El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y le solicita que se avoque al conocimiento de un asunto en particular; la acción penal pasa durante el proceso, por tres etapas bien diferenciadas que son: investigación o averiguación previa, persecución y acusación. La investigación, tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción que se fundará en las pruebas obtenidas, para estar el representante social en posibilidad de provocar la actividad jurisdiccional, en esta etapa basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercido la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponda; en la persecución, hay un ejercicio de la acción ante los tribunales y se dan los actos persecutorios que constituyen la instrucción y que caracterizan este período; en la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá el representante social, en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en ésta la reparación del daño sea por concepto de indemnización o restitución de la cosa obtenida por el delito. Por tanto, es durante el juicio, en que la acción penal obliga a que se concreten en definitiva los actos de acusación, al igual que los de defensa; de esa manera, con base en ellos, el juez dictará la resolución procedente. Dicho de otra forma, el ejercicio de la acción penal se puntualiza en las conclusiones acusatorias."

¹⁵ Al caso, son elocuentes los términos de la tesis que transcribimos enseguida: Tesis Aislada. III.2o.P.168 P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL HECHO DE ENCUADRAR EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE PREVE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, LA CONDUCTA DE UN MIEMBRO DE LA POLICÍA JUDICIAL FEDERAL QUE SIN JUSTIFICACIÓN EXCEDE EL PLAZO PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO A UN INFRACTOR CONSTITUYE UNA TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, AL IMPONER UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, México, T.C.C., t. XXII, Agosto de 2005, p. 1884. Reg. IUS. 177641. El artículo 225, fracción X, del Código Penal Federal prevé dos figuras delictivas independientes, al disponer que son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos: "Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional",

VII. Detención por caso urgente

Junto a la flagrancia, la detención por caso urgente constituye la otra excepción Constitucional, a la regla general conforme a la cual nadie puede ser privado de la libertad, sino por orden escrita de la autoridad judicial competente.

La excepción consiste en que tratándose de casos urgentes, el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención de una persona, con la obligación de fundar y expresar los indicios que prueben la intervención del indiciado en un delito grave así calificado por la ley; que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante el juez a solicitar la orden de aprehensión.

1. Breve referencia histórica

En el artículo 9o., fracción I, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, datado en México, el 30 de junio de 1840, se aludía a esta institución, en los términos siguientes: "Son derechos del Mexicano: I)

Que nadie lo pueda aprehender ni detener sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la ley, y en virtud de indicios a lo menos, por los cuales se presume que ha cometido o intentaba cometer algún delito. *Sólo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para acudir a las autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente,*

en razón de que la interpretación de tal descripción típica revela que los elementos que integran cada una de dichas hipótesis delictivas son diversas, pues la primera se colma cuando: a) el sujeto activo tiene la calidad de servidor público, y b) que el mismo en ejercicio de sus funciones detiene a alguien durante la averiguación previa fuera de los casos expresamente autorizados por la ley, esto es, sin que exista orden de aprehensión, flagrancia o urgencia; en cambio, la segunda requiere que el sujeto activo: a) tenga la calidad de servidor público, b) sea un agente del Ministerio Público y c) que en ejercicio de sus funciones retenga a alguien por más tiempo del señalado en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, es decir, la diferencia fundamental entre ambos tipos estriba en que en el primero es necesario, aparte de que el sujeto activo tenga la calidad de servidor público, que la detención la lleve a cabo fuera de los casos señalados en la ley, mientras que en el segundo es indispensable que tenga el cargo específico de agente del Ministerio Público, además de que el acto ilícito que se le atribuye sea una retención, pues ello se advierte del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, al que remite el referido precepto legal que, en lo que interesa, consagra que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial, de tal suerte que si el inculpado como miembro de la Policía Judicial Federal en ejercicio de sus funciones, con motivo de una denuncia anónima detiene a ciertas personas, que pone a disposición del fiscal federal diecinueve horas después, en el caso de considerar ilegal esa conducta, es obvio que no encuadra en alguno de los supuestos señalados, en virtud de que la fracción X transcrita no prevé como delito que el activo sin justificación exceda el plazo para poner a disposición del representante social al infractor, pues estimar lo contrario y, además, atender lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 16 de la Carta Magna, constituye una transgresión a la garantía de exacta aplicación de la ley penal, al imponer una pena por analogía o por mayoría de razón".

con tal que acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos que lo hayan obligado al procedimiento".

También en el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en Querétaro, el 1o. de diciembre de 1916, se alude al caso de urgencia, de la siguiente manera: "Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

Éste constituyó el texto original del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estuvo en vigor hasta el año de 1993.

Como se advierte, autorizaba sin más a cualquier especie de autoridad administrativa, incluida la autoridad del Ministerio Público, a realizar detenciones pretextando casos urgentes que no eran definidos en la norma, con la única obligación de poner inmediatamente al detenido, a disposición del juez.

Como la Constitución obligaba a que después de realizada la detención se pusiera al detenido a disposición de la autoridad judicial, parecería que no había espacio, entonces, para practicar la averiguación previa, sino que cualquiera de las múltiples autoridades administrativas existentes en el país, estaba facultada para consignar al detenido directamente ante la potestad jurisdiccional, sin hacer escala previamente en el Ministerio Público, a pesar de que esta autoridad es precisamente la autorizada por el artículo 20 de la propia norma suprema para ostentar la titularidad en el ejercicio de la acción penal.

Tamaño extravía constitucional constituyó durante mucho tiempo un caldo de cultivo para innumerables violaciones a las garantías individuales y a los derechos humanos que carecían, por ello, de un medio no jurisdiccional de protección.

Un caso urgente que ningún ordenamiento legal definió en su contenido y alcances, la autorización para efectuar detenciones otorgada al más alto nivel legal y la ausencia de organismos protectores de los derechos humanos, hicieron cotidiano el quebranto de la legalidad por parte de las autoridades.

VIII. Regulación

En 1993, el constituyente permanente, modificó el párrafo quinto, del artículo 16 Constitucional, que ahora, textualmente expresa: "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito

grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".

El artículo 193-Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, reproduce en sus términos la norma constitucional, agregando las condiciones siguientes: a) La obligación del Ministerio Público de fundar la resolución correspondiente y expresar los indicios que acrediten los requisitos establecidos en la Constitución Política para detener a alguien por caso de urgencia; b) que la violación a la disposición legal hará responsable penalmente al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención; y, c) que como consecuencia de ello, el detenido será puesto en inmediata libertad.

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece exactamente los mismos requisitos constitucionales que se exigen para la detención por caso urgente, pero deja en claro que para apreciar el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, deberán tomarse en cuenta: a) las circunstancias personales del inculpado; b) sus antecedentes personales; c) sus posibilidades de ocultarse; d) el ser sorprendido tratando de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que conozca del hecho; o, en general, e) cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede darse a la fuga.

1. Por delitos graves

En lo que corresponde a los requisitos constitucionales y legales para la detención por caso urgente, debe destacarse que el hecho de limitar la procedencia de esta institución a los casos de delitos graves así calificados por la ley, crea confusiones que pudieran ser insalvables y conducir eventualmente a errores importantes que entorpecerían la procuración y administración de justicia y podrían dar al traste con los derechos humanos de los detenidos.

Por ejemplo, como en el tratamiento del caso urgente en el orden común, la detención en términos generales se encarga por disposición de la ley a la policía ministerial, y en nuestro medio no podemos ciertamente ufanarnos de la capacitación de los integrantes de los cuerpos policíacos, incluido el auxiliar del Ministerio Público, pues por muchas razones que ahora no viene al caso estudiar, no se han alcanzado niveles aceptables de adiestramiento de ese personal, la interrogante que se plantea es cómo se podrá obligar a un policía inepto a que distinga entre los *delitos graves*, que son los únicos que constitucionalmente justifican

una detención por caso urgente y la otra especie de delitos, los *no graves*, para cuya hipótesis no se autoriza la detención por ese motivo.¹⁶

¹⁶ Esta es la interminable relación de delitos graves que formula el Código Federal de Procedimientos Penales: El artículo 194 varias veces adicionado, establece como delitos graves los previstos en los siguientes artículos: **I. Del Código Penal Federal:** 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero; 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145; 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147; 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis, párrafo tercero; 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primera líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero; 13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis; 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo; 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; 16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237; 17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III; 18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo; 19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; 20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo; 21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 bis; 22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; 23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter; 24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI; 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el artículo 370, párrafos segundo y tercero, cuando se realicen en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 bis; 26) Comercialización habitual de objetos robados, previstos en el artículo 368 ter; 27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 quáter, párrafo segundo; 28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; 29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; 30) Los previstos en el artículo 377; 31) Extorsión, previsto en el artículo 390; 32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita prevista en el artículo 400 bis, y 33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 bis. **II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**, el previsto en el artículo 2. **III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos**, los delitos siguientes: 1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III; 2) Los previstos en el artículo 83 bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo II; 3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 ter, fracción III; 4) Los previstos en el artículo 84, y 5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 bis, párrafo primero. **IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura**, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.; **V. De la Ley General de Población**, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138; **VI. Del Código Fiscal de la Federación**, los delitos siguientes: 1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105, fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y 2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados. **VII. De la Ley de Propiedad Industrial**, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III. **La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.** **VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito**, los previstos en los artículos 111, 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112; **IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito**, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101; **X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas**, los previstos en los artículos 112 bis, 112 bis-2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 bis-3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo, 112 bis-4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112-bis 3 y 112 bis-6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo; **XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros**, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II, inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146; **XII. De la Ley del Mercado de Valores**, los previstos en los artículos 52 y 52 bis, cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; **XIII. De la Ley de**

Si a esto añadimos que los delitos graves en el fuero común, según hemos manifestado, son aquellos cuya pena rebasa en su término medio aritmético los cinco años de prisión, mucho más dificultades se plantearán al policía para descubrir la clase de delito al que se enfrenta al hacer la detención.

Y si todavía agregamos a lo expuesto, que el artículo 16 de la Constitución general del país, previene que todo abuso en la detención por caso urgente, será sancionado por la ley penal, ello conducirá, ante la ignorancia del policía sobre los delitos calificados como graves por la ley, a que se inhiba de cumplir con su deber para evitar ponerse en riesgo inminente de convertirse en reo del delito contra la administración de justicia, cometido por servidor público, en los términos que se examinaron un poco más arriba.

En el orden común, se califican como delitos graves, según hemos expresado, aquellos que tienen señalada en la ley una pena de prisión que en su media aritmética exceda de cinco años, debiendo tomarse en consideración, para el efecto, las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate (artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.) En el fuero federal, en cambio, los delitos graves son enlistados en la interminable relación que proporciona el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales que arriba transcribimos y por sí misma explica la dificultad para determinar, en un caso dado, y menos aún por personal no calificado, si se puede efectuar la detención por caso urgente.

Entonces, si para técnicos en la materia no resulta fácil establecer la clase de delito –grave o no grave– que asigna la ley a las distintas figuras delictivas, por la complejidad de nuestro sistema legal sobre el particular, se vuelve tema no apto para mentalidades normales el manejo de la institución de la detención por caso urgente.

los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103 y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y **XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos**, los previstos en el artículo 96.- También adicionado en diversas ocasiones, el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por reforma publicada en el *Diario Oficial* de fecha 17 de septiembre de 1999, en vigor el 1o. de octubre, quedó concebido de esta manera: "Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos". En materia federal como en la local, la tentativa punible de todos los ilícitos penales anteriores, también se califica como delito grave, si bien en este fuero, se condiciona al hecho de que el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito exceda de cinco años, en el concepto de que para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión, se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Las condiciones fijadas para la procedencia de la detención que comentamos, son lo suficientemente confusas para propiciar, con tal pretexto, la constante violación de las garantías de los individuos sometidos a detención arbitraria.

2. Imposibilidad del Ministerio Público para pedir la orden de aprehensión

Pero no paran ahí las cosas, nuestra Constitución y la legislación secundaria, establecen como requisito *sine qua none* para la procedencia de la detención por caso urgente, que el Ministerio Público por la hora, el lugar u otras circunstancias, no pueda concurrir ante la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

La justicia federal ha explorado en sus resoluciones este supuesto, estableciendo la ilegalidad de una detención bajo la hipótesis de caso de urgencia, ya que compete al Ministerio Público destacar las razones por las cuales dada la hora, el lugar u otras circunstancias, no haya podido ocurrir ante la autoridad jurisdiccional a pedir la orden aprehensoria, para que puedan examinarse dichas razones, "de manera que si en un caso la fundó en que no encontró a nadie que lo atendiera en el local del juzgado, a pesar de llamadas telefónicas y su presencia en el inmueble en que aquél tiene su sede", resulta que la detención es ilegal si ese día fue sábado o domingo, y como tales considerados inhábiles por la Ley Orgánica del Poder Judicial que corresponda (u otro día catalogado legalmente como inhábil), dado que era evidente que nadie lo atendería en ese lugar por corresponder a un día inhábil, que se identifica con la circunstancia de que no despacha el órgano judicial de que se trate, y el hecho de que en materia penal pueden practicarse actuaciones a toda hora, aun en días feriados, sin necesidad de previa habilitación, sólo implica que las diligencias penales pueden verificarse a cualquier hora de cualquier día, más no que los órganos judiciales estén obligados a despachar, atendiendo a los interesados, sin ninguna limitación de horario, y la consiguiente apertura o presencia de personal en sus instalaciones de manera ininterrumpida, de modo que a cualquier hora el Ministerio Público, los defensores o el acusado encontrarán la atención del personal en los juzgados, ya que esta interpretación sería un contrasentido a las disposiciones que señalan los días hábiles e inhábiles de despacho de los tribunales.¹⁷

¹⁷ Tesis Aislada. III.2o.P.168 P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL HECHO DE ENCUADRAR EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE PREVÉ LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, LA CONDUCTA DE UN MIEMBRO DE LA POLICÍA JUDICIAL FEDERAL QUE SIN JUSTIFICACIÓN EXCEDE EL PLAZO PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO A UN INFRACITOR CONSTITUYE UNA TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, AL IMPONER UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXII, Agosto de 2005; p. 1884. Reg. IUS. 177641.

Este requisito relativo a que el Ministerio Público no haya podido ocurrir ante la autoridad jurisdiccional a pedir la orden aprehensoria, por la hora, el lugar u otras circunstancias, señalado por la Constitución para la procedencia de la detención ministerial por caso urgente, bien visto, parece encerrar una trampa colocada para justificar, nuevamente, ostensibles violaciones a los derechos fundamentales de los indiciados, puesto que el pretexto contenido en la norma constitucional y en las leyes adjetivas no muestra seriedad, menos si tomamos en consideración que los jueces están en funciones las veinticuatro horas del día, incluyendo naturalmente los inhábiles en que se fijan guardias para que no se interrumpa el servicio de la justicia y dado el avance de la civilización, hay rápidos medios y vías de comunicación para llegar sin premura, al lugar –por distante que sea– en que se halle el órgano judicial.

En relación con el punto que estudiamos, Moisés Moreno dice que si para justificar la detención por caso urgente, deben reunirse los tres requisitos a los que hemos hecho alusión, en el Distrito Federal no puede configurarse, pues la tercera exigencia, o sea, que el Ministerio Público no pueda ocurrir al juez por la hora, lugar u otra circunstancia, es inadmisibles acordes con lo dispuesto por los artículos 15 del Código Federal de Procedimientos Penales y 12 del código distrital, en tanto señalan que las actuaciones penales podrán practicarse a todas horas, aun en días feriados, sin necesidad de habilitación.

Además existen en el Distrito Federal tres reclusorios donde se edifican los juzgados respectivos, que abarcan tres zonas de la metrópoli (norte, sur y oriente). Por tanto, no se puede alegar la circunstancia de hora ni de lugar, ya que no existe una distancia insuperable, y el juez lo es las 24 horas del día. No obstante, en la práctica son frecuentes las consignaciones con detenido sobre la excepción del caso urgente, sin que los jueces pongan ninguna objeción con base en las circunstancias antes señaladas.¹⁸

Así pues, no existen pautas claras y objetivas para determinar la imposibilidad de acudir al juez debido a la hora, lugar o circunstancia, abriéndose, por consecuencia, en cuanto a las facultades policíacas y ministeriales para proceder a la detención, una injustificada discreción que propicia cuando menos, una amenaza a las garantías de legalidad y seguridad reconocidas por la Constitución.

Pareciera innecesario, tratando de garantizar el respeto a los derechos humanos de las personas detenidas, que la norma constitucional aludiera a la imposibilidad del Ministerio Público

¹⁸ Zafaroni, Eugenio Raúl (coord.) El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos, México, Porrúa, 2000, pág. 457.

para acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de la orden de aprehensión, por la hora o lugar, pues salta a la vista que esto constituye solamente una forma de esconder los verdaderos propósitos justificantes de la detención, ya que para decirlo en buen castellano, el Ministerio Público no puede acudir al juez, en el caso de urgencia, no por pretextos de horario, sino simplemente porque no tiene integrada la averiguación previa en los términos y con los requisitos que exige el artículo 16 Constitucional, para poder ejercitar la acción penal y obtener así el libramiento del correspondiente mandamiento de aprehensión.

3. Control judicial de las detenciones urgentes o flagrantes

El sexto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política, previene que: "En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley".

No puede haber otra interpretación a dicha disposición, que no sea la relativa a que el juez que reciba la consignación, tendrá la obligación de calificar si la detención ministerial estuvo ajustada a la Constitución, caso en el cual, la confirmará, pues de lo contrario tendrá que revocarla y ordenar la libertad inmediata del indiciado.

"Ese examen que debe formular el juez al recibir la consignación con detenido –dice Lara Espinoza– implica el análisis de los extremos en que se configura el delito flagrante o el caso urgente, así como el tiempo que permaneció retenido el indiciado ante el Ministerio Público, que no podrá exceder de los plazos señalados en el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional..."¹⁹

Así se establece en el artículo 134, párrafo quinto del Código Federal de Procedimientos Penales: "El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley".

Similares expresiones contiene la parte final del artículo 268-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al tiempo que el numeral 134, párrafo sexto del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que si la detención ministerial del indiciado

¹⁹ Lara Espinoza, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, México, Porrúa, 1998, pág. 183.

excede los plazos establecidos en el artículo 16 Constitucional, se presumirá que estuvo incomunicado, y las declaraciones que haya emitido no tendrán validez.

Respecto a la duración de la detención ministerial por caso urgente, igual que cuando dicha detención obedece a la flagrancia, el artículo 16 de la Constitución general del país, en su párrafo séptimo, estatuye que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. La propia disposición conmina con una sanción penal todo abuso a lo anteriormente dispuesto.

Esta es la razón por la que el legislador secundario, en la norma que reglamenta a la constitucional, en el artículo 268-bis del Código de Procedimientos Penales distrital, dispone en los casos de delito flagrante y en los urgentes, que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Este plazo podrá duplicarse en las hipótesis de delincuencia organizada, que serán aquellas en las que tres o más personas se organicen bajo reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal: terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto por el artículo 208; violación previsto en el artículo 265, 266, 266 bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La forma en que deberá computarse el plazo de que dispone el Ministerio Público para instruir la averiguación previa con detenido, parece lo correcto desde el ángulo legal, que corra a partir de que el indiciado es puesto a su disposición, no a partir del momento en que se efectúa la detención.

Esta afirmación no es ociosa si se atiende a que con frecuencia transcurre algún tiempo, a veces de cierta consideración, entre el momento en que se restringe la libertad de la persona, por la policía ministerial, y aquel otro en que ocurre la puesta a disposición del Ministerio

Público, lo cual conduce con toda seguridad a la afectación de los derechos humanos del detenido.

El tema se relaciona también con el de la temporalidad de la averiguación previa, o sea, con la determinación del tiempo de que dispone el Ministerio Público, conforme a la ley, para instruirlo. Ya hemos visto antes que no existe problema cuando se trata de una *averiguación previa sin detenido*, que es el caso ordinario, pues al no afectarse la esfera jurídica de persona alguna con el hecho de que se realice la función investigatoria de los delitos, poco importa para los fines que tratamos ahora, el tiempo que sea empleado en ello,²⁰ cuidando sólo, en su caso, los problemas de prescripción de la acción penal que pudieran presentarse.

No obstante, algunos códigos de procedimientos penales de la República, contienen alguna normatividad por la cual limitan temporalmente la averiguación previa, sancionando la incuria del Ministerio Público, en caso de no integrar la investigación en un plazo razonable, con el archivo definitivo de las actuaciones.

El problema surge cuando la averiguación previa se instruye con detenido, que es precisamente en los casos de excepción a que nos referimos: en el delito flagrante y en el caso urgente.

En ellos, la interrogante acerca de cuánto tiempo debe durar la averiguación previa, según vimos antes, la resuelve sin dudas, el párrafo séptimo del artículo 16 del Pacto Federal reformado.

Antes de la reforma de 1993, la indefinición de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, obedecía a la carencia de normatividad expresa en tan delicadas cuestiones, que atañen a la libertad del individuo y que están íntimamente vinculadas con el tema de los derechos humanos. Al parecer la reforma constitucional vino a solucionar tan ardua cuestión.

IX. Abuso ministerial en las detenciones urgentes o flagrantes

Sólo una reflexión final acerca de la amplia discrecionalidad que otorga la ley para llevar a cabo detenciones sin orden de juez, y que ha sido aprovechada por el Ministerio Público para

²⁰ Hay que decir, en justicia, que algunos códigos en la República Mexicana, han establecido límites en cuanto al tiempo en que ha de instruirse la averiguación preliminar sin detenido, sancionando la inactividad del Ministerio Público o su falta de atinencia en el manejo de las diligencias respectivas, con el archivo del expediente. En su momento, también los tribunales federales han fijado su criterio:

realizarlas u ordenarlas en innumerables casos, sin estar en presencia de las condiciones que justifican la aplicación de las excepciones a la regla general de la previa orden de aprehensión como requisito para privar de la libertad a un individuo.

Viene a cuento porque las estadísticas contenidas en el Informe de Labores de la Procuraduría General de la República, muestran que en 1998, se encontraban detenidos 13,997 inculpados, (necesariamente por caso de urgencia o flagrancia al ser consignados, dado que son las únicas excepciones que autoriza la Constitución) en tanto 16,754 no lo estaban.

Más grave aún fue la situación en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pues en 1999, el número de averiguaciones previas consignadas con detenido (7,504) argumentándose flagrancia o caso de urgencia, rebasó a las consignadas sin detenido (6,646.)

Como con posterioridad a su ejecución, no existen mecanismos eficaces para poder controlar judicialmente las detenciones, en algunos casos son utilizadas como medios de intimidación para obtener confesiones ministeriales o para hacerse de elementos probatorios en relación con otras personas y, logrado esto, no es consignado el detenido, sino simplemente, cumplido el propósito de obtener información, es liberado por el Ministerio Público, con lo cual resulta poco probable que un juez haga una revisión para calificar la detención, y menos las pruebas obtenidas ilegalmente durante ella, en las sesiones de interrogatorios, las cuales, en ocasiones, involucran coacción y violencia contra el detenido.

Como estas detenciones no finalizan con una consignación pues como se explica, el indiciado es puesto en libertad después de tomarle declaración ministerial, generalmente no son objeto de denuncia por parte de las víctimas y, por ende, tampoco son calificadas respecto a su constitucionalidad por un juez, , funcionario que , como hemos estudiado, sólo tiene obligación constitucional de hacerlo, en los casos en que recibe la consignación del órgano de la acusación, poniéndole a su disposición al detenido, todo lo cual autoriza a pensar en muchas detenciones cuya legalidad queda en entredicho, sin control judicial, y que lamentablemente a diario ocurren en nuestro sistema, en el que, según hemos visto, de manera alarmante predominan las detenciones sin orden de juez.

En aquellos casos que hay consignación con detenido, el juez tiene el deber de determinar la legalidad de la detención ministerial, al ser puesto el indiciado a su disposición.

No obstante, la práctica enseña que aún en aquellas hipótesis en que el juez revoca la detención, por haberse decretado al margen de la norma constitucional, este hecho no aparece necesariamente la invalidación legal de la confesión obtenida en esas condiciones, pues si

bien la ley anula el valor probatorio de una confesión rendida excediendo los plazos de detención que autoriza la Constitución, no ocurre lo mismo tratándose de confesiones obtenidas de manera arbitraria, es decir, en las condiciones a que arriba nos referimos.

Por qué si a la luz de la norma fundamental, de la ley procesal y de la interpretación jurisprudencial, carece de valor probatorio la confesión rendida bajo detención ministerial que excedió el plazo de detención que marca la Constitución, no sucede lo mismo con aquella otra que se obtuvo de manera irregular, es decir, a través de una detención que no culminó en una consignación con detenido, teniendo ambas el mismo vicio de ilegalidad, siendo que lo adecuado debería ser presumir la coacción en las dos confesiones, en vista de la situación de vulnerabilidad del detenido, que naturalmente afectó su capacidad de pensar y actuar libremente.

Habría que agregar todavía, que la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y los códigos de procedimientos penales, que contienen las normas legales que prohíben recibir confesiones a la policía ministerial, para ser utilizadas más tarde como prueba, normalmente no se interpretan como impedimento para que los mismos policías interroguen a los inculcados y antes bien, la jurisprudencia otorga a los informes policíacos que contienen el pretendido resultado de esos interrogatorios, un prominente valor probatorio asimilable al de los documentos públicos.

Evidentemente después de estas sesiones de interrogatorios policíacos, algunas de las cuales presencia el mismo Ministerio Público, la declaración ministerial que rinde el inculcado, se ve afectada en cuanto a su espontaneidad y verosimilitud, mayormente que el propio inculcado sabe que después de asentarse en el acta el depositado, será regresado por el Ministerio Público a la misma custodia policíaca, para ulteriores interrogatorios, en el caso que no haya sido satisfactorio el inicial.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis 1a./J. 78/99 (9a.). ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. X, Noviembre de 1999; p. 55. Reg. IUS. 192829.
- Tesis Aislada. XIX.1o.16 P. DETENCIÓN ILEGAL. CASO EN QUE NO EXISTE, TRATÁNDOSE DE DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA NECESARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. T.C.C., t. VIII, Diciembre de 1998, p. 1039.
- Tesis Aislada. II.1o.P41 P. DELITO FLAGRANTE CONOCIDO AL EJECUTAR UNA ORDEN DE CATEO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C. t. VII, Mayo de 1998, p. 1003. Reg. IUS. 196332.
- Tesis Aislada. XI.2o.23 P. RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. T.C.C., t. VII, Junio de 1998; p. 703. Reg. IUS. 196011.
- Tesis Aislada.VII.P96 P. "FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE QUE EL DETENIDO SEA PUESTO A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE MANERA INSTANTÁNEA O INMEDIATA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México T.C.C., t. X, Febrero de 1999, p. 507. Reg. IUS. 194631.
- Tesis Aislada. RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE. *Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, México, Primera Sala, Vol. CXIII, Segunda Parte; Pág. 32. Reg. IUS. 259004.
- Amparo directo 349/91. (Sentencia ejecutoria de 15 de agosto de 1991). Disponible en: <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/221/221275.pdf>> (6 de julio de 2013).
- Tesis Aislada. III.2o.P.168 P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL HECHO DE ENCUADRAR EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE PREVEÉ LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, LA CONDUCTA DE UN MIEMBRO

DE LA POLICÍA JUDICIAL FEDERAL QUE SIN JUSTIFICACIÓN EXCEDE EL PLAZO PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO A UN INFRACTOR CONSTITUYE UNA TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, AL IMPONER UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXII, Agosto de 2005, p. 1884. Reg. IUS. 177641.

- Tesis Aislada. III.2o.P.168 P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL HECHO DE ENCUADRAR EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS QUE PREVÉ LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, LA CONDUCTA DE UN MIEMBRO DE LA POLICÍA JUDICIAL FEDERAL QUE SIN JUSTIFICACIÓN EXCEDE EL PLAZO PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO A UN INFRACTOR CONSTITUYE UNA TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, AL IMPONER UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. XXII, Agosto de 2005; p. 1884. Reg. IUS. 177641.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No 132.
- Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220

Artículo 16. Intervención de comunicaciones privadas y jueces de control

José OVALLE FAVELA*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.
Investigador nacional nivel III.

SUMARIO: I. *Intervención de comunicaciones privadas*. II. *Jueces de control*. III. *Síntesis del comentario*.

PALABRAS CLAVE: Comunicaciones privadas; Privacidad; Intervención autorizada; Fundamentación y motivación; Medidas cautelares; Providencias precautorias; Técnicas de investigación.

I. Intervención de comunicaciones privadas

En el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996 se publicó el decreto por el que se adicionaron al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), los párrafos noveno y décimo, para regular la intervención de las comunicaciones privadas. El decreto publicado el 18 de junio de 2008 modificó el párrafo noveno y dividió su contenido en dos párrafos, que pasaron a ser el décimo primero y el décimo segundo; y convirtió al anterior párrafo décimo en décimo cuarto. Por último, como el decreto publicado el 1 de junio de 2009 introdujo en el artículo 16 un párrafo segundo para reconocer el derecho a la protección de los datos personales, la intervención de las comunicaciones privadas quedó prevista en los párrafos décimo segundo, décimo tercero y décimo quinto.

El párrafo décimo segundo establece, como regla general, el *carácter inviolable de cualquier tipo de comunicación privada*, dentro de las que quedan incluidas, entre otras, las telefónicas y las radiotelefónicas (mencionadas expresamente en la exposición de motivos de la iniciativa de 1996), así como los correos electrónicos. Que este derecho a la inviolabilidad se refiere a todo tipo de comunicaciones privadas, fue confirmado en la sentencia dictada el 15 de junio de 2011 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (en adelante SCJN), dentro del amparo en revisión 1621/2010, interpuesto por Rebeca Allegre Rodríguez. En esta sentencia se afirma: "En definitiva, todas las formas existentes de comunicación y aquellas que

sean fruto de la evolución tecnológica, deben quedar protegidas por el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas" (fojas 43 y 44).¹

La inviolabilidad de las comunicaciones privadas forma parte del *derecho a la intimidad o a la vida privada*, que ya se encontraba implícito en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, en cuanto prevé la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

En este sentido, la Segunda Sala de la SCJN ha considerado que del primer párrafo del artículo 16 constitucional "deriva la inviolabilidad del domicilio, cuya finalidad primordial es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás". Esta Sala estima que, en un sentido más amplio, este derecho

(...) puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida.²

Este derecho ha sido reconocido por los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). El primero de estos preceptos dispone: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques." El artículo 11 de la CADH es similar, pero más amplio: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida

¹ De esta sentencia derivó, entre otras, la Tesis aislada 1a. CLVIII/2011, "DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALIZA LA COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 217, registro 161340.

² Tesis aislada 2a. LXIII/2008, "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 229, registro 169700. El Pleno de la propia Suprema Corte ha entendido el derecho a la intimidad como "el derecho del individuo a no ser conocido por otros en ciertos aspectos de su vida y, por ende, el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos". Tesis aislada P. LXVII/2009, "DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA", Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009, p. 7, registro 165,821.

privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

El texto original del párrafo en comentario ya preveía que la "ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad" de las comunicaciones privadas.³ El decreto publicado el 18 de junio de 2008 agregó, como salvedad a esta prohibición, el supuesto en que las comunicaciones privadas "sean aportadas en forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas". En este sentido, la Primera Sala de la SCJN había considerado, antes de la entrada en vigor del decreto de 2008, que lo que prohibían los entonces párrafos noveno y décimo del artículo 16 de la Constitución Política,

es que un tercero ajeno a los comunicantes o interlocutores, sin observar los términos y las condiciones establecidas en el orden normativo, intervenga las comunicaciones privadas, pero no que dichos interlocutores revelen el contenido de la comunicación que sostuvieron con otros, de cuya información se advierta algún evento o conducta penalmente relevantes, por lo que en estos casos los resultados de tales intervenciones pueden tener valor probatorio en juicio.⁴

El mismo párrafo décimo segundo prevé que el juez valorará el alcance de las comunicaciones privadas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito, así como que en ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Esta parte del párrafo décimo segundo, que también fue adicionada por el decreto de 18 de junio de 2008, se refiere a los supuestos excepcionales en los que se puede autorizar la intervención de las comunicaciones privadas por parte de la autoridad judicial competente, a los que nos referiremos a continuación.

³ Los tipos penales en que pueden incurrir las personas que lleven a cabo la intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial o sin cumplir los términos de la autorización, están previstos en los artículos 27 y 28 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Sobre estos tipos penales, véase Regino, Gabriel, "La intervención de las comunicaciones privadas", *Criminalia*, México, núm. 2, mayo-agosto de 1996.

⁴ Tesis aislada 1a. XCV/2008, "COMUNICACIONES PRIVADAS. NO SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD CUANDO LOS PROPIOS INTERLOCUTORES REVELAN EL CONTENIDO DE UNA COMUNICACIÓN EN LA QUE PARTICIPARON Y DE LA CUAL PUEDE DERIVAR EL DESPLIEGUE DE UNA CONDUCTA DELICTIVA (INTERPRETACIÓN DE LOS PÁRRAFOS NOVENO Y DÉCIMO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE HASTA EL 18 DE JUNIO DE 2008)", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 414, registro 168,709. En sentido similar, véase la tesis aislada 1a. CLIV/2011, "DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 220, registro 161,337.

En este sentido, el párrafo décimo tercero del artículo 16 constitucional establece la posibilidad de que la *autoridad judicial federal* autorice la intervención de cualquier comunicación privada. Esta autorización debería entenderse como una *excepción* frente a la regla general de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Sin embargo, la redacción del párrafo no resulta muy precisa, pues no regula la autorización de la intervención como una verdadera excepción, sino como una muy amplia posibilidad sujeta a lo que dispongan las leyes ordinarias.

El citado párrafo décimo tercero indica que sólo pueden solicitar la autorización: *a) la autoridad federal que faculte la ley, y b) el titular del Ministerio Público de la entidad federativa* correspondiente. Por la amplitud de la redacción del párrafo, dentro de la expresión "autoridad federal que faculte la ley" puede quedar incluido no sólo el Ministerio Público Federal, sino prácticamente cualquier autoridad federal, con la única condición de que la faculte la ley para tal fin. La facultad para otorgar la autorización se atribuye exclusivamente a la "autoridad judicial federal", es decir, a los órganos del Poder Judicial de la Federación.⁵

El párrafo mencionado señala que la autoridad competente que solicite la autorización deberá "fundar y motivar las causas legales de su solicitud", requisito que resulta innecesario por estar ya previsto en el primer párrafo del artículo 16; y agrega que la solicitud deberá expresar "además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración", datos formales que fácilmente podrá proporcionar la autoridad solicitante.

El texto original del entonces párrafo noveno no precisaba en qué tipo de asuntos y para qué fines la autoridad judicial federal podría autorizar la intervención de las comunicaciones privadas, por lo que los autores de la reforma prefirieron decir en cuáles materias no se pueden otorgar las autorizaciones: "cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor". Esta exclusión de materias es una forma de eludir la precisión, que tiene, además, el riesgo de omitir materias. ¿En los asuntos agrarios, de seguridad social, familiares y constitucionales, que no están expresamente excluidos, sí podrán autorizarse las intervenciones de las comunicaciones privadas?

⁵ El artículo 16 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada faculta al Procurador General de la República y al titular de la unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, para solicitar al juez de Distrito competente la autorización para la intervención de las comunicaciones privadas.

Esta grave indeterminación no limitaba sino que propiciaba intervenciones indebidas en las comunicaciones privadas, que de este modo podían dejar de ser una excepción frente al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, para convertirse en su abierta negación. Por eso consideramos que el decreto de reformas de 1996 debió haber precisado los requisitos o condiciones mínimas para que la autoridad judicial federal autorizara al Ministerio Público (y sólo a éste) llevar a cabo la intervención de las comunicaciones privadas, y que dentro de dichos requisitos debió haber incluido los siguientes: *a)* que se trate de averiguaciones previas sobre delitos que la ley califique como graves o sean cometidos por integrantes de la delincuencia organizada; *b)* que existan pruebas o indicios que señalen la probable participación en tales delitos de la persona contra la que se solicite la intervención; *c)* que se acredite la necesidad de la medida, por no existir otros medios adecuados o suficientes para averiguar los hechos, pues de lo contrario, una medida que debe tener carácter excepcional se puede convertir en un medio ordinario de investigación, en demérito del derecho a la intimidad, y *d)* que se registre y documente la ejecución de la medida, para su posterior utilización como medio de prueba.

Esta indeterminación del texto constitucional original ha sido resuelta por la adición de 2008 al actual párrafo décimo segundo, en el que se dispone que el juez valorará el alcance de las comunicaciones privadas, siempre y cuando contengan información relacionada con la *comisión de un delito*.⁶

Por otro lado, en un principio, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas era sólo exigible a las autoridades y no a los particulares, por lo que si en un caso concreto no se acreditaba la existencia de un acto de autoridad mediante el cual se interviniera una comunicación privada no se infringía ese derecho.⁷

⁶ El texto de la iniciativa del presidente Zedillo limitaba la intervención de las comunicaciones privadas sólo a los casos de delitos graves y de delincuencia organizada. *Cfr.* Regino, Gabriel, *op. cit.*, nota 3, p. 31.

⁷ Tesis I.5o.C.9 K, "COMUNICACIONES PRIVADAS. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE SUS GRABACIONES NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SU INVOLABILIDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 656, registro 197343. La tesis se refirió específicamente a la intervención de la comunicación telefónica entre el quejoso en el amparo y la esposa del tercero perjudicado recurrente, mediante la grabación de una contestadora. En ella se afirma que "no existió ningún acto de autoridad federal mediante el cual se interviniera la comunicación telefónica sostenida entre el quejoso y la cónyuge del tercero perjudicado recurrente, sino que tal intervención se llevó a cabo por éste último mediante la grabación realizada en el teléfono instalado en su domicilio, es decir, en su propia línea telefónica, con el aparato comúnmente llamado contestadora o grabadora de recados, (por lo que) no es cierto que la admisión de la prueba documental de audiocintas y su inspección judicial que ofreció el referido recurrente, así como su recepción y reproducción material, infrinja en perjuicio del quejoso la garantía relativa a la inviolabilidad de las conversaciones privadas que consagra el artículo 16 de la Constitución Federal".

Sin embargo, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver el 11 de octubre de 2000 el amparo en revisión 2/2000, sostuvo que el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas impone la obligación de respetar ese derecho no sólo a las autoridades sino también a los propios gobernados, por lo que la infracción de éstos a esa obligación conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se provea para su resarcimiento, conforme a la legislación ordinaria aplicable.⁸

Javier Mijangos y González señala que con la sentencia dictada en el amparo 2/2000, se construye una idea que abre la puerta para el "desarrollo de una teoría sobre la multidireccionalidad de las garantías individuales en el ordenamiento jurídico mexicano", en cuanto que expresa que "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".⁹

También derivó de sentencia de 11 de octubre de 2000, la tesis aislada en la que la Segunda Sala afirma que si un gobernado interviene alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso de quienes la entablan, incurre en un ilícito constitucional: y que, en caso de que ofrezca como prueba dentro de un juicio civil la grabación de la comunicación obtenida en contravención con este derecho fundamental, el juzgador debe desechar tal prueba por ser producto de la comisión de un ilícito constitucional.¹⁰

En fecha más reciente, el Pleno de la SCJN reiteró este criterio al afirmar que "cualquier grabación derivada de la intervención de una comunicación privada que no se haya autorizado

⁸ Tesis aislada 2a. CLX/2000, "COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPOINBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PREROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 486, registro IUS 190652. Para un análisis del caso estudiado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la ejecutoria que lo resolvió, véase la obra *Inviolabilidad de las comunicaciones privadas*, dentro de la colección "Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", publicada por la propia Suprema Corte y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.

⁹ Mijangos y González, Javier, "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14 de 2003, p. 94. Sobre el tema de la multidireccionalidad de los derechos fundamentales, del mismo autor véase *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, 2007.

¹⁰ Tesis aislada 2a. CLXI/2000, "COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, pp. 428-429, registro 190625.

en términos de lo establecido en el artículo 16 constitucional constituye una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio".¹¹

Estos criterios de interpretación judicial encuentran su fundamento en el párrafo décimo quinto del artículo 16 constitucional, de acuerdo con el cual las intervenciones autorizadas de las comunicaciones privadas deberán ajustarse a los requisitos y límites previstos en las leyes, por lo que los resultados que no cumplan éstos, carecerán de todo valor.

Por otra parte, en la sentencia dictada el 15 de junio de 2011, dentro del amparo en revisión 1621/2010, interpuesto por Rebeca Allegre Rodríguez, a la que nos referimos al inicio de este trabajo, la Primera Sala de la SCJN retomó los argumentos sostenidos por la Segunda Sala en la sentencia de 11 de octubre de 2000, para confirmarlos y desarrollarlos.

Para la Primera Sala, "los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva)". Esta doble función de los derechos fundamentales y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite a la Primera Sala afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares, aunque no en todas esas relaciones.

Para esta Sala, "la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad" (fojas 33-34).¹²

II. Los jueces de control

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, de 10 de diciembre de 2007, con base en los cuales se aprobó el decreto

¹¹ Tesis aislada P. XXXIII/2008, "INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 6, registro 169,859.

¹² De la sentencia de 15 de junio de 2011, derivó la tesis aislada 1a. CLI/2011, "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 222, Registro IUS 161328.

de reformas y adiciones a la Constitución Política publicado el 18 de junio de 2008, se afirma que se propone "establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen 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".¹³

De las tres tareas que se enuncian en forma tan escueta en el dictamen, se advierte que las medidas cautelares y las providencias precautorias son exactamente la misma cosa, y que resulta muy extraño que el Ministerio Público tenga que someter a la aprobación del llamado *juez de control* las *técnicas de investigación*. No se aclara si la aprobación deba ser en cada averiguación previa o si el juez tendrá que aprobar al Ministerio Público una especie de *Manual general de técnicas de investigación*, para que lo pueda aplicar en todas las averiguaciones previas de que conozca.

Cualquiera supondría que el Ministerio Público y "las policías" a que refiere también en forma muy ambigua el artículo 21 constitucional reformado por el mismo decreto de 18 de junio de 2008, pueden utilizar las técnicas de investigación que resulten más adecuadas, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales previstos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre esta materia.

El texto aprobado del que actualmente es el párrafo décimo cuarto del artículo 16 reitera estas dos funciones de los jueces de control, pero agrega otras circunstancias:

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.

De acuerdo con el texto transcrito, los jueces de control deberán resolver las solicitudes del Ministerio Público *de inmediato y por cualquier medio*. Si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Pero es todavía más grave que el juez pueda resolver por cualquier medio.

¹³ El dictamen fue publicado en la *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007. Su texto puede consultarse en el sitio de Internet <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

En algo que parecía un maratón de ocurrencias, más que de propuestas fundadas, a un grupo de diputados le pareció que el Ministerio Público debería estar facultado para "solicitar oralmente órdenes de aprehensión, intervención de comunicaciones privadas y otros instrumentos de investigación que requieran autorización judicial, en audiencias secretas y obtener una respuesta inmediata".¹⁴

Lamentablemente el texto aprobado parece permitir que no sólo las solicitudes del Ministerio Público sobre medidas cautelares, tales como las órdenes de aprehensión, de cateo y de intervención de comunicaciones privadas sean *orales*, sino que también tengan este carácter las demás resoluciones que dicte el juez de control. De aceptarse esta interpretación, nuestro país estaría retrocediendo varios siglos y se perdería por completo la relativa seguridad jurídica que ofrece el hecho de que este tipo de actos deba constar en un mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento, como lo dispuso desde 1857 el artículo 16 de la CPEUM. Habría que recordar que en el Congreso Constituyente de 1856-1857, Ponciano Arriaga afirmó que el propósito del proyecto original del artículo 16 era "evitar la manera bárbara y salvaje con que en México se hacen las prisiones, esa especie de furor canino con que toda clase de autoridades maltratan y atropellan a los ciudadanos".¹⁵

Si se pudieran expedir órdenes de aprehensión, de cateo y de intervención de comunicaciones privadas orales, se perdería toda seguridad jurídica y nadie estaría a salvo de ese *furor canino* al que se refería Arriaga. El mandamiento escrito ha sido uno de los principales instrumentos para combatir la arbitrariedad y es la única forma con la que se puede cumplir con la garantía de fundamentación y motivación; su supresión equivaldría a abrir las puertas a la arbitrariedad, derogar la garantía de fundamentación y motivación y prácticamente abolir el Estado de derecho.

Por estas razones, estimamos que la interpretación que debe darse a la expresión *por cualquier medio* tiene que ser acorde con el principio de legalidad previsto en el párrafo primero del artículo 16 constitucional: el único medio a través del cual el llamado *juez de control* puede resolver las solicitudes del Ministerio Público, es el del mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

¹⁴ La propuesta, de la que se informa en el propio dictamen citado en la nota 13, fue presentada por los diputados Javier González Garza, Raymundo Cárdenas Hernández, Ricardo Cantú Garza, Jaime Cervantes Rivera, Alejandro Chanona Burguete, y Layda Sansores San Román.

¹⁵ Cfr. Francisco Zarco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México, 1957, p. 263.

III. Síntesis del comentario

En este trabajo se analiza el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y los supuestos en los cuales la autoridad judicial puede autorizar su intervención. Para este fin se examina el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996, que introdujo originalmente tales supuestos en los párrafos noveno y décimo del artículo 16 de la Constitución Política, así como la reforma el 18 de junio de 2008, que modificó tales supuestos, y la 1 de junio de 2009, que vertió su contenido en los actuales párrafos décimo segundo, décimo tercero y décimo quinto del mismo artículo.

Se estima que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas forma parte del *derecho a la intimidad o a la vida privada*, que ya se encontraba implícito en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, en cuanto prevé la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia. Se estudia la regulación de este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se analiza jurisprudencia sostenida por los tribunales federales y algunas aportaciones de la doctrina sobre el tema.

En el comentario se incluye un breve referencia a los jueces de control introducidos por el decreto publicado el 18 de junio de 2008, en el actualmente es el párrafo décimo cuarto. Se describen sus funciones y se crítica algunas propuestas de algunos grupos de diputados, así como el texto finalmente aprobado.

Criterio jurisprudenciales

1. Criterios nacionales

- Tesis aislada 1a. CLVIII/2011, "DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALIZA LA COMUNICACIÓN OBJETO DE PROTECCIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 217, registro 161340.
- Tesis aislada 2a. LXIII/2008, "DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD. ESTÁ PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 16, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 229, registro 169700. El Pleno de la propia Suprema Corte ha entendido el derecho a la intimidad como "el derecho del individuo a no ser conocido por otros en ciertos aspectos de su vida y, por ende, el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona, familia, pensamientos o sentimientos".
- Tesis aislada P. LXVII/2009, "DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA", Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009, p. 7, Registro IUS 165821.
- Tesis aislada 1a. XCV/2008, "COMUNICACIONES PRIVADAS. NO SE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD CUANDO LOS PROPIOS INTERLOCUTORES REVELAN EL CONTENIDO DE UNA COMUNICACIÓN EN LA QUE PARTICIPARON Y DE LA CUAL PUEDE DERIVAR EL DESPLIEGUE DE UNA CONDUCTA DELICTIVA (INTERPRETACIÓN DE LOS PÁRRAFOS NOVENO Y DÉCIMO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE HASTA EL 18 DE JUNIO DE 2008)", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 414, registro 168709.
- Tesis aislada 1a. CLIV/2011, "DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 220, registro IUS 161337.

- Tesis I.5o.C.9 K, "COMUNICACIONES PRIVADAS. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE SUS GRABACIONES NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SU INVIO-
LABILIDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 656, registro 197343.
- Tesis aislada 2a. CLX/2000, "COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIO-
LABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITU-
CIÓN 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 y su Gaceta*, Novena
Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 486, registro IUS 190652.
- Tesis aislada 2a. CLXI/2000, "COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS
DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA
INVIO-
LABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR
LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGA-
DOR CORRESPONDIENTE", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena
Época, t. XII, diciembre de 2000, pp. 428-429, registro 190625.
- Tesis aislada P. XXXIII/2008, "INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN
AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA
NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL
ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO", *Semanario
Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 6, registro
169,859.
- Tesis aislada 1a. CLI/2011, "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELA-
CIONES ENTRE PARTICULARES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena
Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 222, Registro IUS 161328.

Artículo 17 sexto párrafo
de la Constitución
Política de los Estados
Unidos Mexicanos.
El sistema de defensoría
pública, un análisis del
contenido normativo a la
luz de su interpretación
doméstica y del derecho
internacional de los
derechos humanos

Alonso GONZÁLEZ-VILLALOBOS*

* Consultor independiente en Derecho internacional y Derechos humanos.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los contenidos normativos desde la literalidad del texto, su intención aparente y su interpretación jurisprudencial doméstica.* III. *La defensoría pública de calidad, desde la óptica internacional de los derechos humanos.* IV. *A manera de colofón.*

PALABRAS CLAVE: Defensoría pública; Servicio profesional de carrera; Debido proceso penal; Garantías judiciales; Defensa de calidad; Víctimas.

I. Introducción

La regulación de la defensoría pública a nivel constitucional aparece el 18 de junio de 2008, cuando se publicó el decreto que promulgó la reforma en materia de justicia penal y seguridad pública que, entre otras cosas, fortaleció el modelo acusatorio. El sexto párrafo del artículo 17 constitucional cristaliza la creación de dicha institución y, como un medio para su correcta operación, instituye el servicio profesional de carrera para sus miembros.

La muy joven vida del párrafo analizado explica en parte por qué la interpretación jurisprudencial doméstica sobre su tema principal (las defensorías públicas) sea prácticamente inexistente, y, aunque el corpus internacional es algo mayor, lo cierto es que todavía falta bastante por desarrollar al respecto. Por lo que toca al tema secundario abordado en el párrafo que nos ocupa (el servicio civil de carrera para los defensores), la situación es aún más lacónica.

En tales circunstancias, nuestro comentario en torno a dicho párrafo se estructurará en dos apartados fundamentales: (I) desde la óptica interna, desagregaremos los contenidos normativos del texto para describirlos a partir de su literalidad, de su intención aparente y de su interpretación doméstica; y (II) nos centraremos en la noción de la *defensoría* pública de

calidad para abordarla desde la perspectiva interamericana.¹ En esta segunda sección, exploraremos la naturaleza de las obligaciones adquiridas en el párrafo que consagra la institución referida, bajo el lenguaje internacional de los derechos humanos; destacaremos cómo es que, en código moderno, el *derecho* a la defensoría pública debe ser, también, parte integrante del debido proceso legal; y, finalmente, relacionaremos brevemente el tema en cuestión con algunos contenidos del denominado *soft law* o derecho blando internacional, y con un modelo de mejores prácticas derivadas del derecho estadounidense.

II. Los contenidos normativos desde la literalidad del texto, su intención aparente y su interpretación jurisprudencial doméstica

1. La creación de la Defensoría Pública de Calidad

El objetivo principal del texto analizado es *garantizar* la existencia del *servicio de defensoría pública de calidad*, lo que significa que el Estado *deba* diseñar, poner y mantener en operación el servicio en cuestión. Se trata de una obligación, por otra parte, que le es exigible al gobierno federal tanto como a los de los estados y al del Distrito Federal.

Sobre el particular, conviene resaltar dos aspectos:

- A) La falta de restricción *material* aparente en las funciones del servicio de defensoría pública exigido al Estado, que parecen no limitarse a la materia penal.

En efecto, leído en solitario, el párrafo que nos ocupa parece sugerir que la defensoría pública ha de ocuparse de todas las controversias jurídicas en los que la población requiera representación o asesoría. Ahora bien, no obstante su parquedad extrema, las exposiciones de motivos de los diversos dictámenes que llevaron a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, tanto como el contenido de los debates parlamentarios al respecto, hacen pensar que el Constituyente Permanente pensaba, de manera primordial, en los asuntos penales.²

¹ En la medida de lo conveniente se hará referencia, también, de manera breve, al contenido de las normas universales de protección de los derechos humanos.

² Cfr. Cámara de Diputados, Secretaría de Servicios Parlamentarios, *Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo) (18 de junio de 2008)*, Cuaderno de Apoyo, Sad-07-08, Junio de 2008. Disponible en: <<https://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>> (19 de junio de 2013).

No obstante ello, tanto la defensoría pública federal, desde su creación legislativa (que no constitucional) en el año de 1998, como algunas de las defensorías públicas estatales creadas o reformadas a partir de la reforma constitucional de 2008, ofrecen servicios de apoyo en otras materias, como la familiar, civil e incluso la mercantil.³

- B) La aparente amplitud indiscriminada en el universo de posibles beneficiarios, puesto que la norma constitucional no restringe el acceso a los indigentes, es decir, a aquellos que carezcan de los medios económicos para contratar defensa privada.

Sin embargo, la lectura de los documentos parlamentarios correspondientes parece sugerir que, en realidad, la reforma constitucional pretendió empoderar a los más desfavorecidos (más que ofrecer un servicio para *toda* la población); lamentablemente, con relación a este tema tampoco hubo mayor debate al seno del Congreso.⁴ A pesar de ello, no debe perderse de vista que la naturaleza eminentemente limitada de los recursos públicos en un régimen que privilegia la economía de mercado (como en definitiva lo pretende hacer el nuestro), hace razonable concluir que la defensoría pública debería reservarse para aquellos que realmente la necesitan, con lo que, a juicio de quien esto escribe, la norma constitucional debería ser interpretada en el sentido de restringir el derecho a la defensa pública sólo para aquellos que no pueden contratar defensas privadas. Ya veremos más adelante cómo es que el derecho internacional de los derechos humanos parece ser consistente con esta lectura.

Un enfoque diverso sobre el tema en cuestión (el universo de beneficiarios), nos conduce a indagar si la defensoría pública debería estar reservada para aquellos acusados de cometer el ilícito (penal o de diversa índole) o si también debería utilizarse para defender a la esfera jurídica de quienes resienten el daño, *i.e.*, las víctimas. Al respecto, la amplitud del texto constitucional, tanto como la lógica misma que permea de manera transversal a toda la discusión parlamentaria que condujo a la incorporación del párrafo que nos ocupa, permite concluir que la lectura correcta es la segunda, es decir, que las defensorías públicas deben ocuparse, también, de asesorar a las víctimas del ilícito (insisto: sea éste civil en sentido lato o penal en sentido estricto). Por lo demás, también veremos cómo es que esta visión, además, se corresponde con la normativa internacional en la materia.

³ *Ley Federal de Defensoría Pública*. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 1998, y *Ley de Defensoría Pública del Estado de México*. Publicada en la *Gaceta del Gobierno del Estado de México* el 3 de febrero de 2010.

⁴ Cámara de Diputados..., *op. cit.*, nota 2.

2. El Servicio Profesional de Carrera

Según lo dicho, el servicio profesional de carrera constituye el cauce elegido por medio del cual se dota de vida material a la defensoría pública de calidad. Al ser tan alta su misión, no es de extrañar que, desde el estrato constitucional, el más alto en nuestra pirámide normativa, se exija al Estado *asegurar* las condiciones para su existencia. Ello implica diseñar, poner y mantener en operación un sistema administrativo específico que agrupe a todos los defensores públicos (las personas individuales, servidores públicos, que desempeñen tal cargo), dentro de un marco que garantice estabilidad y crecimiento en el empleo (con base en el mérito), pero también la justa sanción cuando haya lugar a ella. Así lo han entendido las legislaciones secundarias que han materializado la norma constitucional,⁵ y así lo había entendido, también, la Ley Federal de la Defensoría Pública que, en este punto, fue también pionera. Los tribunales colegiados de circuito, por su parte, interpretando esta última ley, han confirmado que los directores de los institutos de las defensorías públicas están facultados para sancionar a sus subalternos.⁶

Ahora bien, sobre las implicaciones del servicio profesional de carrera, según la redacción constitucional, se impone realizar los siguientes dos comentarios:

- A) Primero, y a riesgo de abundar en lo evidente, vale la pena destacar que sin la infraestructura institucional correspondiente, no podrá jamás haber servicio profesional de carrera alguno, por lo que la federación y los estados, lo mismo que el Distrito Federal, están obligados a crear sendos institutos públicos especializados en la materia⁷

⁵ *Ley Orgánica de la Defensoría Pública del Estado de Baja California*. Publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Baja California* el 22 de mayo de 2009; *Ley de la Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato*. Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 3 de junio de 2011.

⁶ Tesis: III.4o.A.36 A (9a.), DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA. ESTÁ FACULTADO PARA CONOCER DE LAS QUEJAS INTERPUESTAS CONTRA LOS OFICIALES JUDICIALES (ACTUALMENTE OFICIALES ADMINISTRATIVOS) ADSCRITOS A DICHO ÓRGANO, LLEVAR A CABO EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU CASO, DESTITUIRLOS, SIN QUE ESTÉ OBLIGADO A PONER EN CONOCIMIENTO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL LA IRREGULARIDAD EN QUE HAYAN INCURRIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 2344. Reg. IUS.169894; y Tesis: III.4o.A.37 A (9a.), INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA. LA RESOLUCIÓN DE DESTITUCIÓN DE UN OFICIAL JUDICIAL (ACTUALMENTE OFICIAL ADMINISTRATIVO), EMITIDA POR SU DIRECTOR GENERAL, ES IMPUGNABLE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 2379. Reg. IUS. 169866.

⁷ Al respecto, conviene aclarar que éste es el modelo elegido por nuestro Constituyente Permanente, pero no el único. En efecto, un modelo diverso, utilizado en España y muy común entre los anglosajones, consiste en la asignación directa a los abogados *particulares* de casos cuyos honorarios son pagados por el Estado. Un modelo diverso es aquel en el que el Estado cuenta con su propio cuerpo de defensores públicos, que se dedican de tiempo completo a tales faenas, y cuyo salario (sueldo público, no honorarios particulares) es pagado por el gobierno. Es respecto de este segundo modelo, que es el elegido por nuestro Texto Fundamental, el único sobre el que tiene sentido hablar de *servicio profesional de carrera* y con relación al cual parece indudable la conveniencia de un órgano administrativo especializado.

que, además, convendría ubicar de manera independiente de las procuradurías, de los poderes judiciales y, acaso, del Poder Ejecutivo mismo.⁸

- B) Segundo, y sobre la cláusula de seguridad salarial (que obliga al Estado a equiparar las percepciones de los defensores públicos con las recibidas por los agentes del Ministerio Público), conviene destacar que, mientras que la intención del Constituyente Permanente parecería ser clara (i.e., la de mejorar las condiciones salariales de la defensa), lo cierto es que la premisa de la que se parte para tales propósitos no es necesariamente válida de manera general. En efecto, la evidencia empírica sugiere que ni las percepciones de la fiscalía son, en todos los casos, superiores a los de la defensa, ni tampoco que siendo cual fuere su nivel, se corresponda éste con la responsabilidad del cargo, es decir, que los salarios referidos no necesariamente remuneran y reconocen, adecuadamente, la altísima importancia y gravedad del trabajo realizado por los agentes ministeriales –tanto como el de la defensa, sin lugar a dudas–.

III. La defensoría pública de calidad, desde la óptica internacional de los derechos humanos

1. El carácter positivo de la Norma Constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") obliga al Estado a crear el servicio de defensoría pública de calidad. Se trata de una obligación de hacer a cargo del poder público que parece encuadrarse más en la denominada segunda generación de derechos humanos.

El modo verbal utilizado en la norma constitucional ("garantizará") es imperativo e implica que el Estado tiene que echar mano de sus recursos materiales y humanos (usando, para ello, los medios que sean necesarios o convenientes, de modo que se permita el *efecto útil* de la norma en cuestión) y adoptar una actitud pro-activa que conduzca al efectivo establecimiento y operación del sistema en todo el territorio nacional, a fin de que la persona, beneficiaria indudable del derecho correlativo, pueda realmente ejercerlo.

⁸ No es propósito de este comentario entrar en la discusión sobre la mejor ubicación de la defensoría pública dentro del organigrama estatal, pero baste señalar que ni en México ni en la experiencia comparada parece haber consenso absoluto al respecto. No obstante, a nuestro juicio, existen razones suficientes que abogarían poderosamente en favor de su independencia técnica y presupuestaria.

No obstante, la llegada a nuestro andamiaje jurídico constitucional de este nuevo derecho de segunda generación no es más que una consecuencia directa de la evolución de los contenidos normativos de los derechos de primera generación en los que encuentra su razón de existencia: el derecho a la defensa y, más aún, el derecho al debido proceso.⁹ En palabras de Sergio García Ramírez:

La reforma del proceso, que se sustente en los requerimientos de las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales y provea el pleno acceso a la justicia, debe montar un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del inculpa-do. (...) ¿De qué sirve, si no, este auxiliar del inculpa-do, que también lo es, en el mejor sentido, de la justicia?¹⁰

2. La Defensoría Pública de Calidad y el Debido Proceso

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana"), al interpretar el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"), ha dicho que el debido proceso abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.¹¹

Bien se sabe que el artículo 8 de la Convención Americana consagra las *garantías judiciales* y que éste es el lenguaje interamericano para referirse al concepto de *debido proceso legal*, originariamente anglosajón.

Sin embargo, quizá no sea tan evidente que, más allá de la semántica, el derecho al *juicio o proceso justo* (como también ha sido descrita la noción que nos ocupa) sea uno de los conceptos que mayor evolución ha tenido a lo largo de la historia respecto de sus contenidos normativos y que ahora incluye, también, con los matices que se señalan abajo, la exigencia

⁹ Cuando en este comentario nos refiramos a la noción de *debido proceso* o *debido proceso legal*, debe entenderse que tenemos en mente su concepción adjetiva o procesal, y no la diversa enunciación de carácter sustantiva (debido proceso sustantivo o "*Substantive Due Process*") que ha sido desarrollada en el derecho anglosajón.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 48.

¹¹ Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 28.

al Estado de proporcionar defensa pública de calidad para quienes no pueden absorber los costos de la representación particular.¹²

Pero esto no fue siempre así. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH),¹³ al esbozar el contenido esencial del debido proceso, no incluyó cláusula alguna referida a la defensa pública, limitándose a identificar los aspectos que tradicionalmente, y acaso para ese momento histórico, eran reconocidos como los fundacionales de lo que la propia DADH denominó *proceso regular*.¹⁴

No obstante, cuando cerca de veinte años más tarde se adopta el texto de la CADH, el marco referencial había evolucionado. Para entonces, se habían incorporado notas adicionales a la concepción básica del *debido proceso legal ilustrado*, según había sido concebido a partir de la Revolución Francesa.¹⁵ La denominada *conciencia jurídica universal*, hacedora colectiva de las normas protectoras de derechos humanos¹⁶ y principal detonante de su acelerado crecimiento después de 1945, se había posicionado fuertemente en la esfera de las garantías judiciales básicas, y nutrió de mayor contenido al derecho fundamental al que nos referimos, lo que fue acogido por los redactores de la CADH. Ello explica por qué es que su artículo 8 disponga expresamente el derecho irrenunciable del imputado en una causa penal a contar con un defensor pagado por el Estado, como parte de las garantías básicas del debido proceso:

Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

¹² Naturalmente, el derecho a la defensa adecuada, como categoría superior o genérica, está ahora también incluido, ese sí de manera irrestricta, en la concepción moderna del debido proceso, y, como tal, el párrafo sexto del artículo 17 constitucional se encuentra directa y estrechamente vinculado con el artículo 20, apartado b, inciso VIII de la propia Constitución General de la República. Pero no siendo ese el propósito de este comentario, no se ahondará sobre dicha relación.

¹³ OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 10 de abril de 1948.

¹⁴ Cfr. *Ibid.*, art. XXVI.

¹⁵ Aunque no lo expresa claramente en provisión alguna, parece claro que el entramado completo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, acogió una reformulación de la expresión clásica del "derecho del país o de la tierra" ("*law of the land*"), utilizada en la Carta Magna de Juan sin Tierra, de 1215, que, hasta donde se sabe, fue la primera en reconocer y documentar el contenido sustancial de lo que hoy llamamos debido proceso legal. El término original en inglés "*law of the land*" evolucionó pronto para convertirse en "*due process of law*" en 1354, bajo el mandato de Eduardo III de Inglaterra. No obstante, su espectro normativo fue expandiéndose con mucha mayor lentitud, para detonarse de manera exponencial a partir del siglo XVIII y, fundamentalmente, en el siglo XX.

¹⁶ Cfr., *inter alia*, Cancado Trindade, Antonio Augusto y Ruiz De Santiago, Jaime, *La nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José, ACNUR, 2011, pp. 58 y ss. La expresión *conciencia jurídica universal* es autoría del primero.

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:

(...)

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;

Visto así, parecería incuestionable que, tratándose de quien no puede o no sabe defenderse a sí mismo ni tampoco puede pagar a un defensor particular, el derecho interamericano le reconocería, como condición necesaria del juicio justo, el derecho a la *defensa pública* y que, como tal, su ausencia importaría, en todos los casos, violación a dicho derecho.

No obstante, la propia Corte Interamericana ha señalado que el análisis debe hacerse de manera casuística y que para determinar si la asistencia legal (privada o pública) es imprescindible en todos los casos, es preciso indagar si su ausencia afecta o no las *debidas garantías* del acusado. En palabras de la propia Corte IDH:

26. Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado.

27. Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo.¹⁷

¹⁷ Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párrs. 26-27.

No es fácil desentrañar el razonamiento transcrito. La última frase del referido párrafo 26 parece ser concluyente al disponer, *contrario sensu*, que la Convención Americana no consagra, per se y para todos los casos, el derecho irrestricto a la defensa pública.

En efecto, parece ser que la Corte Interamericana afirma que la asistencia letrada (privada o pública) es parte del debido proceso sólo cuando su presencia sea necesaria para hacer efectivos los demás contenidos del juicio justo (transparencia, igualdad de armas, no auto-incriminación, etc.). Si esto es así, habría sido muy útil que se simplificara el lenguaje.

Por nuestra parte, creemos que resulta indiscutible que, tratándose de acusaciones por prácticamente cualquiera clase de delitos —y sin duda alguna aquellos de alta complejidad o que traen aparejadas consecuencias graves—, es innegable la exigibilidad de la defensa técnica y que ésta deba de ser gratuita para los indigentes.

En efecto, si convenimos con Sergio García Ramírez en que "el debido proceso (...) es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado",¹⁸ se antoja inadmisibles asumir que un imputado esté en igualdad de circunstancias que su acusador (órgano técnico dotado de los más altos recursos materiales y humanos para realizar su función), si las normas de derechos humanos no le garantizaran el acceso a la defensa letrada, salvo que se tratara de cuestiones tan nimias que, acaso, ni siquiera hubieran de ser tangibles bajo la óptica del derecho punitivo. Cualquiera otra interpretación del artículo 8.2 nos parecería contraria a su literalidad y, además, a su objeto y fin y, por tanto, inválida bajo las reglas del Derecho Internacional, según han sido reconocidas por la costumbre internacional y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁹

En el ámbito universal, por otra parte, parece ser consistente la relación entre el concepto de juicio o proceso justo y el de defensa técnica pagada por el Estado, siempre que se cumplan las dos condiciones literalmente exigidas por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: (I) la indigencia y (II) que se sirva el interés de la justicia.²⁰

¹⁸ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. . . *supra* nota 10.

¹⁹ Cfr. Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, 4a. edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 184-188; y ONU. *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*. Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

²⁰ Cfr. Comité CCPR, *Caso Curie vs Jamaica*, Comunicación No. 377/1989. CCPR/C/50/D/377/1989. Resolución del 31 de marzo de 1994, párr. 13.4; y Comité CCPR. *Caso Kelly vs Jamaica*, Comunicación No. 537/1993. CCPR/C/57/D/537/1993. Resolución del 29 de julio de 1996, párr. 9.7. Para un estudio más completo sobre el análisis universal en la materia, ver O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, OACNUDH, 2004, pp. 368-374 y 410-411, quien, entre otras cosas, confirma

Ahora bien, por lo que toca a materias no penales la propia Corte Interamericana ha sugerido que el derecho a la asistencia técnica (pagada o gratuita) tampoco es absoluto. En efecto, en la propia OC-11/90 la Corte IDH sostuvo que "(...) las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la *representación legal* es o no necesaria para el debido proceso".²¹

Finalmente, debemos destacar que, para ser realmente efectiva y corresponderse con las debidas garantías exigidas bajo la noción del juicio justo, dando con ello vida material a la exigencia del efecto útil de las normas de derechos humanos, la defensoría pública ha de ofrecer un *servicio de calidad*. Así lo exige la literalidad del texto constitucional a que nos referimos en este comentario, y así lo entendió el Juez García Ramírez cuando, en su voto particular agregado al *Caso Tibi vs. Ecuador*, al pronunciarse por la ingente necesidad de establecer un *sistema* de defensa verdaderamente eficiente, dijo lo siguiente:

Si no se trata, pues, de cualquier defensa –nominal–, sino de verdadera defensa –como verdadera debiera ser la satisfacción de cualquier derecho humano–, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y proveer los medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos del procesado tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis.²²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana"), por su parte, había señalado, a *contrario sensu*, que el Estado podría ser responsable internacionalmente por la *ineficiencia* en la actuación del defensor de oficio.²³ Luego entonces, parecería ser claro que, para ajustarse a los mandatos de la Convención Americana, la defensoría pública ha de ser de calidad. No obstante ello, la propia CIDH admitió (siguiendo a la jurisprudencia europea, según lo señaló la propia Comisión Interamericana), que el Estado sólo puede ser responsabilizado por las fallas en el servicio que sean *manifiestas* o respecto de aquellas que no siéndolas, hayan sido puestas en conocimiento de las autorida-

que no existe suficiente corpus jurisprudencial para desentrañar el sentido de la exigencia, impuesta por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de que *se sirva el interés de la justicia*.

²¹ Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento*. . . *supra* nota 17, párr. 28.

²² Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. . . *supra* nota 10, párr. 49.

²³ CIDH. *Caso 11.815, Caso Briggs vs Trinidad y Tobago, Informe No. 58/99*. 15 de abril de 1999, párr. 58.

des correspondientes por parte del imputado inconforme con el servicio recibido de parte de su defensor; de otro modo, dijo la CIDH, no podría responsabilizarse al Estado por actos que desconoce.²⁴ Pero, creemos que de ahí no se sigue excepción alguna a la *regla de la calidad en el servicio*, sino, en todo caso, la eventual imposibilidad de elevar una queja ante el sistema interamericano; es decir, se trata de un tema competencial, no sustantivo.

La jurisprudencia universal, acaso un cuanto más prolija, a pesar de que afirma que la representación ha de ser eficaz,²⁵ confirma por otra parte la lectura hecha por la Comisión Interamericana de que el Estado debe ser considerado responsable sólo cuando el abogado defensor incumple de manera manifiesta con sus obligaciones, aun cuando algunas decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos sugerirían que esto no es tan claro cuando se trata de abogado particular, en cuyo caso, sería más alto el umbral para atribuir responsabilidad internacional al Estado.²⁶

3. El Derecho blando Internacional y el Derecho Comparado en relación con la Defensoría Pública

A partir de su nacimiento, la Organización de las Naciones Unidas ha tenido entre sus funciones la de promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.²⁷ Para tales propósitos, apoya la creación de foros permanentes (por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional) o eventuales que se ocupen de discutir los diversos temas considerados de relevancia para la comunidad internacional. En este contexto, y a través de la Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena, surgió el Proyecto de *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal*, conocidas como las Reglas de Mallorca²⁸ que, no obstante tener el carácter de derecho en formación o derecho blando,²⁹ sí sirven como referente del camino que previsiblemente habrá de seguir la evolución jurídico internacional.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Cfr., inter alia*: Comité CCPR. *Caso Daniel Pinto vs. Trinidad and Tobago*, Comunicación No. 232/1987. CCPR/C/39/D/232/1987. Resolución del 21 de agosto de 1990, párr. 12.5; Comité CCPR. *Caso Little vs. Jamaica*, Comunicación No. 283/1988. CCPR/C/43/D/283/1988. Resolución de 19 de noviembre de 1991, párr. 8.4; y Comité CCPR. *Caso Carlton Reid vs. Jamaica*, Comunicación No. 250/1987. CCPR/C/39/D/250/1987. Resolución de 21 de agosto de 1990, párr. 11.4.

²⁶ Para una clara explicación al respecto, en donde, además, se recopilan las decisiones más relevantes, ver O'Donnell, Daniel. ..., *op. cit.*, pp. 357-358.

²⁷ *Cfr. Carta de las Naciones Unidas*. Aprobada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945, art. 13.

²⁸ *Cfr. Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal*. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm> (19 de junio de 2013).

²⁹ La expresión derecho blando corresponde a la traducción literal del inglés "*soft law*", que es el término utilizado de manera generalizada en el derecho internacional para referirse a las normas o principios que nacen sin la voca-

Sobre la materia de este comentario, las Reglas de Mallorca disponen que todo imputado que carezca de medios económicos tiene derecho a contar con un defensor de oficio y que la intervención de la defensa letrada será obligatoria en todos los casos que puedan traer como consecuencia la pérdida de la libertad.³⁰ En esto, las Reglas de Mallorca se asemejan mucho a la lectura interamericana.

Pero, además y como lo hace la Constitución desde 2008, las referidas Reglas Mallorca van más allá que la Convención Americana al señalar que las *víctimas* también tienen derecho a un defensor de oficio que represente sus intereses, y que éste sea pagado por el Estado en casos graves.³¹

Por su parte, la Cumbre Judicial Iberoamericana, que es una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias entre los países de la región y del que México es parte,³² en su XIV reunión adoptó las *Reglas Básicas relativas al Acceso a la Justicia de las Personas que se encuentran en Condición de Vulnerabilidad* (conocidas como las "Reglas de Brasilia"). Este documento, que no obstante ser también derecho blando internacional, tiene una clarísima intención de incidir en los procesos decisorios de los países miembros de la región.³³

Su enorme valor, para los propósitos que aquí nos ocupan, deriva de su posicionamiento certero en favor de la defensa letrada para los indigentes, en todos los casos; de la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica para tales sujetos en todas las materias; y de la necesidad de garantizar la calidad y especialización en la asistencia técnico-jurídica.³⁴

Finalmente, la *American Bar Association*, la organización profesional con mayor membresía voluntaria del mundo,³⁵ ha desarrollado un documento denominado los *Diez Principios para el Sistema de Defensoría Pública* que, a su juicio, constituye el "criterio fundamental necesario

ción de ser necesariamente vinculantes o que teniendo tal vocación no han adoptado, aún, la forma de alguna de las fuentes autónomas del derecho internacional: la costumbre o los tratados.

³⁰ Cfr. *Proyecto de Reglas Mínimas...*, *supra* nota 28, Decimoprimer principio.

³¹ Cfr. *Ibid.*, Cuadragésimo segundo principio.

³² Cfr. <<http://www.cumbrejudicial.org/>> (19 de junio de 2013).

³³ Cfr. *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, párrs. 24 y 85-100. Disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124> (19 de junio de 2013).

³⁴ Cfr. *Ibid.*, párrs. 28-31.

³⁵ Cfr. <<http://www.americanbar.org>> (19 de junio de 2013).

para diseñar un sistema que provea representación jurídica efectiva, ética, eficiente, de alta calidad y libre de conflictos de intereses, para los imputados que carezcan de los medios económicos para contratar a un abogado".³⁶

Los diez principios recomendados son los siguientes: (1) la función de la defensa pública, incluyendo la selección, financiamiento y pago de salarios del defensor, es independiente; (2) cuando la carga de trabajo es suficientemente alta, el sistema de defensoría pública consiste tanto en la actuación de la oficina de la defensoría pública como en la intervención de los colegios de abogados particulares; (3) los clientes son evaluados a fin de resultar elegibles, y el defensor es notificado de su asignación tan pronto como sea posible después del arresto, detención o solicitud de defensa por parte del imputado; (4) al defensor se le otorga suficiente tiempo y espacio de comunicación confidencial para reunirse con su clientes; (5) la carga de trabajo del defensor es controlada para permitir que se provea un servicio de calidad; (6) la habilidad, capacitación y experiencia del defensor se corresponden con la complejidad del caso en cuestión; (7) el mismo abogado representa al cliente hasta el final del procedimiento; (8) existe paridad entre el defensor y la fiscalía respecto de los recursos con los que cuentan, y al defensor se le incluye en igualdad de condiciones dentro del sistema de justicia; (9) al defensor se le proporciona y le es obligatorio recibir educación jurídica continua; y (10) el defensor es supervisado y sometido a evaluaciones sistemáticas para verificar su calidad y eficiencia de acuerdo con estándares locales y nacionales.

Una parte importante del contenido de esos diez principios parece corresponderse con las aspiraciones subyacentes en la reforma constitucional de 2008. Al respecto, bien valdría la pena meditar sobre la posibilidad de incorporar dichos principios, con los matices y distinguos que sean necesarios o convenientes, en las legislaciones secundarias que reglamenten el sexto párrafo del artículo 17 constitucional.

IV. A manera de colofón

El derecho a la defensoría pública parece haberse incorporado en el concepto ampliado del *debido proceso legal*. A diferencia del enfoque tradicional relativo a este último concepto, en el que el Estado debe más bien abstenerse de interferir en el derecho a defenderse, la prerrogativa del 17 constitucional a que nos referimos supone también la realización de una actividad pro-activa, un hacer concreto, más característico de los derechos de segunda generación.

³⁶ Cfr. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *ABA Ten Principles of a Public Defense Delivery System*. Febrero 2002. Disponible en: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_aid_indigent_defendants/ls_sclaid_def_tenprinciplesbooklet.authcheckdam.pdf> (19 de junio de 2013). (traducción del autor).

Esta es una prueba, quizá, del acierto de la Conferencia de Viena de 1993, al establecer categóricamente la interdependencia de todos los derechos y de que la división entre generaciones tiene valor meramente pedagógico, pero no programático o sustantivo.

En efecto, bajo clave moderna y según la nueva redacción del Texto Fundamental, la realización del juicio justo, en plenitud, supondría que el Estado se abstuviera de hacer y haga, a un mismo tiempo, diversas cosas, las que, en su conjunto, constituirían la integridad normativa del derecho fundamental que denominamos *debido proceso legal*. Si esto es así, entonces parecería claro que una de tales cuestiones que el Estado debe hacer es, precisamente, poner en operación un servicio público de defensoría de calidad, al que puedan acceder los menos favorecidos, en búsqueda de protección de sus intereses legítimos, sea cual fuere la materia sustantiva de que se trate y con independencia de que se trate del responsable presunto del ilícito o la víctima de éste. De esta suerte, el espectro protector del 17 constitucional sexto párrafo, no debería ser visto sino como una extensión normativa del debido proceso legal cuyo centro de gravedad se complementa, entre nosotros, por los diversos postulados contenidos principalmente en los artículos 14, 16 y 20 constitucionales.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Tesis: III.4o.A.36 A (9a.), DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA. ESTÁ FACULTADO PARA CONOCER DE LAS QUEJAS INTERPUESTAS CONTRA LOS OFICIALES JUDICIALES (ACTUALMENTE OFICIALES ADMINISTRATIVOS) ADSCRITOS A DICHO ÓRGANO, LLEVAR A CABO EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU CASO, DESTITUIRLOS, SIN QUE ESTÉ OBLIGADO A PONER EN CONOCIMIENTO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL LA IRREGULARIDAD EN QUE HAYAN INCURRIDO., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 2344. Reg. IUS.169894
- Tesis: III.4o.A.37 A (9a.), INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA. LA RESOLUCIÓN DE DESTITUCIÓN DE UN OFICIAL JUDICIAL (ACTUALMENTE OFICIAL ADMINISTRATIVO), EMITIDA POR SU DIRECTOR GENERAL, ES IMPUGNABLE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 2379. Reg. IUS. 169866.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.
- Corte IDH. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.
- CIDH. *Caso 11.815, Caso Briggs vs Trinidad y Tobago, Informe No. 58/99*. 15 de abril de 1999.
- Comité CCPR. *Caso Curie vs Jamaica, Comunicación No. 377/1989. CCPR/C/50/D/377/1989*. Resolución del 31 de marzo de 1994.

- Comité CCPR. *Caso Kelly vs Jamaica, Comunicación No. 537/1993. CCPR/C/57/D/537/1993.* Resolución del 29 de julio de 1996.
- Comité CCPR. *Caso Daniel Pinto vs. Trinidad and Tobago, Comunicación No. 232/1987. CCPR/C/39/D/232/1987.* Resolución del 21 de agosto de 1990.
- Comité CCPR. *Caso Little vs. Jamaica, Comunicación No. 283/1988. CCPR/C/43/D/283/1988.* Resolución de 19 de noviembre de 1991.
- Comité CCPR. *Caso Carlton Reid vs. Jamaica, Comunicación No. 250/1987. CCPR/C/39/D/250/1987.* Resolución de 21 de agosto de 1990.

Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad

Miguel SARRE*

* Profesor-investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU. El autor agradece la colaboración de de Luisa Pérez Escobedo, Claudia Karina Huerta Ramos y Paulina Rivera Reyes.

Nosotros llevamos su caso;
usted ocúpese de cuidar su vida.

SUMARIO: I. *Delimitación del objeto de análisis.* II. *La ideología resocializadora.* III. *Hacia una perspectiva de los derechos humanos.* IV. *Debido proceso sustantivo de las PPL.* V. *Debido proceso instrumental de las PPL.* VI. *Corolario.*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas; personas privadas de la libertad; garantías procesales; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; proceso penal; prisión preventiva.

I. Delimitación del objeto de análisis

En este capítulo se examinará el marco jurídico de la ejecución penal, previsto en el artículo 18 de la Constitución mexicana, en relación principalmente con los artículos 17, segundo y sexto párrafos (acceso a la justicia y plena ejecución de las resoluciones judiciales), y 21, tercer párrafo (competencia exclusiva de los jueces para imponer y modificar las penas), todo ello a la luz de la normatividad nacional e internacional en materia de derechos humanos.

Si bien la ejecución penal abarca varios temas jurídicos importantes, como los relativos a la acumulación de sanciones, la aplicación retroactiva de las normas penales en beneficio de las personas sentenciadas o la reparación del daño a las víctimas del delito, este análisis se centra en los derechos humanos relacionados con las condiciones de vida digna y segura en las prisiones para personas procesadas y sentenciadas; la modificación de la naturaleza y duración de las penas en el ámbito de la ejecución penal, además de aspectos relacionados como los traslados de la persona privada de libertad (PPL) de una prisión a otra.

Se parte de considerar como sujeto titular de estos derechos a toda PPL, asistida por su defensor penitenciario, en cumplimiento de una resolución penal, independientemente de que el título jurídico de la reclusión sea una sentencia o el auto que impone la prisión preventiva. También se consideran a los visitantes, observadores y defensores como titulares

legitimados para ejercer derechos propios en relación con estos lugares de detención, independientemente de su calidad de coadyuvantes en la protección de los derechos de las PPL.

Se asume que la parte pública obligada directa frente a las PPL y los demás sujetos legitimados es la autoridad penitenciaria administrativa, en su calidad de auxiliar de la justicia, como responsable de instrumentar las resoluciones de los jueces en los lugares de detención de acuerdo con el artículo 89, fracción XII de la Constitución.

La garantía ordinaria en la ejecución de las sanciones y medidas penales se atribuye a los jueces de ejecución de la pena previstos, implícitamente en la reforma constitucional de 2008. Ellos tienen la función de juez natural, mientras que la justicia de amparo es un medio extraordinario para la protección de los derechos humanos frente a actos administrativos y legislativos que los vulneran. Paralelamente se prevé la responsabilidad de los organismos públicos de protección a los derechos humanos, así como la intervención del Ministerio Público para garantizar la legalidad en el interior de las prisiones mediante los procedimientos de responsabilidad conducentes.

A partir de la somera descripción hecha del escenario y de los actores en la ejecución penal, en estas páginas se examinarán las implicaciones de un estado democrático de derecho en el interior de las prisiones. Para estos efectos, la prisión puede asemejarse a un *municipio amurallado* en el que han de operar los límites y contrapesos aplicables en toda la vida pública.

La separación de poderes, como lo postula Pedro Salazar, constituye una dimensión fundamental dentro de los límites al poder del Estado propios del constitucionalismo.¹ Por ello se pone énfasis en las implicaciones de dicha separación para la ejecución de las sanciones y medidas penales privativas de la libertad. Así, se trata de atenuar el desequilibrio abismal que se observa entre la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos de derechos humanos, en la medida en que estos no trasladan suficientemente la división tripartita del poder a la ejecución de sanciones y medidas penales, donde se hace necesario un control judicial para evitar que los poderes disciplinarios y administrativos vacíen de contenido los principios garantistas que inspiran la Constitución.

II. La ideología resocializadora

En línea con lo expuesto, el régimen de privación penal de la libertad bajo un enfoque *a partir de los derechos humanos*, requiere ser estudiado, reconocido y garantizado bajo el

¹ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IJ-UNAM. México, 2006, p. 87.

debido proceso, entendido como el medio para definir y proteger los derechos de las PPL y otros sujetos legitimados en el Derecho penitenciario. Este debido proceso comprende un aspecto sustantivo o material y otro de naturaleza instrumental que, a su vez, abarca garantías orgánicas y procesales.

La conformación de un debido proceso propio de la ejecución de sanciones penales y de la prisión preventiva –distinto del debido proceso para determinar la responsabilidad penal– es de reciente origen tanto en los instrumentos nacionales como internacionales. Tradicionalmente, se ha considerado que el debido proceso termina con la sentencia; sin embargo, se pueden identificar avances en la exigencia de un debido proceso propio de la privación penal de la libertad. En este sentido, ha sido más fácil aceptar que las PPL sentenciadas sean acreedoras a un debido proceso, frente a la misma exigencia respecto de las personas procesadas. Solo un *falso garantismo* permitiría sostener que dotar de reglas de debido proceso a la ejecución de la prisión preventiva contribuye a legitimarla. Luchar por la reducción de la prisión preventiva no se opone a suprimir una segunda injusticia al privar a los *presos sin condena* de un debido proceso penitenciario, de manera que no queden en una situación de mayor desprotección respecto de las personas sentenciadas. Si se adelanta la ejecución de la pena, habrán de adelantarse también los medios de protección concomitantes.

Entre los avances nacionales en el reconocimiento de un debido proceso penitenciario destaca el estado de Hidalgo donde, a la par con la Ley de Ejecución de Penas, rige una Ley Procesal de Sanciones Penales y Medidas para Adolescentes que regula los procedimientos penitenciarios propiamente dichos para proteger tanto a las personas procesadas como a las sentenciadas en lo que se refiere a su situación jurídica y a sus condiciones de internamiento. El legislador hidalguense no quiso contarse entre aquellos que, "reducen al juez de ejecución a sumar y restar para dar beneficios de ley".²

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante "DIDH" o "Declaración Universal"), establece en su artículo 8 el derecho de toda persona "a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Aquí quedan comprendidos los derechos de las PPL distintos a los de la causa penal; sin embargo, no hay una referencia expresa a ellos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCYP) establecen las garantías propias

² Expresión de Italy Ciani.

de los procesos penales y la exigencia del trato digno a las PPL, así como la separación entre menores y adultos así como entre procesados y sentenciados en reclusión; sin embargo, no prevén la exigencia de órganos ni de procedimientos judiciales para hacer valer dicho trato digno. Esta circunstancia, como se desarrolla más adelante, tiene que ver con la perspectiva correccional con que fueron elaborados ambos instrumentos.

Entre los órganos de los tratados de las Naciones Unidas, el Subcomité Contra la Tortura dio un paso significativo al reconocer la falta de protección jurídica para las personas en reclusión y, específicamente, la necesidad de un control judicial, así como el respeto a las garantías procesales específicas de los reclusos condenados o en prisión preventiva:

En el caso concreto de las prisiones, existen diversos factores culturales, como la idea de que los presos están 'fuera de la sociedad' o de que son personas 'peligrosas', así como las reacciones de los medios de información ante la inseguridad pública, que favorecen el abandono y la vulnerabilidad de las personas condenadas o en prisión preventiva".

Desde una perspectiva jurídica, la insuficiencia de la protección que se da a los reclusos queda reflejada en el hecho de que no estén claramente establecidos los derechos sustantivos que, como norma general, los reclusos conservan incluso mientras permanecen en prisión. Desde que se inicia la privación de libertad, debe quedar claro que solo se suspenden o se restringen algunos de los derechos de los reclusos. Además, es preciso definir y garantizar los derechos que las autoridades penitenciarias deben respetar".

La inexistencia de un marco jurídico, tanto orgánico como procesal, facilita y propicia la impunidad, más violaciones de los derechos humanos y la ausencia de las garantías necesarias para que los reclusos disfruten de sus derechos. Esas garantías incluyen la existencia de órganos y salvaguardias procesales. Se suele decir que 'las leyes son buenas, pero lo que hace falta es cumplirlas'. Sin embargo, el problema no es exclusivamente práctico, sino que también guarda relación con las deficiencias de las normas que deberían garantizar la disponibilidad de los órganos procesales y de los recursos necesarios para hacer valer los derechos de los reclusos. En realidad, las personas privadas de libertad tienen 'derechos sin garantías'.³

³ Comité CAT, CAT/C/48/3, (CAT, 2012). Parte de los trabajos preparatorios de este documento disponible en: <www.miguelsarre.com> (17 de junio de 2013).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "la Comisión") en el documento "Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas"⁴ reivindica, como Principio V, un debido proceso legal para hacer valer los derechos de las PPL ante malos tratos y condiciones inadecuadas de reclusión e internamiento ante autoridades "competentes, independientes e imparciales", sin comprender expresamente a las autoridades judiciales ni incorporar otras garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención, como el derecho a un defensor y a los medios adecuados para la preparación de su defensa y a un traductor, entre otros. En el subsecuente Principio VI sí se prevé la intervención judicial, pero tampoco comprende las garantías judiciales; se le concibe como un forma de "control periódico" sobre la legalidad en los actos de la administración penitenciaria y las condiciones de detención, con lo que diluye la función judicial al asemejarla a un medio de inspección o al control propio del *Ombudsman*⁵ o del Ministerio Público (MP).

Si los jueces intervienen *motu proprio* en la identificación de problemas y solución de controversias entre las PPL u otros actores procesales y las autoridades penitenciarias, entonces violan la división de poderes y afectan su independencia e imparcialidad. La enorme disparidad entre el poder de la administración y el de las PPL, no se consigue desnaturalizando la función del juez sino favoreciendo la igualdad de armas entre las partes propia de un sistema acusatorio, del que no debe sustraerse a la justicia penitenciaria.

En vez de parcializar al juez, se precisa fortalecer la defensa pública penitenciaria y facilitar los mecanismos de acceso a la jurisdicción en este ámbito. En la medida en que el modelo permita acercar al juez a una de las partes –así sea la débil– se distorsiona el triángulo procesal equilátero.

Más recientemente, la Comisión ha publicado un amplio Informe temático sobre la situación de las personas privadas de la libertad en las Américas, en el que remite a los Principios citados, al tiempo que incorpora la necesidad de un control judicial al prever que las PPL "[...] o terceros que actúen en su representación, tengan acceso a los órganos jurisdiccionales encargados de tutelar sus derechos. Que éstos se pronuncien sobre el fondo dentro de un plazo razonable y de acuerdo con las normas generales del debido proceso".⁶

⁴ CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Resolución 1/08, párr. 55, 56 y 57.

⁵ Resulta también que frecuentemente se incurra en el error contrario al demandar que las recomendaciones de los *Ombudsman* tengan carácter vinculante. Es decir, se quiere convertir a los jueces en *Ombudsman* y viceversa.

⁶ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, párr. 248.

III. Hacia una perspectiva de los derechos humanos

En México se registran tres épocas que denotan un *deslave* de la carga moral del derecho penitenciario y un lento avance en su *secularización*:

1. El Constituyente de 1917 utilizó el concepto de *Regeneración*.
2. En la reforma constitucional de 1964-65 se institucionalizó la *Readaptación social*.
3. Con la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008 se sustituyó el concepto de readaptación por los de *Reinserción social* o *reintegración social*.

En el Congreso Constituyente de 1917, el diputado José María Truchuelo sostuvo que las autoridades penitenciarias habrían de recabar informes para saber "si las condiciones en que se encuentran [los presos] por los informes que día a día se recaben, indican que aquel individuo ha adquirido hábitos de moralidad [...] porque el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente en privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque."⁷ Se presuponía entonces que el delito convertía al infractor en una persona *degenerada*, o evidenciaba que ya lo era.

En su momento, la idea de la *readaptación* implicó el cambio del sujeto responsable concebido como moralmente atrofiado a otro visto como mental o psicológicamente desviado. En ambos casos; sin embargo, el *sujeto* del Derecho penal se degrada a *objeto* de *tratamiento*.⁸

En 2008, se siguió considerando a la persona responsable como *desintegrada* o *fuera de la sociedad*. Se conservaron atavismos similares a los que hicieron presa de los constituyentes de 1917 quienes previeron la educación, el trabajo y la capacitación como instrumentos "para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir" suponiendo que la ley penal está dirigida a personas carentes de estos elementos.

Sin embargo, pese a utilizarse el concepto de "reinserción a la sociedad", el simbolismo debe ceder ante el alcance normativo de la reforma constitucional en materia de derechos huma-

⁷ *Los Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. III, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 734 y 735.

⁸ Los casos de PPL imputables con algún tipo de adicciones o problemas mentales que requieren atención profesional, la autoridad está obligada a ofrecerle los servicios correspondientes con sujeción al interés superior del paciente y los demás principios que rigen su prestación a las personas en libertad.

nos de 2011, especialmente en los artículos primero y 18, mediante la cual *se reinstala* a las PPL dentro de la única sociedad que existe en México, que es la sociedad democrática donde los derechos humanos rigen para todas y todos, independientemente de la situación jurídica en la que se encuentren.

Desde un enfoque *a partir de los derechos humanos*, se despoja a la pena de prisión de su pretensión curativa para asumirla como la restricción coactiva de la libertad, así como de otros bienes jurídicos. Quien cumple una pena o sobrelleva un proceso penal en reclusión, enfrenta un problema de naturaleza jurídica con múltiples implicaciones, pero no requiere ser *patologizado* ni antes ni después de dictada la sentencia. El *thema decidendum* no es la "evolución" o el "cambio" del interno sino resolver los reclamos cuando, durante la ejecución de la pena o de la prisión preventiva, el gobierno no garantiza la gobernabilidad de las prisiones, con espacios decorosos, respeto a su integridad personal, contacto regular con sus familiares, amistades y representantes, acceso a servicios educativos, oportunidades de empleo, atención médica y posibilidad de actividades culturales y deportivas, entre otras prestaciones, todo ello en un ambiente de legalidad y orden razonable donde las PPL tienen derechos y obligaciones frente a facultades, deberes y límites de la autoridad ejecutora.

El DIDH no ha estado exento de herencias semejantes a las que acusa el derecho interno en cuanto a los fines de la pena. La piedra angular de las Naciones Unidas respecto de las personas privadas de la libertad se intitula "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos".⁹ En su numeral 59 establece inclusive que, para cumplir con el *tratamiento*, son admisibles "todos los medios curativos, educativos, *morales, espirituales y de otra naturaleza*." (Énfasis agregado).

Por su parte, la CADH,¹⁰ dispone en su artículo 5, numeral 6: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la *reforma y readaptación social de los condenados*." (Énfasis añadido). En el mismo sentido, el artículo 9, numeral 3, del PIDCYP¹¹ dispone: "El régimen penitenciario consistirá en un *tratamiento* cuya finalidad esencial será la *reforma y la readaptación social de los penados*." (Énfasis agregado).

⁹ ECOSOC. "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos". Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. No se considera una fecha de entrada en vigor por tratarse de un documento declarativo o de *softlaw*. Este instrumento se encuentra en revisión por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito.

¹⁰ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada en San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹¹ ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Luigi Ferrajoli explica la inspiración *correcional de los instrumentos internacionales* y de textos constitucionales, como el italiano, por:

[La convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, autora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante.¹²

En su declaración de Principios y buenas prácticas ya citada, la Comisión llegó al extremo de considerar a la prisión como un medio de reintegración familiar.¹³ A pesar de la literalidad de las disposiciones de corte correcional tanto en el ámbito interno como en el internacional, en ambas esferas se registran avances favorables al debido proceso en la ejecución de sanciones y medidas penales.

La interdependencia y progresividad de los derechos humanos, aunada al principio pro persona, obliga a armonizar los inerciales enunciados correccionales del artículo 18 constitucional con el resto de la Constitución y del DIDH, especialmente tomando en consideración que, en 2011, a este precepto se le añadió que el sistema penitenciario "se ordenará sobre la base del respeto a los derechos humanos", así como la obligación de los jueces de velar por el cumplimiento de este precepto a la luz de la tesis reciente sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad aprobada por nuestra Suprema Corte. Por ella se faculta a los jueces federales y locales a "emitir pronunciamientos en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados".¹⁴

La Suprema Corte, en dos tesis señeras relativas al Derecho penal del acto y el Derecho penal del autor, establece una línea de congruencia entre los principios que rigen el Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario.¹⁵ Esta exigencia extiende los principios de materialidad, lesividad y culpabilidad a la ejecución de la pena y de la prisión preventiva en relación

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 720.

¹³ CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*... *supra* nota 4, párr. 4.

¹⁴ TESIS 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.

¹⁵ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, libro II, noviembre de 2011, tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.

con las situaciones propiamente penitenciarias, distintas del proceso destinado a adjudicar la responsabilidad penal.

De acuerdo con lo expuesto, si bien el artículo 18, leído de forma aislada y literal, podría legitimar el diagnóstico y tratamiento psicológico de una PPL en aras de "procurar que no vuelva a delinquir"; al entrar dichos procedimientos en conflicto con los derechos a la intimidad y a la libertad de conciencia, no pueden considerarse obligatorios ni, en consecuencia, es admisible atribuirles consecuencias jurídicas negativas –como las de excluir a algunas PPL de los derechos otorgados a otras– cuando se nieguen a ser evaluadas o a recibir un tratamiento que no necesitan o no les interesa.

El Informe temático de la Comisión muestra avances significativos; sin embargo, desfonda la función del juez de ejecución respecto de las personas procesadas dejando el control sobre las condiciones de internamiento en manos de los jueces de las causas respectivas. Los *presos sin condena* están sujetos a las mismas o mayores condiciones de vulnerabilidad que las personas sentenciadas; esta es la principal razón de ser de una jurisdicción especializada. El juez de ejecución debe por tanto conocer sobre el cumplimiento de toda resolución privativa de la libertad, incluyendo la preventiva, ya que la privación es similar y las controversias con la autoridad administrativa son también afines.¹⁶

La naturaleza penal y no procesal de la prisión preventiva se hace evidente al tomarse en cuenta el tiempo de esta para determinar la compurgación de la pena (principio de imputación de la prisión preventiva a la pena recogido por el último párrafo del apartado B del artículo 20 constitucional). Cuando las PPL son sentenciadas en firme, surgen otros temas de controversia, como los relacionados con la reducción de la pena, pero ello no amerita que el juez de ejecución no deba garantizar las condiciones de detención de quienes están siendo penados sin haber recibido una condena. Si las razones de principio no bastaren, tampoco es práctico, ni favorece la especialización, que un primer juez revise tanto los procesos penales como la problemática de las personas internas, mientras que el segundo atienda al grupo de presos sentenciados pero no a otros, es decir, a quienes se encuentran en proceso.¹⁷ El *juez natural* para proteger los derechos penitenciarios de todas las PPL es el juez de ejecución.

¹⁶ La idea de dotar de competencia a los jueces de ejecución a partir de la sentencia y no desde el internamiento, o de distinguir entre jueces de vigilancia y jueces de ejecución, obedece a la tradición correccional, según la cual juez es un contralor del "tratamiento" que empieza con la sentencia. Esto pierde sentido cuando se sustituye el modelo de terapéutico por un sistema regido por derechos y obligaciones, en el que la situación jurídica de procesado o sentenciado no cambia la naturaleza de los servicios médicos, educativos y de otra índole que reciben las PPL, como tampoco modifica sus obligaciones.

¹⁷ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas...* *supra* nota 6, párr. 265, puntos 3 y 4.

En otro aspecto, a raíz de su visita *in loco* a México en 1998, la Comisión consideró que los *estudios de personalidad* aplicados en el sistema penitenciario de nuestro país contravienen disposiciones de la Convención cuando se aplican a personas procesadas; sin embargo, no llegó a establecer lo mismo respecto de las personas sentenciadas; indirectamente, esto legitimó semejante práctica.¹⁸

En su reciente Informe temático, la CIDH desplazó el sentido terapéutico de la pena a un segundo lugar respecto de "la obligación institucional del Estado de dar a las personas condenadas la asistencia y las oportunidades necesarias para desarrollar su potencial individual".¹⁹ De igual forma, asume que "cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios" es imposible sin condiciones de vida digna y gobernabilidad en los mismos.²⁰

Las cláusulas de salvedad o armonización contenidas en los instrumentos de derechos humanos a partir del artículo 30 de la Declaración Universal,²¹ así como los principios constitucionales sobre derechos humanos incorporados recientemente en México, conducen no sólo a relegar, sino a abandonar completamente todo sentido de progresión curativa de las sanciones privativas de la libertad.

IV. Debido proceso sustantivo de las PPL

Este aspecto del debido proceso se refiere al contenido mismo de los derechos implicados en la imposición de una pena anticipada o consecutiva a la sentencia firme. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "la Corte") ha reconocido que el Estado tiene una situación especial de garante respecto de los derechos de las PPL de la cual se desprende un régimen jurídico diferenciado.²² Acorde con las distinciones y matices que introduce la Corte, en seguida se identifican grupos de derechos que, con motivo de la

¹⁸ CIDH. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Párr. 270 a 274 y 715.

¹⁹ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas...* *supra* nota 6, párr. 608.

²⁰ *Ibidem*, párr. 611.

²¹ ONU. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Artículo 30. "Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

²² Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párr. 152 a 155.

imposición de una sanción penal privativa de la libertad o desde el primer día de reclusión durante el proceso: a) Se conservan; b) Se suspenden o limitan y, c) Se adquieren.

La adscripción de los distintos derechos de las personas penalmente sancionadas de acuerdo con las categorías propuestas no es excluyente, puesto que el mismo derecho, como la libertad de expresión, puede verse restringido en ciertos aspectos, como sería el caso de la utilización de altavoces; en otros, se conserva íntegro, por ejemplo, para publicar un libro.

La jurisprudencia nacional e internacional ha desarrollado criterios de ponderación o de proporcionalidad para los derechos humanos que implican al ámbito penitenciario. De acuerdo con ellos, los jueces de ejecución se encontrarán con muchas situaciones en las que la restricción a un derecho encuentre sustento en la ley, pero la dificultad estará en determinar hasta qué grado. En estos casos, la cuestión no es "de todo o nada", sino de determinar la medida, el grado, la intensidad de la restricción o la extensión del derecho adquirido en cada situación.

La reforma al artículo 22 de la Constitución Política establece que "toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado". La proporcionalidad también constituye un criterio normativo decisivo para determinar el alcance de los derechos que se limitan o se adquieren en reclusión. En este sentido, toda medida penitenciaria se rige por los criterios recogidos por la Corte Interamericana de: 1. Idoneidad y finalidad de la restricción; 2. Necesidad de la medida utilizada y 3. Estricta proporcionalidad de la medida, entendiendo por esta última que el sacrificio exigido por la restricción "no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación".²³

1. Derechos que se conservan con la reclusión o la imposición de la prisión preventiva

a. Vida, integridad personal y prohibición de tratos o penas crueles

La Comisión y la Corte IDH han centrado su atención en la identificación, prueba, análisis y condena de estas violaciones incontestables a los Derechos Humanos. En México ha sido la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales quienes principalmente

²³ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. Párr. 58, 70, 72 y 83.

se han ocupado de ello.²⁴ La protección judicial de estos derechos en reclusión en vía ordinaria es prácticamente inexistente, no solo por lo reciente de la creación de los jueces de ejecución de la pena, sino porque la mayor parte de ellos no tienen competencia expresa para tutelarlos. En cuanto a la protección judicial extraordinaria, el juicio de amparo se ha utilizado recurrentemente para proteger estos derechos, hasta ahora sin efectos generales.

b. Dignidad, respeto al proyecto de vida de las PPL, autonomía de conciencia y prohibición de las marcas o estigmas

La Corte IDH ha sostenido que el Estado debe garantizar a todas las PPL –adultos y jóvenes– "una vida digna con el objeto de fortalecer *su* proyecto de vida, a pesar de su encierro".²⁵ (Énfasis agregado). Este reconocimiento del proyecto de vida de las PPL, coincidente con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el sentido de que nuestro orden jurídico, "al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo",²⁶ reviste suma importancia en cuanto que, por una parte, coloca al proyecto de vida de jóvenes o adultos sancionados o sancionables fuera de cualquier pretensión del Estado de decidir lo que considere mejor para su futuro. Por otro lado, el precedente citado favorece la integración del orden jurídico de origen internacional con los criterios que la SCJN ha establecido respecto al libre desarrollo de la personalidad como el derecho intrínseco propio "de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos...[lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de] escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral [...]".²⁷

Bajo esta perspectiva, la autoridad difícilmente contará con razones objetivas que apelen a la seguridad para imponer, por ejemplo, un determinado tipo corte de cabello a los internos, como tampoco podrán sostenerse normas secundarias que dan lugar a condicionar el otorgamiento de derechos de las PPL a su participación en determinadas actividades, como se muestra en este fragmento de resolución judicial:

²⁴ López Ugalde, José Antonio, *Desempeño de la CNDH en la atención de quejas contra el sistema penitenciario federal*. Programa Atalaya. México, 2012. Disponible en: <www.atalaya.itam.mx> (17 de junio de 2013).

²⁵ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay...*supra* nota 22, párr. 164.

²⁶ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.)...*supra*, nota 15.

²⁷ Tesis LXVI/2009 (9a.). DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, PLENO, México, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165822.

[...] con independencia de que existan suficientes días de trabajo y un buen comportamiento, de las constancias analizadas vemos que no hay regular participación de actividades educativas por parte de NN. NN. [...] razón por la cual fue correcta la determinación de la Juez de Ejecución de negar el beneficio de la remisión parcial de la pena.²⁸

Por una parte, el respeto al proyecto de vida de las PPL impone límites al poder público; deslegitima cualquier valoración o pretensión de modificación coactiva de sus conductas o hábitos cuando estas no conlleven la afectación a terceros o a un interés superior. Por la otra, impone al estado obligaciones prestacionales para que, dentro de lo razonable, les proporcione los medios necesarios para desarrollar su proyecto vital, como se examinará en el apartado relativo a los derechos que adquieren por la condición de reclusión.

El encarcelamiento no implica la pérdida del derecho a ser tratado como sujeto y no como objeto, aun cuando fuere con las mejores intenciones. De la misma forma, la dignidad humana se violenta al aplicarles a las personas internas calificativos propios del *Derecho penal de autor*, como sujeto "peligroso", cuando el calificativo admisible es el de sujeto "responsable". El Derecho penitenciario no puede construirse a partir de asestar a sus titulares el calificativo de seres anómalos. Por el contrario, debe garantizarse su protección a la honra, a la reputación y al nombre propio. La SCJN ha sido contundente al proyectar la actualidad del derecho humano a la prohibición de las "marcas", o formas equiparables de estigmatización y la prohibición de las penas inusitadas:

[...] el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un 'derecho penal de autor', permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito. Esta conclusión se enlaza con la prohibición de penas inusitadas contenida en el

²⁸ TSJDF. Primera Sala Penal. Recurso de apelación Núm. 47/2011, 18 de enero de 2012, p. 25. Resolución por mayoría de votos de los magistrados Eva Verónica de Gyves Zárate y Eduardo Alfonso Guerrero Martínez. Disidente, Jorge Ponce Martínez. Por el contrario, en el voto particular, prevalece el proyecto de vida del interno sobre los programas institucionales:

"La argumentación de la sentencia mayoritaria es errónea porque si el sentenciado cuenta con estudios de la carrera de licenciado en Ciencias Políticas, la afirmación de que este debe 'participar en cursos que ofrece la institución para fortalecer el conocimiento previo' solamente sería válida si en el centro educativo del establecimiento penitenciario donde se encuentra recluso el sentenciado existiera un programa educativo que le permitiera perfeccionar sus conocimientos sobre ciencias políticas, lo cual de ninguna manera se desprende del expediente que nos ocupa" (Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Primera Sala Penal. Toca al recurso de apelación Núm. 47/2011. Voto particular del magistrado Jorge Ponce Martínez. p. 2. 18 de enero de 2012.)

En otro caso, en voto particular, el magistrado revisor negó la libertad invocando un informe respecto de la persona sentenciada "[...] donde se evidencia que no cuenta con actividades deportivas" (Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Primera Sala Penal. Toca al recurso de apelación Núm. 1735/2011. Voto particular del magistrado Voto particular del magistrado Eduardo Alfonso Guerrero Martínez, p. 13. 22 de febrero de 2012).

artículo 22, primer párrafo, constitucional, la cual reafirma la prohibición de que cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad tenga incidencia en la punición.²⁹

c. Igualdad y no discriminación

Si, como lo ha establecido la SCJN, "[...] 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";³⁰ las áreas de privilegios dentro de numerosas prisiones mexicanas³¹ constituyen una negación del Estado de derecho, una afrenta para el resto de los internos que no gozan de las mismas y una desprestigio para las autoridades; sin embargo, conviene advertir que se está frente un problema normativo procesal y no meramente fáctico, por lo que ante una demanda por esta causa, de acuerdo con el artículo 17 constitucional, primer párrafo, corresponde a los jueces subsanar la ausencia de regulación de los remedios procesales aplicables. De lo contrario, se legitimaría a las PPL para hacerse justicia por propia mano.

Por otra parte, tanto en sentido material como jurídico, las y los internos deben recibir el mismo *trato* ante los mismos supuestos de hecho, por lo que se contraviene el principio de igualdad al otorgar *reductivos* de la pena (*beneficios de ley*) a algunos internos con base en consideraciones sobre su personalidad, mientras que se les niegan a otros que han observado el mismo comportamiento. En este sentido, además de que el artículo primero constitucional prohíbe la discriminación basada en cualquier circunstancia que atente contra la dignidad humana –como la de tener una personalidad determinada– es aplicable el principio de igualdad jurídica resaltado en la misma tesis de la SCJN invocada: "que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado." (Paréntesis del original).

Por último, la igualdad implica garantizar en todo momento el respeto a las necesidades específicas de la mujer interna dentro del marco de la equidad de género y, de manera similar, en el caso de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad por razón de su

²⁹ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.)...*supra*, nota 15.

³⁰ Tesis 1a./J. 81/2004, SCJN, IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XX, octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.

³¹ CNDH. Recomendación No. 18, *Sobre la situación de los derechos humanos de los internos en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, 21 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www.cndh.org.mx/node/33>> (17 de junio de 2013). Ahí se registran 110 centros penitenciarios con distintas manifestaciones de autogobierno, invariablemente asociadas a situaciones de privilegio.

salud o edad avanzada; la igualdad implica la realización de las acciones positivas necesarias por parte de la autoridad para que no se agrave su situación con motivo del internamiento.

d. Non bis in idem

La trascendencia de este principio va mucho más allá de la prohibición de ser juzgado dos veces por un mismo delito: comprende la prohibición de tener en cuenta lo que ya fue considerado para afectar la situación jurídica de una persona (*no de dos veces por lo mismo*). En este sentido, salvo que haya razones de seguridad que sean estrictamente idóneas, necesarias y proporcionadas, los derechos de los sentenciados no pueden verse afectados en razón del delito que se les imputa o se les haya acreditado. La *intensidad* de las sanciones privativas de la libertad solo se expresa en la duración de la pena determinada en una sentencia que ha de acatarse sin considerar datos diversos, como la naturaleza del delito, ni otros hechos ya juzgados que impliquen una doble punición la conducta.

e. Legalidad y seguridad jurídica

El Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa ha descalificado los conceptos de peligrosidad criminal y la calificación de riesgo de reincidencia (viabilidad de reinserción social) por su vaguedad y subjetivismo.³² En efecto, la autoridad debe someterse a la ley en la aplicación de sanciones a quienes se determina que la han violado. En este sentido, es de relevancia la resolución de la SCJN por la que, a partir del carácter central de la dignidad de la persona en nuestro régimen constitucional, establece que el Derecho penal "[...] no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos³³" y agrega:

[...] debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término "readaptación" y su sustitución por el de "reinserción", a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que

³² Consejo de Europa. *Reporte al Gobierno de Italia por el Comité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*. Estrasburgo, 20 de abril de 2010. Párr. 160. Disponible en: <<http://www.cpt.coe.int/documents/ita/2010-12-inf-eng.htm>> (17 de junio de 2013).

³³ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.)...*supra*, nota 15.

alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades.³⁴

f. Otros derechos

La aproximación anterior amerita profundizar en el análisis de cada derecho y extenderse a aquellos que se conservan durante la reclusión. Aquí se han listado únicamente algunos, en atención a su particular vulnerabilidad en situación de encierro; habría que agregar los derechos a la privacidad de las comunicaciones, a la libertad contractual, a la libertad sexual y de procreación, así como todos aquellos que, de acuerdo con la regla general, no se suspenden por la reclusión, a no ser que ello se desprenda del título de la misma o constituya su inevitable y proporcional consecuencia, como se desarrolla en seguida.

2. Derechos que suspenden o limitan con motivo de la imposición de la pena o de la reclusión durante el proceso

En este grupo quedan comprendidos desde luego los derechos a los que directamente se refiere la resolución judicial que constituye el título de la ejecución, como pueden ser distintos aspectos de la libertad ambulatoria, en el caso de la pena de prisión o de la prisión preventiva, o cualquier otro derecho afectado expresamente por la sentencia, como la pérdida de la patria potestad, la pérdida de derechos hereditarios o la suspensión para ejercer una actividad específica por un plazo determinado, en el caso de penas no privativas de la libertad.

También se comprenden derechos que son necesariamente restringidos por la especial situación de los lugares de detención, aun cuando el título que justifica la prisión no lo establezca expresamente. Entre estos derechos están algunos aspectos de la libertad de reunión y de expresión, así como de la libertad de asociación. El primer caso es ilustrativo en cuanto a que la libertad de las PPL de reunirse con su pareja, familiares o amigos se ve naturalmente limitada durante su reclusión; sin embargo, lejos de poder suprimirse, su ejercicio limitado debe garantizarse.

Igualmente, la inviolabilidad del domicilio adquiere una dimensión restringida en prisión en relación con la vida en libertad. El Tribunal Constitucional de España proporcionó un ejemplo

³⁴ *Idem.*

al respecto cuando estableció que, si bien la autoridad penitenciaria tiene derecho a revisar la celda de un interno (equiparable al domicilio), debe hacerlo en su presencia.³⁵

Los siguientes derechos también admitirán algunas restricciones que ameritan un análisis profundo: el derecho a la información y a la transparencia, el interés superior del niño o niña (en relación con sus padres en reclusión) y la prohibición de la trascendencia de las penas hacia terceras personas.

Además de los criterios ya expuestos en materia de proporcionalidad, toda medida restrictiva debe responder a fines legítimos constitucionalmente admisibles. Este criterio se refiere a que las limitaciones deben responder a los propósitos establecidos en los tratados internacionales y en la propia Constitución de acuerdo con el objeto y fin de los primeros³⁶ y de la finalidad constitucional.

3. Derechos que se adquieren con la imposición de la sanción penal o del proceso en reclusión

a. Ejecución plena

El sexto párrafo del artículo 17 constitucional dispone que: "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". Ello no significa la prohibición de reductivos legalmente establecidos,³⁷ sino de prebendas para algunas personas o agravamiento de las condiciones de internamiento para otras.

Este mandato implica, entre otras cosas, que las condiciones de seguridad no deben traducirse en una agravación de la intensidad de las sanciones en prisión, puesto que rebasaría lo establecido en la sentencia como el título jurídico que justifica la imposición de toda pena o medida, lo cual se vincula con la facultad exclusiva de los jueces para imponer y modificar las

³⁵ Véase el análisis del caso en el ensayo de Juanatey, Carmen, *Sobre los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario*. Disponible en: <www.miguelsarre.com> (17 de junio de 2013).

³⁶ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 18.

³⁷ El límite constitucional para los reductivos de la pena de prisión no se desprende de este precepto, sino del artículo 20, apartado A, inciso I de la Constitución que establece como fin del proceso evitar la impunidad, en relación con el artículo 21 constitucional, tercer párrafo, que admite la modificación de la pena y (de) su duración de la pena. De una interpretación sistémica de ambos preceptos se concluye la constitucionalidad de las leyes que permiten la modificación de la naturaleza o duración de las penas, siempre y cuando esta modificación no sea sustancial.

penas (y, con mayor razón, la prisión preventiva), así como el derecho a la proporcionalidad de las penas incorporado en el artículo 22 constitucional, que se vulnera al afectar la penalidad con base en hechos distintos a los que dieron lugar a su imposición. Las condiciones de seguridad que se justifiquen sobre una persona no pueden traducirse en la modificación sustancial de la naturaleza de la pena. Podrán, cuando la prudencia lo aconseje, elevarse los muros de la prisión, pero no colocarse grilletes a las PPL.

Por otra parte, el Estado no puede invocar razones económicas para dejar de cumplir plenamente con la pena, en condiciones dignas y seguras. La Corte IDH ha sido contundente al señalar que:

En lo que se refiere a personas privadas de la libertad el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. En tal sentido, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.³⁸

Dado que el sistema penitenciario es parte del sistema de justicia penal, le son aplicables las exigencias constitucionales en la materia, de suerte que las entidades federativas requieren satisfacer sus exigencias como elemento sustancial de su existencia política. Conforme a una interpretación sistemática del artículo 73, fracción III, constitucional, sostener que no se cuenta con recursos para mantener las prisiones sería tan grave como afirmar lo propio de la función judicial misma o de la tarea legislativa. Cualquiera de estos casos ameritaría una degradación de un Estado libre a un territorio administrado por la Federación.

Cuando la sanción es privativa de la libertad, la persona sancionada adquiere derechos que corresponden a *actividades prestacionales* por parte del Estado, cuyo contenido es muy similar al de los *derechos sociales* con la diferencia de que, fuera de los reclusorios, esos derechos son de satisfacción progresiva mientras que, en reclusión, los mismos se vuelven exigibles, asimilándose en su naturaleza a los derechos civiles, en tanto no están sujetos a las disponi-

³⁸ Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 85 y *Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226. párr. 42.

bilidades del Estado (por ejemplo, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, que no se puede limitar alegando falta de presupuesto). Esto es así porque, de lo contrario, la pena de prisión se vería agravada al privarse a los internos de satisfactores básicos para preservar su dignidad, como se examina al referirnos a los derechos implícitos.

Los derechos explícitamente establecidos en el artículo 18 constitucional (como derechos y no como *instrumentos de normalización*) a los que nos hemos referido son: educación, trabajo, capacitación para el trabajo, protección a la salud y deporte, pero, por supuesto, hay otros derechos implícitos, como a la alimentación, al agua potable y a contar con instalaciones dignas. En efecto, no tendría sentido reconocer el derecho a oportunidades laborales en reclusión si el interno no estuviese bien alimentado.

La doctrina de la ONU relativa al contenido y alcance de los derechos sociales³⁹ constituye un referente obligado en la aplicación de los criterios de proporcionalidad para determinar su alcance en reclusión respecto a los bienes, suministros y servicios que deben prestarse, además de la funcionalidad de las instalaciones y mobiliario de los centros de detención. De acuerdo con esta doctrina, los derechos sociales se rigen por cuatro características que, con mayor razón, son exigibles para las personas privadas de la libertad:

- a) Disponibilidad.
- b) Accesibilidad, que comprende la no discriminación en el acceso de los satisfactores mencionados.
- c) Aceptabilidad o calidad.
- d) Adaptabilidad, lo que implica la adecuación a las necesidades específicas de las distintas PPL, por ejemplo, indígenas.

Si bien existe un consenso en la obligación de los Estados de suministrar los bienes básicos ya apuntados y otros, tales como artículos de limpieza personal, ropa de cama, biblioteca, lugares de depósito para sus objetos personales, hay voces que postulan la obligación de las PPL de cubrir los costos de su manutención. Ello no contraviene los derechos humanos mientras constituya un trabajo digno y no sea una forma de agravar la pena legalmente impuesta; sin embargo, antes habrá que garantizar el derecho al trabajo dentro de reclusión, el cual es uno de los reclamos más generalizados por parte de las PPL.

³⁹ Comité DESC, E/C.12/1999/10, (CESCR 1999). Párr. 6.

b. Seguridad personal. Calidad de garante de la autoridad

La CIDH ha reconocido que "las personas privadas de libertad, [...] mientras dure el periodo de su detención o prisión están sujetas al control efectivo del Estado".⁴⁰ En el mismo sentido, la Corte IDH resolvió:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.⁴¹

De lo anterior se desprenden consecuencias jurídicas importantes para las autoridades que ejercen este control y que, incluso, pueden tener efectos penales ante conductas omisivas por parte de las autoridades penitenciarias.

c. Derecho a no ser objeto de traslados arbitrarios

El artículo 18 constitucional establece que, "los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio [...]". Si bien este precepto admite excepciones en materia de delincuencia organizada y respecto de internos que requieran medidas especiales de seguridad, es indudable que existe un derecho humano a no ser objeto de traslados que contraríen el sentido de esta norma. Así lo resolvió el Pleno de la SCJN, que además estableció que este tipo de decisiones corresponden a la esfera penal y no administrativa, como se venían tratando. El caso es relevante porque, como en raras ocasiones hasta el momento, el Pleno de la SCJN se ocupa de discutir cuestiones que afectan la vida cotidiana de las PPL, como es el lugar donde habrán de cumplir su pena; también lo es porque el Poder Judicial, al resolver los efectos del amparo que concedió, ordenó el regreso de las PPL al centro cercano a su domicilio, sometiendo a la autoridad administrativa al criterio constitucional-penitenciario de la SCJN.⁴²

⁴⁰ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas...* *supra* nota 6, párr. 48, puntos 3 y 4.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párrs. 60 y 75; *Caso Vera Vera y Otra vs. Ecuador*. *supra* nota 38, párr. 42; *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 198 y, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 134.

⁴² Amparo en revisión 151/2011, promovido por un grupo de PPL, contra actos del Comisionado del Órgano Administrativo Desconcentrado, Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública

Los traslados arbitrarios, especialmente cuando se utilizan como una forma de agravamiento de la sanción, pueden llegar a constituir tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En el Informe citado de la CIDH se presenta un caso evidente de este tipo de arbitrariedad:

Durante su reciente visita a la Provincia de Buenos Aires, el Relator de Personas Privadas de Libertad constató que las autoridades penitenciarias tenían la práctica de realizar traslados sucesivos e indiscriminados de reclusos como forma de control interno de los penales o como medida disciplinaria –práctica conocida como *la calesita*–, con la agravante de que durante el traslado muchas veces se sometía a los internos a distintas formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes. De hecho, uno de los internos entrevistados durante la visita manifestó haber recorrido en seis años más de 40 (de las 54) Unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense.⁴³

V. Debido proceso instrumental de las PPL⁴⁴

Comprende el conjunto de órganos y procedimientos para preservar, satisfacer o limitar válidamente los derechos sustantivos durante o con motivo de la privación de la libertad. Cabe advertir que los señalamientos estructurales de contenido procesal por parte de la Comisión y de la Corte son prácticamente inexistentes en contraste con sus numerosos pronunciamientos y resoluciones sobre cuestiones sustantivas. La intervención de la SCJN en la protección de derechos instrumentales en esta materia ha sido muy reciente.

1. Garantías orgánicas

a. Acceso a la jurisdicción, tutela jurisdiccional y juez natural

La modificación de las penas en su naturaleza y duración es propia de la autoridad judicial, lo que exige que los jueces especializados en la materia diriman las controversias que se susci-

Federal y otras autoridades, consistentes en el traslado del Centro Regional de Readaptación Social Varonil de Cieneguillas, Zacatecas, al Centro Federal de Readaptación Social número Cinco Oriente, en Veracruz. 10 y 12 de enero de 2012. (no ha sido publicado).

⁴³ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*. . . *supra* nota 6, párr. 490.

⁴⁴ En la redacción de este apartado fueron invaluables las contribuciones pioneras de Bovino, Alberto en *Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos*, Buenos Aires, 25 de febrero 1999. Disponible en: <<http://www.execucaopenal.com.br/ControlJudicial.pdf>> (17 de junio de 2013), así como el Informe No. 13 (2010) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, *sobre El papel de los jueces en la ejecución de las resoluciones judiciales*" Estrasburgo, 19 de noviembre de 2010. Disponible en: <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1796017>> (17 de junio de 2013).

ten entre los internos y las autoridades penitenciarias, tanto respecto de la situación jurídica del interno como de las condiciones de vida digna en reclusión y aspectos relacionados, como son los traslados de un centro a otro. En este sentido, deviene aplicable en el ámbito de la ejecución penal, la jurisprudencia que define el derecho a la tutela jurisdiccional 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.⁴⁵

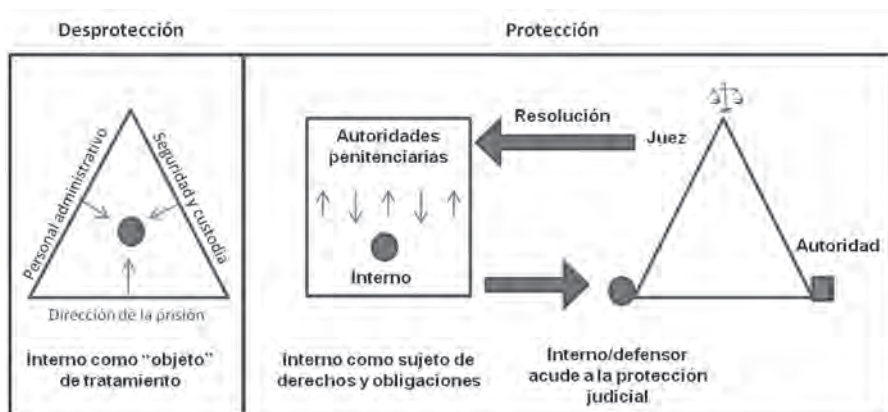
De acuerdo con el dictamen de la Cámara de Diputados respecto a la reforma constitucional de 2008, con la introducción de la jurisdicción penitenciaria, el Estado mexicano se propone "limitar la facultad del Ejecutivo únicamente a la administración de las prisiones y otorgar la facultad de ejecutar lo juzgado al Poder Judicial [...] en aras de que la totalidad de las facetas que componen el procedimiento penal queden bajo el control jurisdiccional".⁴⁶

Las autoridades penitenciarias son auxiliares de las jurisdiccionales, por lo que, de ninguna manera, los jueces de ejecución pueden ser vistos como *extraños* en el ámbito de ejecución penal, sino como la última autoridad en dicho ámbito; son responsables de cumplir y hacer cumplir la ley en este último tramo del sistema de justicia penal. La reforma referida responsabiliza a los tribunales respecto a la ejecución penal, por lo cual los jueces en la materia deben contar con todas las herramientas legales necesarias –incluyendo las medidas cautelares y medios de apremio– para responder al reclamo de internos en el sentido en el caso de que la pena que se les impuso de manera legal no corresponda a la que efectivamente se ven obligados a cumplir.

El siguiente esquema representa el paso de la situación de desprotección propia de la ideología correccional a la de la protección judicial bajo un debido proceso:

⁴⁵ Tesis: 1a./J. 42/2007, GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXV, abril de 2007, p. 124. Reg. IUS. 172759.

⁴⁶ H. Cámara de Diputados. *Dictamen con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal*, 12 de diciembre de 2007, p. 30. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3158/8.pdf>> (17 de junio de 2013).



El control jurisdiccional en la ejecución material de la pena implica también garantizar el cumplimiento de las determinaciones jurisdiccionales respecto a las condiciones materiales, aun en los casos en que ello implique erogaciones presupuestales. El Gobierno Federal, el del Distrito Federal y el de cada Estado están obligados a su sostenimiento y garantía de condiciones de vida digna y segura como parte de su responsabilidad de impartir justicia. Estamos ante un derecho humano exigible en la vía ordinaria, como se muestra en el esquema, o bien mediante el juicio de amparo, por violación al derecho a la plena ejecución de las resoluciones judiciales establecido en el artículo 17 constitucional.

La jurisdiccionalidad en cuanto a la situación jurídica del interno comprende no solo que el juez de ejecución diga la última palabra respecto a la liberación del interno y de cuestiones como los traslados a otros centros o la ubicación en su interior, sino que los elementos para decidir en cada caso no obedezcan a valoraciones proporcionadas unilateralmente por las autoridades penitenciarias, sino a elementos que puedan ser objeto de verificación o refutación dentro de una controversia judicial (materialidad) y sean congruentes con el Derecho penal del acto, por lo que deberán referirse a hechos que provoquen algún daño, realizados con conocimiento y voluntad (lesividad y culpabilidad por el hecho). De ahí que los jueces de ejecución deban desechar *in limine litis* las calificaciones que haga la autoridad administrativa sobre la PPL por aspectos tales como *control de impulsos*, *tolerancia a la frustración*, *egocentrismo* u otros similares y, con mayor razón, toda predicción respecto de su comportamiento futuro.

Las leyes ordinarias pueden dotar de competencia a las autoridades administrativas para resolver sobre los reductivos de la pena de prisión, siempre y cuando se ajusten a los principios antes señalados y sus decisiones sean impugnables por la vía judicial. En efecto, el enorme trabajo que tiene *atrapados* a los actuales jueces de ejecución para resolver sobre los "beneficios de ley" se desvanecería si, en atención a los principios de *eficiencia* previsto en la

fracción III del artículo 109 constitucional e *in favor rei*, se invierte la carga de la prueba respecto de la procedencia de los reductivos, de manera todas las personas sentenciadas gozarán de los mismos, salvo que la autoridad haga valer ante la autoridad una causa justificada para negarlos.⁴⁷ Adicionalmente, en aplicación al principio de lealtad,⁴⁸ establecido en el mismo precepto constitucional, la autoridad no podrá aducir dichas causas cuando esté acreditado que se agravaron las condiciones de la detención debido a que el centro de detención no ofrece condiciones de vida digna y segura en reclusión o la PPL ha sido trasladada a un centro de detención distante de su domicilio familiar. De esta forma los litigios con motivo de los reductivos de la pena serían muy escasos, lo que permitiría a la autoridad jurisdiccional atender controversias con mucho fondo constitucional, relacionadas con las condiciones de reclusión, así como el alcance y restricción de los derechos durante la misma.

b. Separación de poderes

La división de poderes se debe manifestar en la interacción de las autoridades respecto de la vida en reclusión de la misma forma como ocurre en el proceso penal acusatorio. Si en este las funciones de acusar y juzgar no deben confundirse en una sola persona, en el sistema penitenciario, el juez tampoco debe iniciar procedimientos penitenciarios a partir de sus propias inspecciones, ni la autoridad administrativa debe suplantar la función jurisdiccional colocándose por encima del órgano al que debe auxiliar.

El poder revisor de la Constitución reforzó el lenguaje para darle más fuerza amplitud al artículo 21 que disponía: "La imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial". Ahora, a partir de 2008, establece que "La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial". Esto implica que las autoridades judiciales deben adoptar las decisiones correspondientes no solo de manera formal sino material; es decir, deben resolver sin someterse a la información que le suministre la autoridad penitenciaria, de la misma manera en que el juez del proceso no se atiene a la información que le proporciona el MP para resolver. En ambos casos rige el principio de contradicción.

c. Intervención del MP

Si bien el MP no es parte en las relaciones procesales penitenciarias propiamente dichas (aunque desde luego lo hace ante el juez de ejecución por lo que toca a la reparación del

⁴⁷ Considerando la *inflación punitiva* en México, la reducción de las penas por esta vía no se traduciría en impunidad y sí, en cambio, daría herramientas a las autoridades penitenciarias para favorecer la civilidad en los centros a su cargo, lo que permanece como única fuente de legitimidad de los reductivos de la pena.

⁴⁸ La reciprocidad es la expresión mínima de lealtad exigible.

daño), es importante mantener las atribuciones que la legislación procesal penal federal le ha otorgado en materia de ejecución de penas a efecto de garantizar la legalidad en los centros de detención y hacer valer las responsabilidades que correspondan para evitar la impunidad⁴⁹. Para ello debieran realizar visitas a centros y allegarse de la información que arrojen las recomendaciones e informes de las comisiones públicas de derechos humanos, así como de las propias sentencias de los jueces de ejecución. Esto es particularmente importante cuando la PPL tenga un conflicto directo con la administración por situaciones de abuso de poder o de corrupción, donde enfrenta el riesgo de represalias, cuya mera posibilidad puede inhibirlo o intimidarlo para ejercer sus derechos.

d. Defensa pública penitenciaria.

De la misma manera en que la defensa pública es indispensable para darle efectividad al derecho a la defensa durante el proceso penal ordinario, el sistema de justicia penitenciario requiere de una defensa pública especializada que patrocine a las PPL en las controversias que surgen con motivo de la ejecución.

2. Garantías procesales

a. Presunción de inocencia

Una vez incorporado de manera explícita en el artículo 20 constitucional, este principio se proyecta sobre el régimen de ejecución penal. Obviamente esta presunción no se refiere al delito ya imputado o juzgado, sino a delitos distintos donde la presunción de la inocencia que no ha sido *derrotada* o desafiada mediante un proceso penal. Si dejamos de lado el *trato*, el que deben recibir las PPL procesadas o sentenciadas solo se puede modificar en razón de circunstancias que obedezcan a su conducta y situación jurídica.

Cuando el artículo 18 de la Constitución establece los medios para que el sentenciado "no vuelva a delinquir", no puede asumirse que lo hará nuevamente y, por tanto, los servicios

⁴⁹ Art. 529. [...] Será deber del Ministerio Público practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas; y lo hará así, ya gestionando acerca de las autoridades administrativas lo que proceda, o ya exigiendo ante los tribunales la represión de todos los abusos que aquéllas o sus subalternos cometan, cuando se aparten de lo prevenido en las sentencias, en pro o en contra de los individuos que sean objeto de ellas. Art. 530. El Ministerio Público cumplirá con el deber que le impone el artículo anterior siempre que, por queja del interesado o de cualquiera otra manera, llegue a su noticia que la autoridad encargada de la ejecución de la sentencia se aparta de lo ordenado en ella. Los Agentes del Ministerio Público, para hacer sus gestiones en tales casos ante la autoridad administrativa o ante los tribunales, recabarán previamente instrucciones expresas y escritas del Procurador General de la República.

deberán prestársele bajo el supuesto de que no se presume que vaya a cometer nuevos delitos, como quien *padece* una enfermiza tendencia delictiva que haya que revertir o inocular.

Desvanecer el principio de presunción de inocencia respecto a delitos futuros e inciertos por la existencia de un antecedente penal, es además violatorio de la prohibición de las marcas prevista en el artículo 22 constitucional, ya por el hecho de que la persona cometió un delito con anterioridad se le etiqueta como presunta culpable de un nuevo delito que puede no haber imaginado siquiera. Asimismo, se afecta el derecho a la integridad del recluso al forzarle a recibir *tratamientos* sin su *consentimiento informado*.

Por último, se contradice al principio *non bis in idem* (artículo 23 constitucional), puesto que se estaría sancionando a la persona con la pena impuesta por el delito cometido y, además, por considerarla como presunta culpable de un delito no cometido, en demérito de su honra.

Al descalificar la pena-tratamiento, la Suprema Corte ha establecido:

Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad "peligrosa" o "conflictiva" fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley.⁵⁰

Desde luego que el derecho a la presunción de inocencia se aplica también ante cualquier falta administrativa que se atribuya al recluso o respecto a la infracción a obligaciones que le hubiesen sido impuestas como pena no privativa de la libertad.

b. Derecho de petición

Este derecho y su expresión procesal, el derecho de acción, son particularmente significativos durante la reclusión, por lo que deberán ser garantizados de modo pleno ya que contri-

⁵⁰ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.)...*supra*, nota 15.

buyen a hacer efectivos distintos derechos, en especial el derecho de acceso a la jurisdicción penitenciaria.

*c. Derecho de acción y defensa bajo un sistema oral acusatorio
regido por los principios constitucionales en la materia*

El sistema de justicia penitenciario se desarrolla en forma paralela al sistema de justicia penal y participa de las mismas características, sin embargo, a diferencia del proceso penal donde el Ministerio Público es quien promueve, en el ámbito de la ejecución, la PPL es quien ejerce las acciones procesales correspondientes en contra de la administración penitenciaria.

d. Publicidad

El efecto penitenciario del principio de publicidad procesal en materia penal, reforzado por virtud de la introducción del sistema oral acusatorio, es el escrutinio público en la ejecución penal. En efecto, no tendría sentido garantizar la transparencia en la impartición de justicia si la ejecución penal es inescrutable por la sociedad. La publicidad penitenciaria se observa tanto mediante la celebración de las audiencias abiertas al público, donde se ventilan los hechos ocurridos en prisión, como por la presencia física de miembros de la comunidad como observadores en el interior de las prisiones. Las medidas que al efecto se adopten no deben invalidar la posibilidad de observar el modo como se cumplen las penas por parte de personas de la comunidad. Las facultades de los organismos públicos de protección a los derechos humanos no sustituyen al escrutinio público.

e. Derecho a la legalidad procesal en materia penitenciaria

En el anverso de la garantía orgánica del acceso a la jurisdicción y la tutela jurisdiccional se encuentra la regulación de procedimientos específicos para hacer valer los derechos relacionados con la ejecución. Ambos se condicionan recíprocamente. Sería iluso resolver una controversia civil o familiar de cualquier tipo si no estuviese regulado el procedimiento respectivo. De igual manera, es indispensable ofrecer un cauce procesal para los conflictos que surjan en la ejecución penal. Entre estos procedimientos orales y adversariales están los siguientes:⁵¹

- Para la tutela de los derechos de las PPL respecto, al menos, de:

⁵¹ Véase una regulación de estos aspectos procesales en el *Proyecto de Dictamen de la Ley General para la Protección de los Derechos Humanos en la Ejecución de Sanciones y Medidas Penales*, abril de 2012. Disponible en: <www.miguel sarre.com> (17 de junio de 2013).

- i. Su derecho a condiciones penitenciarias dignas y seguras (puede preverse un recurso administrativo previo);
 - ii. La impugnación de sanciones administrativas impuestas a las personas internas por la dirección del centro;
 - iii. Sus derechos en materia de traslados;
 - iv. Sobre los la negativa de la autoridad para otorgar reductivos de la pena (la autoridad habría de otorgar constancias anuales).
 - v. La reparación del daño al interno por violaciones a sus condiciones en internamiento;
 - vi. La ilegalidad de disposiciones penitenciarias de carácter general diversas a los reglamentos en la materia, o la aplicación de normas reglamentarias o legales contrarias a la Constitución, cuando sean autoaplicativas o cuando el interesado las controvierta con motivo de su aplicación.
- De protección de los derechos de observadores y visitantes, así como de los relacionados con entrevistas a defensores.
 - Sobre las consecuencias jurídicas de la pena respecto de las personas condenadas, incluyendo la reparación del daño a favor de la víctima del delito.
 - Respecto del personal penitenciario y sus derechos, facultades y obligaciones frente a la administración penitenciaria y las PPL.
 - Sobre la ejecución de las resoluciones de los jueces de ejecución (con implicaciones administrativas, económicas y/o de responsabilidad).

En la sustanciación de los procedimientos anteriores las partes tendrían igualdad procesal, con facultades para ofrecer y participar en el desahogo de medios de prueba y de recurrir las determinaciones que les afecten.

Independientemente de ello, el MP debe promover los procedimientos de responsabilidad administrativa y penal de los servidores públicos penitenciarios, cuando sea el caso.

f. *Derechos de legitimación activa de sujetos distintos a la PPL*

El derecho penitenciario presenta relaciones procesales distintas a la que se observan ordinariamente entre el juez de ejecución y las partes constituidas por el interno y su defensor, por un lado, y la administración penitenciaria, por el otro, además de los visitantes de distinto tipo y los abogados defensores, quienes son titulares de derechos propios en relación con los centros de reclusión, distintos de los derechos de las PPL. En algunos casos, estas violaciones pueden afectar tanto a la PPL como al visitante, como cuando se le niega el acceso a este último.

VI. Corolario

El DIDH y el Derecho interno, conjugados de acuerdo con el principio *pro persona*, aportan elementos para diseñar estructuras jurídicas que disminuyan la vulnerabilidad de las PPL. Pretender esta protección sin un debido proceso para la ejecución de toda pena o medida privativa de la libertad sería tan ingenuo como esperar que se respeten los derechos de la víctima y del imputado fuera de un proceso penal con ciertas características básicas, como la igualdad entre las partes, la independencia judicial, la contradicción o la publicidad. Los organismos internacionales y nacionales de protección a los derechos humanos han condenado las reiteradas manifestaciones de abuso y abandono en perjuicio de las PPL pero no han insistido lo suficiente en la necesidad de modificar el diseño de los órganos y de los procedimientos necesarios para hacer cesar la violación sistemática a sus derechos.

Las exigencias del debido proceso, es decir, de establecer jueces de ejecución con atribuciones plenas; de la creación de agentes del Ministerio Público que pongan su peso institucional al servicio de la legalidad en reclusión; de defensores públicos accesibles para las cuestiones penitenciarias, así como de el acceso a procedimientos judiciales efectivos para garantizar condiciones de vida digna y segura en reclusión, se han detenido ante la idea de "un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto [o pretender] corregir al individuo 'peligroso' o 'patológico' bajo el argumento de que ello redundará en su beneficio".⁵²

Con el abandono del sistema del *tratamiento técnico, progresivo e individualizado*, característico del modelo correccional, los jueces de ejecución podrán asumir plenamente su jurisdic-

⁵² Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.)...*supra*, nota 15.

ción para que las diversas controversias entre las PPL –procesadas y sentenciadas– y la administración penitenciaria, sean encausadas jurídicamente.

Se abre asimismo la posibilidad de darle efectos generales a las sentencias en la materia, lo que puede ocasionar que estas sean escasas en número, pero de hondo calado. La transformación del sistema penitenciario se favorecerá en la medida en que los jueces ordinarios interpreten las normas secundarias de conformidad con la Constitución Federal y, en el caso en que las mismas se opongan a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, las desapliquen.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- TESIS 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XV, diciembre de 2012, tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.
- Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, libro II, noviembre de 2011, tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.
- Tesis LXVI/2009 (9a.). DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, PLENO, México, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Reg. IUS. 165822.
- Tesis 1a./J. 81/2004, SCJN, IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XX, octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.
- Tesis 1a./J. 81/2004, SCJN, IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XX, octubre de 2004, p. 99. Reg. IUS. 180345.
- Tesis: 1a./J. 42/2007, GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, tomo XXV, abril de 2007, p. 124. Reg. IUS. 172759.
- TSJDF. Primera Sala Penal. Recurso de apelación Núm. 47/2011, 18 de enero de 2012.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Vera Vera y otros Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226.
- Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.
- CortelDH. *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- CortelDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, 31 de diciembre de 2011.
- CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Resolución 1/08.
- ECOSOC. "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos". Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva

Luis ARRIAGA VALENZUELA
Simón Alejandro HERNÁNDEZ LEÓN

La justicia, la igualdad del mérito, el trato respetuoso
del hombre, la igualdad plena de derechos, eso es la
revolución.

José Martí

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El juez de control en el proceso penal.* III. *Auto de vinculación a proceso.* IV. *Prisión preventiva.* V. *El artículo 19 constitucional y los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales.* VI. *El principio de proporcionalidad como criterio judicial de determinación de derechos.* VII. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Auto de vinculación a proceso; prisión preventiva; reforma de justicia penal; sistema acusatorio, adversarial y oral; presunción de inocencia; principio de proporcionalidad; jueces de control o de garantías; principio de proporcionalidad; principio *pro persona*.

I. Introducción

Para exponer el alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") y la manera en que éstas revolucionan el control jurisdiccional en el auto de vinculación a proceso y en la prisión preventiva, es preciso contextualizar la reforma constitucional de 2008 en materia penal. Como es sabido, en ella se estableció un nuevo sistema de justicia penal de carácter acusatorio, adversarial y oral que está llamado a representar una transformación en la manera de impartir justicia en el país.

En el presente artículo, proponemos desarrollar los nuevos paradigmas inmersos en el auto de vinculación a proceso y en la prisión preventiva. El artículo 19 constitucional introduce, mediante ambas figuras jurídico-procesales, cambios profundos respecto al sistema mixto que prevaleció por décadas. Al mismo tiempo, modifica sustancialmente el quehacer jurisdiccional dotándolo de una centralidad específica fundada en un papel proactivo de los jueces.

La arquitectura constitucional que establece el sistema de justicia penal se ve complementada por las recientes reformas en materia de derechos humanos. La modificación al artículo 1o. de la Constitución implica la elevación a rango constitucional de los tratados internacio-

nales en la materia, confirmando así, el carácter preferente de los derechos fundamentales en el orden jurídico mexicano y la intención de dotarlos de plena eficacia mediante el desarrollo constitucional de un principio material o de garantía.

La validación explícita de las normas, las fuentes y los principios de derechos humanos como parámetros de control de constitucionalidad, sin ser dispositivos desarrollados en el texto constitucional, pero que son elementos que lo integran por el acto soberano estatal de reconocimiento en la propia Constitución de los instrumentos del *corpus iuris* de derechos humanos, ha sido definido como *bloque de constitucionalidad*.¹

Por otra parte, el marco constitucional impone obligaciones directas a los órganos jurisdiccionales al disponer la forma en que debe hacerse la interpretación de los derechos fundamentales: *conforme* a la Constitución y a los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas. Este principio hermenéutico ha sido definido como principio *pro personae*.²

Estas obligaciones constituyen criterios de interpretación y aplicación de los derechos humanos que buscan maximizar el umbral de protección a las personas. A la luz del principio *pro personae* (también llamado *pro homine*) el derecho –y las determinaciones judiciales– deben interpretar y aplicar las normas de forma tal que resulten más favorables al justiciable o, menos lesivas en los casos de restricciones de derechos fundamentales.³

De forma reciente y siguiendo una línea jurisprudencial que incorpora esta línea de interpretación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha establecido que todos los jueces del Estado mexicano se encuentran obligados a realizar un efectivo control de constitucionalidad-convencionalidad. Esto significa realizar

¹ Rodrigo Uprimny establece al menos tres acepciones sobre el bloque de constitucionalidad: 1) las normas de jerarquía constitucional; 2) las normas que operan como parámetro de constitucionalidad de leyes, y 3) las normas constitucionalmente relevantes para la resolución de casos concretos. Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal" en: *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, volumen 1*. Colombia, OACNUDH, 2002.

² Para José Luis Caballero Ochoa, estos parámetros "constituyen análisis sustantivo de constitucionalidad" en cada caso sometido a deliberación e interpretación de derechos, Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución", en Carbonell, Miguel (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, Porrúa/IJ-UNAM, 2012.

³ Este principio es: "el criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria." Pinto, Monica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

una interpretación *conforme* a los más altos estándares de derechos humanos contenidos en la norma suprema y los tratados internacionales (en sentido amplio y estricto), o en su defecto, dejar de aplicar aquellas normas del orden normativo mexicano que contravengan las disposiciones constitucionales o aquellas derivadas de los convenios y pactos en materia de derechos humanos.⁴

Las pautas hermenéuticas que desarrolla la SCJN se desprenden de las condenas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") contra el Estado mexicano en los casos Radilla Pacheco;⁵ Inés Fernández;⁶ Valentina Rosendo;⁷ y Cabrera y Montiel.⁸ Esta línea jurisprudencial confirma que todos los órganos jurisdiccionales deben realizar un control *efectivo* de convencionalidad en concordancia con el deber de garantía a los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") que vela porque las disposiciones de derecho interno no afecten la aplicación del mencionado instrumento internacional.⁹

De esta manera, la actuación de las y los jueces orientada por el *garantismo* tiende a consolidar, bajo estas pautas de interpretación y operación, un verdadero Estado democrático y de Derecho en el que los derechos humanos operan como el límite de la acción estatal.¹⁰

⁴ Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Reg. IUS. 160526; Tesis: P. LXIX/2011 (9a.), PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Reg. IUS. 160525; Tesis: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Reg. IUS. 160589. Asimismo la Primera Sala ha confirmado estos criterios en jurisprudencia. Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.

⁵ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr.237.

⁷ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 220.

⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

⁹ En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte Interamericana estableció por vez primera la obligación de los jueces nacionales de los estados parte de la CADH de aplicar un efectivo control de convencionalidad sobre las normas jurídicas internas que apliquen en los casos concretos. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

¹⁰ "El fundamento político o externo del moderno estado de derecho está en efecto en su función de garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas". Para Ferrajoli, éste sería el fundamento extrajurídico de legitimación del orden estatal.

Consecuentemente, la función jurisdiccional se convierte en el campo de determinación de la acción del Estado mediante la realización, en todos los casos sometidos a su jurisdicción, de un control efectivo e integral de constitucionalidad. Nuestra hipótesis afirma que el rol de las y los juzgadores adquiere un valor superlativo en la delimitación de derechos fundamentales dentro del proceso penal y en el control del poder punitivo del Estado, mediante la vigencia del principio de proporcionalidad en cada determinación sometida a su jurisdicción.

Asimismo, se busca contrastar el desarrollo normativo y jurisprudencial de estas figuras respecto a los estándares internacionales que permitirá evidenciar fortalezas y debilidades en la implementación del sistema acusatorio y ubicar su realidad específica, el nivel de avance y los retos a enfrentar en la construcción de un nuevo sistema de justicia social y de un Estado Democrático y de Derecho.

II. El juez de control en el proceso penal

Para entender las disposiciones contenidas en el artículo 19 constitucional, es preciso abundar en las facultades y obligaciones que adquieren las y los juzgadores en el nuevo sistema penal y la centralidad que su función reviste, no sólo en el juicio oral, sino en las fases previas al mismo. Para ello, repasaremos la función esencial del juzgador.

¿Qué es un juez? Una proposición clásica afirma que es aquel quien dice qué es el derecho. No lo crea, sino lo aplica e interpreta como expresión concreta de su potestad jurisdiccional. Sin embargo, esta proposición es limitada. Las y los jueces tienen un papel fundamental en una democracia constitucional: les corresponde en última instancia no sólo decir qué es el derecho, sino garantizarlo, hacer efectivo el ordenamiento constitucional y constituirse como el límite de la actividad estatal.

Gustavo Zagrebelsky afirma que "la verdadera democracia es la democracia de los jueces".¹¹ Tal afirmación nos parece exacta en la dimensión que tienen sobre el control del poder. Una verdadera democracia requiere de un papel proactivo en el campo judicial, teniendo como fin último de su existencia los derechos fundamentales.¹² La inversión axiológica es notable:

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría General del garantismo penal*, título original: *Diritto e ragione*, trad., Andrés Ibáñez, Perfecto (et al). Valladolid, Trotta, 1995, p. 857.

¹¹ Citado por Santiago, Alfonso, "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", *Dikaion*, Colombia, volumen 22, núm. 17, Universidad de la Sabana, p. 141.

¹² La capacidad para alcanzar la verdad, el papel de garantía de los derechos fundamentales y el garantismo son para Ferrajoli las fuentes de legitimidad de la actividad jurisdiccional. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. México, INACIPE, 2012.

la función judicial opera para contener el ejercicio arbitrario del poder político y toda tentación de socavar el Estado de Derecho. En suma, una jurisdicción plena, autónoma, independiente y garante de los intereses, no de los poderes constituidos, sino de la sociedad.

Por lo anterior, el juez de garantía o juez de control creado para el nuevo sistema de justicia penal, mediante la modificación del artículo 16 constitucional, tiene una función de grado superlativo. En torno a su potestad jurisdiccional circundan actores y valores jurídicos del más alto nivel como la libertad personal y el conjunto de derechos del imputado, los intereses y derechos de las víctimas y ofendidos y el buen desarrollo del proceso penal. En síntesis, el juez de control debe asegurar el acceso verdadero y pleno a la justicia para todos los sujetos procesales y para la propia sociedad.¹³ De esta forma asume una función que armoniza la vida de la comunidad política.

El juez de garantía ejerce una función de control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad sobre la determinación de los derechos de las partes.¹⁴ Según Salvador Valencia, al extender la intervención de los aspectos de legalidad a los derechos fundamentales, dichos juzgadores ejercerían una función preventiva y otra complementaria al juicio de amparo, constituyéndose en auténticos jueces constitucionales.¹⁵

III. Auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso es una fase previa al juicio oral. Forma parte de la etapa de investigación en la que el imputado es informado de que existen hechos por los cuales la autoridad ministerial realiza una investigación sobre su persona y se autoriza la apertura de un periodo de investigación formalizada. En él, pueden imponerse medidas cautelares de carácter real o procesal para garantizar los fines del proceso, que es la emisión de una sentencia.

El artículo 19 constitucional transformó el llamado auto de término constitucional del sistema de justicia mixto; éste, que en su denominación más popular –"auto de formal prisión"–

¹³ Para un tratamiento analítico que problematice sobre la creación de los jueces de control, *cfr.* García Ramírez, Sergio, *La reforma constitucional en materia penal (Jornadas de Justicia Penal)*. México, INACIPE, 2009; también, Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*. México, UNAM, 2012.

¹⁴ Sobre la función relativa al control de la investigación, se judicializa el control en medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación así como las determinaciones legales del Ministerio Público como la reserva, el no ejercicio de la acción penal o la suspensión del procedimiento. Sobre la función relativa a la limitación de derechos fundamentales el juez de control interviene en la calificación de la detención, la vinculación a proceso, la imposición de medidas cautelares, la orden de aprehensión y la determinación de juicio oral en la audiencia intermedia. Asimismo, asegura los derechos de las víctimas y ofendidos mediante su intervención activa de forma directa o mediante la coadyuvancia.

¹⁵ Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control...*, *op. cit.*

denotaba una esencia que se alejaba de una ideal garantista del proceso penal, ha sido sustituido por el auto de vinculación a proceso. La distinción sin embargo no es sólo de orden semántico. Por una parte, se modifica el estándar probatorio. En su determinación ya no es necesario acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Esto implica la transformación de la calificación jurídica en una de orden fáctico en la que más que el delito se requiere probar la existencia de un *hecho* que la ley penal señale como delito y que existan *datos* y elementos sobre la probabilidad de que el imputado participó en su comisión o lo cometió.

Existen posiciones analíticas encontradas sobre este punto. Algunos autores consideran que se reduce el parámetro probatorio tanto para la emisión de la orden de aprehensión como para el auto de vinculación a proceso.¹⁶ También se afirma que esto puede conducir a que se lesionen derechos fundamentales al tener un nivel más laxo para conceder las peticiones del órgano de investigación.¹⁷ Si bien coincidimos con el cambio de estándar, ello no implica, en nuestra opinión, diluir el control judicial; por el contrario, a partir de este nuevo estándar surgen como correlato obligaciones específicas para el juzgador en el momento de determinar si emite o no la vinculación a proceso motivado por el cambio de la lógica del proceso penal.

El análisis del texto constitucional y las legislaciones procesales de las entidades federativas que han implementado el sistema acusatorio permite establecer que para su emisión se requiere satisfacer los siguientes extremos:

- A) Que se haya formulado imputación.
- B) Que el imputado haya sido informado de su derecho a declarar y a la no autoincriminación y haya expresado si desea declarar o reservarse.

¹⁶ Al respecto García Ramírez señala que: "Una perspectiva menos garantista –o francamente autoritaria–, como la que campea en diversos extremos de la RC (sic), llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos de los ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobre ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud", en García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. México, Porrúa, 2008, pp. 46-47.

¹⁷ Esta posición –cuya preocupación fundada se comparte– suele tener como marco de referencia el papel histórico del Ministerio Público, su falta de profesionalización y de capacidades de investigación, la falta de independencia respecto al Poder Ejecutivo, entre otras deficiencias estructurales que han caracterizado al órgano de investigación en el país. Estas problemáticas deben, si no erradicarse automáticamente, si disminuir en la medida en que el control judicial resulte un efectivo y riguroso contrapeso y fundamentalmente, un mecanismo de limitación de los actos lesivos de derechos fundamentales.

- C) Se establezca las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del hecho.
- D) De los antecedentes de la investigación se desprenda datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
- E) No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad penal.

Los requisitos se dividen, según criterio del Poder Judicial de la Federación, en requisitos de forma, los tres primeros, y requisito de fondo, los dos últimos.¹⁸

Por tanto, atendiendo a las directrices emanadas del sistema de justicia penal, el juzgador adquiere un papel relevante que implica un control judicial estricto que respete además, el principio de horizontalidad y de igualdad de armas entre las partes.¹⁹ En este sentido, una diferencia radical con el sistema mixto es que el juez determina su resolución a partir del debate oral y no de la carpeta de investigación. Al no ser conocida por el juez de garantía, se evita prejuzgar sobre la conducta o realizar un análisis probatorio de su contenido.²⁰ Para tal efecto, el juzgador debe realizar un ejercicio de ponderación entre los argumentos orales esgrimidos por las partes, garantizando con ello la oralidad del proceso, la contradicción y la inmediación.

¹⁸ Tesis: XVII.1o.PA. J/26 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1940. Reg. IUS. 160331.

¹⁹ Ver: Arriaga Valenzuela, Luis, *Sistema de Procuración de Justicia y Derechos Humanos*. El Cotidiano 2008, 23 (Julio-Agosto).

²⁰ Esta regla genérica admite excepciones. Existen disposiciones legales y criterios que habilitan el desahogo de prueba en ausencia del juez. Ver: Tesis: XVII.1o.PA.64 P (9a), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE GARANTÍA, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN, LOS JUECES DE DISTRITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, AL MOMENTO DE DICTARLO O ANALIZARLO, ÚNICAMENTE DEBEN ATENDER A LOS DATOS DE INVESTIGACIÓN QUE REFIERA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA RELATIVA Y A LAS PRUEBAS QUE SE DESAHOGUEN EN ELLA, SIEMPRE QUE NO SE ESTÉ EN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2899. Reg. IUS. 163687. Estimamos problemática esta tesis que permite, por ejemplo, la admisión en las etapas previas y en el juicio de la declaración ministerial del imputado. Ello quebranta el principio de inmediación y posibilita nuevamente la generación de prueba por parte del Ministerio Público. Toda actuación que implique violaciones graves a derechos fundamentales debe dar lugar al traslado de la carga de legalidad de la actuación al Ministerio Público y a la apertura de la carpeta de investigación por parte del juzgador si se pretende un control efectivo que impida actuaciones arbitrarias. Máxime cuando las disposiciones legales que limiten o restrinjan derechos humanos deben ser interpretados en forma restrictiva.

En el auto de vinculación a proceso se restringe la formalización de la prueba como la existente en la anterior averiguación previa, donde el Ministerio Público actuaba en un doble carácter de parte y autoridad.

En el nuevo sistema, para decidir sobre la vinculación el juzgador debe emplear un grado de razonabilidad²¹ a partir de la ponderación y contraste entre lo expuesto por la representación Social –quien detenta la carga de la prueba– y por la defensa o por el indiciado en vía de réplica, teniendo como normas rectoras la legalidad (la cita de hechos tipificados como delitos y datos de información); la ponderación (entre las versiones y la información que pueda confirmarlas); la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por las partes); asegurando con ello el interés del Estado en la impartición de justicia y la salvaguarda de los derechos de las partes.

La valoración razonable se vincula al deber de fundar y motivar adecuadamente la determinación judicial. Esto implica que el juzgador no puede limitarse a la enunciación genérica de los datos de la carpeta de investigación, sino que debe justificarlos y ponderarlos de forma pormenorizada, exponiendo de manera particular el alcance y peso de cada uno de los datos de investigación, estableciendo cómo se acredita con cada uno, tanto la existencia del hecho ilícito como la posible participación.²²

Además, las y los jueces de garantía deben tomar en cuenta los elementos de prueba desahogados en su presencia. En este aspecto, más que al nivel de prueba como valor intrínseco que tenía lo actuado en la averiguación previa en el anterior sistema, se deberá atender al grado de certeza que genere la exposición oral de las partes y la convicción que produzca la prueba de forma directa. Para tal efecto, habrá que considerar que opera en favor del

²¹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dotó de contenido a la razonabilidad al señalar que esta: "[T]iene que ver con el examen de las razones; en el ámbito de las decisiones judiciales actúa como un factor de justificación, supone un juicio de valor por parte del juzgador para fundamentar y justificar correctamente sus determinaciones y arribar a decisiones que eviten el subjetivismo." En este sentido, un adecuado ejercicio de razonabilidad se verifica determinando que "los datos sean idóneos, pertinentes, legalmente obtenidos y suficientes", y analizando "la legalidad, la ponderación y la proporcionalidad de los datos existentes". Contradicción de Tesis 17/2012. Sentencia definitiva 9 de mayo de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135220>>(19 de junio de 2013), pp. 126 y 128.

²² Tesis: XVII.1o.P.A. J/25 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1942. Reg. IUS. 160330; Tesis: XVII.1o.P.A.62 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2900 Reg. IUS. 163686.

imputado la presunción de inocencia que como garantía constitucional, regla de prueba y regla de tratamiento, informa todo el proceso penal. Cualquier insuficiencia o duda deberá dar lugar a la no vinculación a proceso.

Lo anterior no significa impunidad ni laxidad judicial, implica que el Ministerio Público está obligado a asumir su carácter de órgano técnico y satisfacer el estándar constitucional. Sin colmar los extremos exigidos, el juez no deberá conceder la vinculación a proceso ya que lesionaría gravemente los derechos fundamentales del imputado, particularmente la libertad personal. Ello con independencia de que se dicte una medida cautelar como la prisión preventiva.²³

IV. Prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional. Su finalidad es garantizar la presencia del imputado en un eventual juicio oral. Subsidiariamente pretende evitar afectaciones en el desarrollo de la investigación o que se coloque en riesgo a las víctimas. Sin embargo, históricamente la prisión preventiva ha sido desnaturalizada y en México ha operado no como medida cautelar de *ultima ratio*, sino como una pena anticipada.²⁴

La reforma al artículo 19 constitucional dispone el establecimiento de un carácter de excepcionalidad para dicha medida. El Ministerio Público sólo puede solicitarla cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado, el desarrollo de la investigación, la protección a las víctimas, los testigos o la comunidad; así como en los casos en que exista otro proceso o una sentencia firme por delito doloso.²⁵

²³ Tesis: II.2o.P.284 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4296. Reg. IUS. 160455.

²⁴ Para un tratamiento analítico profundo de este problema Cfr. Zepeda Lecuona, Guillermo, *Los mitos de la prisión preventiva en México*. 2a. edición, México, Open Society Justice Initiative, 2010.

²⁵ Consideramos que el último supuesto afecta al imputado porque remite al derecho penal de autor, al imponer automáticamente la prisión preventiva por un hecho distinto al que se pretende juzgar: "El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad" en Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.

Tomando en consideración la intervención mínima del derecho penal y la menor lesión o afectación de derechos fundamentales, esta medida se justifica como un mecanismo para garantizar el desarrollo del proceso, sin embargo debe mantener su condición de *ultima ratio*.

En dicha medida convergen los derechos de la víctima y del imputado en un mismo plano axiológico, así como el interés de la comunidad política y del Estado en el desarrollo de la justicia como uno de los fines de su existencia. Por ello, el juzgador adquiere una responsabilidad superlativa en el momento de determinar la imposición o no de una medida cautelar de esta naturaleza.

V. El Artículo 19 Constitucional y los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales

Tanto el auto de vinculación a proceso como la prisión preventiva, al ser actos procesales que afectan derechos fundamentales, deben satisfacer estándares mínimos de protección judicial. Esta limitación a la intervención estatal deriva de la observancia de la Constitución y de los tratados internacionales. Si bien existe un interés tanto de las partes como de la sociedad en garantizar la justicia, el mismo valor democrático subyace a la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, las normas y las acciones que impliquen lesión o limitación de derechos en materia penal deben ser excepcionales y de aplicación restrictiva. Lo anterior en consonancia con el carácter fragmentario del derecho penal y su naturaleza subsidiaria. Consecuentemente, sólo podrán operar cuando otras formas de intervención no resulten eficaces, teniendo como límite la menor afectación a derechos fundamentales.

Toda determinación sobre la intervención de derechos debe cumplir con la reserva de ley, la que deberá entenderse como la remisión que hace la Constitución y, en casos excepcionales, la ley para que sea tal y no otra norma jurídica la que regule determinada materia.²⁶ En relación a este principio la Corte Interamericana ha determinado que:

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plena-

²⁶ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*. México, IJ-UNAM/CNDH, 2004, p.674.

mente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.²⁷

Consecuentemente, no basta con que se cumplan ciertos requisitos formales dentro de los estados para que pueda expedirse una ley restrictiva de derechos fundamentales, sino que habrá de atender también a ciertos criterios materiales o finalísticos legítimos, como sería la persecución de los delitos y el acceso a la justicia y con apoyo en éstas sería válida la afectación a la libertad personal.

Para observar esta dimensión material es preciso que dichas leyes sean dictadas "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas", siendo este propósito "el bien común".²⁸ En congruencia con una interpretación que busca imprimir la máxima fuerza a los derechos fundamentales el bien común debe considerarse "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".²⁹

Desde una dimensión axiológica, no puede entenderse como un concepto moral abstracto, o una especie de convención social dicotómica. Tampoco es la suma de los bienes individuales. Esta noción se acerca al conjunto de bienes, de realidades y realizaciones humanas, creadas, asumidas y disfrutadas por la mayoría de los grupos sociales en determinada comunidad política y un tiempo histórico concreto.

Por tanto, cualquier restricción a los derechos y las libertades fundamentales, desde un punto de vista formal, debe contenerse en una previsión legal de carácter general adoptada con anterioridad a los hechos. Mientras que, desde el enfoque material o sustantivo, la restricción de los derechos humanos tanto en sede legislativa como judicial debe buscar la satisfacción de un fin legítimo derivado del bien común y el interés general de la comunidad en el marco del Estado de Derecho.

²⁷ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 24.

²⁸ *Ibid.*, párrs. 28-29.

²⁹ *Ibid.*, párr. 29.

Así, tratándose de la vinculación a proceso se debe satisfacer plenamente los estándares que exige la Constitución: la existencia probada de un hecho calificado por la ley penal como delito y la existencia probada de datos que permitan establecer la posible participación del imputado, sin obviar que el *onus probandi* de estos extremos corresponde al ministerio público.

Por lo que se refiere a la imposición de medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, el legislador debe cumplir con la excepcionalidad de la prisión preventiva, la que también deriva del derecho de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad *lato sensu* en la restricción de derechos. Siempre debe ser impuesta bajo un estricto control judicial, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, establezca la necesidad de su imposición.

Sin embargo, al momento en que el constituyente permanente estableció un catálogo de delitos bajo los cuales la prisión preventiva se transforma en una medida de carácter oficioso y obligatorio, aun cuando la Constitución cumple con la reserva de ley y la exigencia de taxatividad como estándares mínimos para la restricción de derechos fundamentales, desde la dimensión material los mismos son afectados de forma indebida.

Su imposición oficiosa pasa por alto el carácter excepcional de la medida y su aplicación como *ultima ratio*, sólo en aquellos casos en que no exista otra medida adecuada que evite afectar la libertad personal, atendiendo además a la intervención mínima del poder punitivo del Estado y la menor restricción de derechos que debe observar el juzgador. Ante ello concluimos que el catálogo de delitos cuya sola imputación hace posible la prisión preventiva, resulta incompatible con los estándares de protección de derechos humanos.

La Corte Interamericana ha establecido que la regla general debe ser "la libertad del imputado del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal".³⁰ Cualquier otro tratamiento constituiría la anticipación de la pena sin haberse determinado la responsabilidad penal.

El Tribunal Regional ha señalado la inconvencionalidad de disposiciones de derecho interno que regulan la prisión preventiva bajo la premisa de que esta medida no puede ser impuesta *per se*, ya sea por el delito o por las circunstancias particulares del imputado. Ello "porque la

³⁰ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67.

prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva".³¹ Por tanto, no basta su establecimiento formal en la ley para que la medida sea garante de derechos humanos, requiere que el órgano jurisdiccional realice "un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria".³²

En concordancia con la Convención Americana estimamos que las medidas cautelares que restringen la libertad personal deben ser: a) excepcionales y no ordinarias, rutinarias o sistemáticas; b) justificadas dentro de un marco preciso de razones y condiciones que les confieran legitimidad y racionalidad; c) acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente, que las resuelva con formalidad y exprese los motivos y los fundamentos en que apoya el mandamiento; d) indispensables para alcanzar el fin legítimo que con ellas se pretende; e) proporcionales a éste y a las circunstancias en que se emiten; f) limitadas, tanto como sea factible, en intensidad y duración; g) revisables periódicamente: por mandato de la ley y por instancia de las partes, revisión que debe contar con las garantías inherentes a un verdadero régimen impugnativo (independencia, eficacia y celeridad); h) revocables o sustituibles cuando se ha rebasado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características o cuando hayan desaparecido de manera objetiva, las condiciones que dieron lugar a su origen. Todo esto, que es aplicable al sistema general de medidas cautelares penales, tiene especial acento si se piensa en la más severa de aquéllas: la privación cautelar de la libertad.³³

Sin embargo, la propia Constitución establece un sistema mixto de control de la prisión preventiva. Si en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional se afirma su carácter excepcional y el control judicial en su imposición, en la parte final se establece la prisión preventiva oficiosa mediante el establecimiento de un "catálogo de delitos", particularmente aquellos relacionados con la delincuencia organizada. Así, se establece un régimen de excepción sobre una medida de carácter excepcional y se obliga a los juzgadores a imponerla atendiendo al delito y no a las condiciones del caso concreto.

Más todavía: se libera al ministerio público de la obligación de demostrar fehacientemente la necesidad de cautela como condición imprescindible para su concesión. El estándar de

³¹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

³² Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*..., *supra* nota 31, párr. 68.

³³ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

cautela impone al estado la obligación de acreditar la existencia de "indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia".³⁴

Su imposición debe atender a las circunstancias particulares del caso que requiere el conocimiento tanto de los hechos como del imputado, pero no por el sólo hecho de establecerse en un catálogo de delitos. La decisión de someter a prisión preventiva a una persona debe surgir del contacto del juzgador con el caso concreto. Por lo tanto debe recaer en el Poder judicial y no en el Poder legislativo la determinación o no de la imposición de esta medida cautelar.³⁵

Un genuino estado de Derecho no puede permitir por vía legal o constitucional la ampliación ilimitada e injustificada de las restricciones de derechos humanos pues ello necesariamente vulneraría la presunción de inocencia. Como señala Luigi Ferrajoli, la prisión preventiva afecta el principio de jurisdiccionalidad que implica que una detención sólo podrá ser realizada mediante orden de un juez competente, una vez que se haya demostrado en juicio la culpabilidad. Para el jurista, esta medida tiene una impronta de carácter "autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica"; por ello, "el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales".³⁶

La prisión preventiva oficiosa no sólo puede convertirse en un acto arbitrario del Estado, además tiene implicaciones procesales concretas como la inversión de la carga de la prueba sobre la culpabilidad. Ferrajoli acierta al decir que: "hacer recaer sobre el imputado una pre-

³⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Español ha afirmado que: "[L]a legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos", en: TCE. Sala Segunda. Sentencia 128/1995, Recurso de amparo 993-1995. de 26 de julio de 1995 (BOE núm. 200 de 22 de agosto de 1995).

³⁵ El propio Tribunal Constitucional Español, al abundar sobre la prisión preventiva remite al bloque de constitucionalidad y a los principios constitucionales como parámetros de restricción de dicha medida al afirmar que una valoración "aislada del contexto constitucional, de las referencias pertinentes de los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, y de la propia significación de la institución que ahora reclama nuestro análisis, puede engendrar la errónea concepción de que estamos ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad." *Ibidem*.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op cit.*, pp. 553 y 555.

sunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una *presunción de culpabilidad*".³⁷

Social y jurídicamente existen consecuencias. Eugenio Raúl Zafaronni constató hace algunos años que en América Latina, aproximadamente tres cuartas partes de los presos están sujetos a medidas de contención como la prisión preventiva, sólo por sospecha. Asimismo, una cuarta parte de los procesados son absueltos por no demostrarse su culpabilidad, ello a pesar de la tendencia sostenida de sentenciar a personas que se encuentran en prisión preventiva, por presumir indebidamente su culpabilidad.³⁸

En todo proceso penal y en las etapas previas debe prevalecer la presunción de inocencia. Sin un control jurisdiccional estricto, que permita su legítima imposición mediante la acreditación plena de la necesidad de cautela, dicha medida se desnaturaliza y, como acertadamente señala Miguel Sarre, pierde su carácter cautelar y "se convierte en un instrumento de control social, en una pena sin juicio previo o en una presunción de responsabilidad penal".³⁹

Esta situación puede derivar en un estado de excepción y construir lo que Zafaronni refiere como "enemigo en el derecho penal", aquel que "es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimador del poder punitivo".⁴⁰ En nuestra opinión, esto puede mermar el estado de Derecho y conducir a tentaciones autoritarias en la esfera del derecho penal.

En México, en los estados que ha comenzado a operar el nuevo sistema de justicia penal, la imposición desproporcionada de la prisión preventiva subsiste como una práctica anquilosada que representa una de las deficiencias de orden estructural del aparato de impartición de justicia en nuestro país.

En el caso de Chihuahua, entre los años 2007 y 2012 la prisión preventiva fue impuesta en 15,403 ocasiones. En contraste, la imposición de dispositivo electrónico como una medida que pudiera tener la misma eficacia, fue utilizada únicamente en 44 veces. Por su parte, el arraigo domiciliario fue determinado sólo en 166 ocasiones en el mismo periodo. La propor-

³⁷ *Ibid.*, p. 553.

³⁸ Zafaronni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 74 y 75.

³⁹ Sarre, Miguel, "La reforma al sistema procesal penal de Chihuahua a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos", en Carlos Ríos y Jorge Cerdio (coord.), *Las reformas de la reforma procesal penal de Chihuahua*. México, Tirant Lo Blanch México, 2012, p. 39.

⁴⁰ Zafaronni, Eugenio Raúl, *El enemigo...*, *op. cit.* p. 88.

ción entre prisión preventiva y dispositivo electrónico es de 350 a 1; mientras que entre la prisión preventiva y el arraigo domiciliario resulta de 92 a 1.⁴¹

Por su parte, en el estado Oaxaca, en el que el sistema acusatorio se fue implementando en distintas regiones de manera paulatina, el panorama es similar. En la región del Istmo, entre 2007 y 2012 la prisión preventiva oficiosa fue impuesta en 184 ocasiones mientras que la no oficiosa lo fue en 238. En tan sólo 7 ocasiones se impuso la sujeción domiciliaria y en ninguna ocasión la utilización de dispositivo electrónico. En la región Mixteca, durante el mismo periodo, la prisión preventiva oficiosa fue impuesta en 116 ocasiones y la no oficiosa en 87, en una sola ocasión se ha impuesto la sujeción domiciliaria y en ninguna ocasión el dispositivo electrónico. Finalmente, en la región Costa, por lo que hace al periodo del año 2012, la prisión preventiva oficiosa fue impuesta 27 ocasiones, la no oficiosa en 9, y no se impuso en ningún caso medida cautelar de sujeción domiciliaria o utilización de dispositivo electrónico.⁴²

Aún sin conocer los casos concretos, el índice cuantitativo revela una realidad innegable: el uso generalizado de la prisión preventiva y su persistencia como situación de regla y no de excepción. Como correlato, se verifica la escasa utilización de otras medidas menos restrictivas de derechos que permitan alcanzar el aseguramiento del proceso y que, a diferencia de la prisión preventiva, no constituyan una pena anticipada y engendren una percepción subjetiva de culpabilidad.

Ante este panorama podemos afirmar que la determinación en la Constitución del catálogo de delitos por los que la prisión preventiva debe imponerse de manera oficiosa, representa una antinomia en términos de los fines del sistema acusatorio. En la redacción del segundo párrafo del artículo 19 constitucional existen lógicas de Estado disímboles. Por una parte se consolida un sistema garantista, de intervención mínima del derecho penal, bajo parámetros de excepcionalidad de medidas que lesionen derechos fundamentales y mediante un férreo control jurisdiccional que pretende garantizar de una forma integral el conjunto de derechos en juego mediante su ponderación. Esa es la fortaleza del nuevo sistema de justicia.

⁴¹ Unidad Operativa del Sistema Penal Acusatorio del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, Oficio 17/2013 de 18 de enero de 2013. Respuesta a solicitud de información pública realizada por los autores. Los datos ofrecidos por la Unidad Operativa del Sistema Penal Acusatorio, no permiten conocer el número de casos en los que la prisión preventiva fue impuesta de forma oficiosa y diferenciarlos de aquellos en que el Juez de Garantía pudo disponer de alguna otra medida alternativa.

⁴² Departamento de Enlace y Vinculación Administrativa con las Áreas del Sistema Acusatorio Adversarial, Oficio PJE/CJ/DA/090/2013 de 12 de febrero de 2013. Respuesta a solicitud de información pública realizada por los autores.

Sin embargo, la lógica del "catálogo de delitos" no se ajusta a esa pretensión de garantizar cabalmente los derechos humanos. Por el contrario, a causa de este catálogo taxativo las y los jueces ven disminuida su función de control al imponerse, por vía legislativa y en la propia Constitución, la prisión preventiva oficiosa. Esta superposición de lógicas demuestra la escisión entre una política de prevención del delito basada fundamentalmente en un enfoque punitivo y un sistema de procuración y administración de justicia que tiene una impronta mucho más garante de los derechos. El resultado de la imbricación de ambas lógicas se plasma en la actual redacción del artículo 19 constitucional.

Bajo estas premisas podemos afirmar que la prisión preventiva oficiosa resulta inconvenional y bajo el paradigma de *bloque de constitucionalidad* es inconstitucional o representa al menos, una antinomia constitucional, porque atiende al delito en abstracto y no a las condiciones particulares del delito. De esta forma colisionan la Convención Americana y la interpretación que de ella ha dado la Corte Interamericana con las disposiciones constitucionales que establecen la prisión preventiva. Además, la actual redacción inhibe el alcance de la actuación judicial porque impone al juzgador su imposición, lo que desnaturaliza el sentido del control jurisdiccional.

La SCJN ha comenzado un proceso de tutela de derechos con un espectro de mayor amplitud de protección. En tesis aisladas de la Décima Época, se ha pronunciado sobre la necesidad de revisar la prisión preventiva a la luz del principio *pro personae* y mediante un ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad.⁴³

Bajo estos parámetros, la Primera Sala de la SCJN estableció que la prisión preventiva puede resultar irrazonable si se ha vencido el plazo máximo admitido constitucionalmente y aún no se emite una sentencia. Asimismo, que de establecerse esta afectación, la persona deberá ser puesta en libertad inmediata, adoptándose otras medidas cautelares y continuando vigente el proceso. Esto siempre que el imputado no esté ejerciendo su derecho de defensa y no se haya pronunciado sentencia.⁴⁴

⁴³ Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 492. Reg. IUS. 2001430.

⁴⁴ Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.), SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 499. Reg. IUS. 2001493.

Aunque estas tesis resultan novedosas en el modelo de protección nacional, resultan insuficientes. Si bien parten de un modelo de protección que atiende al *bloque de constitucionalidad*, el uso de los criterios de protección y proporcionalidad se dan *a posteriori* de la medida cautelar. En las tesis expuestas, la revisión se realiza una vez que ha fenecido el plazo máximo de la prisión preventiva. A través de estos criterios se busca otorgar un remedio jurisdiccional, mediante el análisis de proporcionalidad fundado en el *bloque de constitucionalidad* y la utilización del principio *pro personae*; a una medida cautelar que esté afectando los derechos del imputado. Consideramos pertinentes y adecuadas las tesis; sin embargo, los principios de protección expuestos deben ser un componente esencial y previo a la imposición de la prisión preventiva y no operar únicamente al momento de su revisión por un órgano de control.

Lo anterior conduce a establecer que si la prisión preventiva puede ser revisada a la luz no sólo de la Constitución sino también de la Convención Americana, el mismo tratamiento debiera darse en el momento de su valoración judicial e imposición. Esto sin duda, abre un debate teórico interesante:

Si la Constitución y la CADH tutelan la libertad personal y garantías del proceso penal, ¿cómo resolver la aparente antinomia que representa la prisión preventiva oficiosa? En nuestra opinión la contradicción se debe resolver mediante el reconocimiento de mayor rango protector de derechos fundamentales de las disposiciones de la CADH, mediante un ejercicio de *interpretación conforme* del conjunto de derechos en juego y permita dar mayor protección mediante la aplicación de la Convención Americana, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y no del artículo 19 constitucional y de los códigos de Procedimientos Penales.

El paradigma kelseniano de jerarquía de normas y los problemas que ha generado con relación a si debe prevalecer un tratado internacional o una disposición constitucional es un debate que debe ser superado. Es el criterio de mayor protección o menor lesión el que prevalece frente a una disposición que pueda afectar derechos, sin que esto implique que *a priori* se conceda mayor o menor jerarquía a determinada norma o que deba ser siempre un criterio de jerarquía y no de protección el que resuelva la norma a aplicar.

Esta fórmula busca la aplicación de la fuente que asegure mejor los derechos fundamentales bajo la premisa de mayor protección y con independencia de la posición que asuma en la jerarquía del sistema jurídico, bajo los principios de favorabilidad de la norma, de *interpreta-*

ción conforme y *pro personae*.⁴⁵ Este es el enfoque que parece ser adoptado en tesis de jurisprudencia sostenidas recientemente por la Primera Sala de la SCJN:

En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro homine* o *pro persona* según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según este criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.⁴⁶

En diversa tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte abunda en un modelo de aplicación del principio *pro personae* al señalar que en la determinación de la afectación de un derecho:

...debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor

⁴⁵ Edgar Carpio Morales desarrolla principios interpretativos constitucionales entre los que destacan a) principio *pro homine*, subdividió en preferencia interpretativa (optimización del derecho fundamental) y preferencia de normas (más favorable independientemente de la jerarquía); b) posición preferente de derechos fundamentales (mediante ponderación de derechos); c) mayor protección del derecho (la regulación constitucional es un estándar mínimo que puede ser ampliado); y d) fuerza expansiva de los derechos. Estas pautas interpretativas deben abonar a enriquecer el debate sobre la relación entre los Tratados Internacionales y la Constitución, que de manera incipiente, con resistencias y posturas argumentativas obsoletas, comienza a darse en nuestro país. En: Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Palestra ediciones, 2004.

⁴⁶ Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Reg. IUS. 2002000. Sin embargo, al interior de la Suprema Corte hay una tendencia conservadora que en discusiones del Pleno mantienen la resistencia a admitir la aplicabilidad de los tratados internacionales bajo el enfoque –a nuestro juicio erróneo– de llevar el debate al campo de la jerarquía de normas e insistir en una estructura en que la Constitución prevalece frente a los tratados internacionales de derechos humanos.

de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.⁴⁷

La Primera Sala de la Suprema Corte ha sido vanguardia en la construcción de los nuevos paradigmas de hermenéutica constitucional y tutela de derechos fundamentales. Al respecto, en la tesis aludida refiere que el principio *pro personae* representa el estándar mínimo de apreciación y aplicación, lo que permite conjugarlo con otros métodos de interpretación constitucional:

Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

Por ello, la prisión preventiva debe armonizarse con la protección emanada del derecho de presunción de inocencia –que incide en el tratamiento procesal y extraprocesal del imputado como inocente– y los principios sustantivos del derecho penal: lesividad, fragmentariedad y *ultima ratio*, que justifican la intervención punitiva del Estado únicamente sobre conductas que generen grave lesión a la sociedad y en aquellos casos en que no exista ninguna otra forma de acción estatal posible.

Mediante el ejercicio hermenéutico y de integración de derechos, las y los jueces pueden acudir válidamente al *corpus iuris* de derechos humanos y aplicar la norma o interpretación de norma más favorable, resolviendo así la antinomia constitucional. Ello conduciría a determinar la incompatibilidad entre la Convención Americana –entre otros tratados de derechos humanos– y las normas legales e incluso constitucionales que regulan la prisión preventiva de carácter oficioso.

⁴⁷ Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.

VI. El principio de proporcionalidad como criterio judicial de determinación de derechos

Desde una perspectiva amplia, consideramos que del contenido e interpretación expansiva de los derechos fundamentales y del nuevo rol jurisdiccional en el sistema penal, emerge la utilidad del principio de proporcionalidad como un criterio imprescindible en las determinaciones jurisdiccionales. Este principio es una herramienta hermenéutica y mecanismo de interpretación sobre el alcance y contenido esencial, resolución de limitación, restricción o colisión de derechos fundamentales que permite al operador garantizar su vigencia mediante su armonización, ponderación o integración, evitando con ello la arbitrariedad del poder público.

Dicho principio ha ganado lugar en la tutela de derechos fundamentales a través de la interpretación de diversos tribunales constitucionales, que mediante interpretación jurisprudencial, han desarrollado su utilización como un mecanismo de determinación para órganos del poder público que "enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción".⁴⁸ En este tenor, es un principio general del derecho, un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales y un parámetro de limitación a las restricciones de los mismos.

Si bien abarca distintos campos del derecho, es en el derecho constitucional –que contiene y define los derechos fundamentales– donde adquiere un carácter estructural. Considerando que el derecho penal puede afectar o restringir bienes jurídicos de primer orden y tomando en cuenta que los Jueces de Garantía ejercen un control amplio de constitucionalidad, es que afirmamos la necesaria aplicación de este principio en las determinaciones judiciales sobre vinculación a proceso y prisión preventiva.

Este parámetro de adjudicación constitucional implica un test de constitucionalidad de la determinación, en el que operan desde una dimensión relacional, el principio rector (proporcionalidad *lato sensu*) con tres derivaciones en los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*strictu sensu*). Mediante su conjunción es posible establecer una conclusión correcta en la determinación de derechos.

⁴⁸ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*. México, UNAM, 2007, p. 1.

Llevados al campo del proceso penal y de análisis de la vinculación a proceso y de la prisión preventiva, podemos concluir que el sub-principio de *idoneidad* o *adecuación* de la medida restrictiva de derechos humanos, es de carácter legislativo e implica que la restricción se da en el marco de la reserva de ley en su doble vertiente: formal y material. Mediante la remisión a la norma constitucional o legal se busca satisfacer un fin legítimo y su efectiva realización. El sub-principio de *necesidad* implica que la restricción debe ser la menos gravosa y lesiva, o bien, que no existan otras opciones para satisfacer el fin legítimo que la justifica, por lo que una medida coercitiva sólo podrá ser impuesta cuando sea estrictamente necesario para el fin del proceso penal.

Por su parte, la proporcionalidad en sentido estricto conlleva la ponderación entre el derecho humano afectado y la medida adoptada para su menoscabo, realizando una valoración ponderada entre los contenidos mínimos de dos bienes o derechos de relevancia constitucional, que en principio tienen igual jerarquía pero que en un caso particular, alguno adquiere mayor relevancia o necesidad de tutela, de acuerdo a las circunstancias particulares. Cabe destacar que todos los sub-principios, en especial los de *necesidad* y *ponderación*, también implican un examen valorativo judicial sobre casos concretos.⁴⁹ En esta tesitura se ha expresado el Tribunal Constitucional de Colombia al señalar que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.⁵⁰

En igual sentido, en una sentencia atinente a la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional del Perú, definió parámetros constitucionales para valorar su constitucionalidad mediante el test jurisdiccional de proporcionalidad. Ello con independencia de su regulación normativa (reserva de ley):

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 40-51.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia C-576/04.

[P]roporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad [son los principios] que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional.⁵¹

Consecuentemente es válido afirmar que la imposición de la prisión preventiva y del auto de vinculación a proceso son actos en los que debe existir una dimensión material de la tutela judicial y de la garantía de fundamentación y motivación. Ya que los jueces, más allá de los dispositivos normativos que habiliten estos actos procesales, deberán realizar un análisis de constitucionalidad en cada acto sometido a su potestad.

En México, el principio de proporcionalidad se encuentra en el artículo 22 constitucional referido explícitamente a aplicación de las sanciones penales, pero no se refiere al control jurisdiccional en un sentido más amplio. La Suprema Corte ha ido definiendo criterios que desarrollan su alcance al considerar que una pena no sólo debe "tener una finalidad constitucionalmente legítima" además debe "superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido".⁵² Es a partir de la Novena Época cuando comienza una línea de interpretación en casos relativos a la proporcionalidad de las sanciones penales, derecho de acceso a la justicia y restricciones a la libertad de trabajo.⁵³

Con ello, el principio de proporcionalidad ha ido adquiriendo, mediante la jurisprudencia, un radio de acción cada vez más amplio en la determinación de decisiones que afecten derechos fundamentales.

La Suprema Corte ha sentado otros precedentes vinculados estrechamente a la protección de los derechos humanos definiendo parámetros efectivos de control de constitucionalidad tanto en el contenido y restricción de derechos, como en las obligaciones para los distintos poderes públicos. Así los parámetros de proporcionalidad no sólo se ejercen en sede judicial

⁵¹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia exp. no. 2915/2004-HC/TCL.

⁵² Tesis: 1a. CCVIII/2011 (9a.), SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Reg. IUS. 160644.

⁵³ Para una evolución del desarrollo histórico del principio de proporcionalidad en México. Cfr. Sánchez Gil, Rubén, "Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México" en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, julio-diciembre, UNAM, México, 2009, pp. 471-489. Una sentencia por demás relevante fue desarrollada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Sala Superior, Sentencia de jurisprudencia 62/2002, Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, pp. 51 y 52, rubro: "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD".

sino que son una condición indispensable y de obligada necesidad en el diseño normativo realizado por el Poder Legislativo.⁵⁴

Por su parte, la Corte IDH al entrar en el análisis de convencionalidad de las medidas adoptadas por los Estados que afectan la libertad personal dentro del proceso penal, ha establecido que éstas deben adecuarse al test de proporcionalidad:

La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.⁵⁵

Por eso proponemos que a la luz del estándar del Tribunal regional y de los parámetros de control y determinación de derechos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se debe transitar a modelos hermenéuticos y de control constitucional en los que el principio de proporcionalidad opere en toda determinación jurisdiccional, y de manera singular en la resolución de la prisión preventiva y la vinculación a proceso.

Para los juzgadores esto implica la obligación de una adecuada motivación así como reconocer y garantizar el contenido material tanto de las normas procesales como de los derechos fundamentales de las partes. Por ello, además de los requisitos formales que desde el punto de vista constitucional y legal deben satisfacerse para la generación de un fin necesario en la actividad estatal; en todos los actos judiciales se impone un juicio de validez material en el que el acto o el contenido de la norma sea compatible con el ordenamiento constitucional y la restricción de derechos se encuentre debidamente justificada.

De esta forma, toda actividad judicial que determine la restricción de la libertad personal, tanto en la vinculación a proceso como en la imposición de medidas cautelares, deberá atender a criterios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y justificación mediante la aplicación del test de proporcionalidad. Así se configura un paradigma novedoso de

⁵⁴ Tesis: P/J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740; Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. ..., *supra* nota 34.

intervención jurisdiccional y el mecanismo de fijación de derechos y de salvaguarda frente a cualquier acto de intervención arbitraria del poder público, particularmente del *ius puniendi*.

La justificación y legitimidad de revestir al control judicial como el mecanismo por excelencia de determinación sustantiva de derechos, mediante el ejercicio del principio de proporcionalidad, deriva del carácter integral de los derechos fundamentales. Por ello coincidimos con Muñoz Conde cuando afirma:

Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntualmente extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo orden jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.⁵⁶

En consecuencia, no puede admitirse la afectación o lesión de los derechos fundamentales, ni siquiera de forma parcial, menos aún si parten de un proceder autoritario. Bajo el test de proporcionalidad se deben desterrar las intervenciones injustificadas o incluso aquellas justificadas pero que sean innecesarias o desproporcionadas.

Esta obligación se maximiza en tratándose de los derechos en materia penal por la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en riesgo. La forma de evitar un proceder arbitrario es mediante la limitación y control que realicen las y los jueces en el momento de determinar la emisión de un auto de vinculación a proceso o la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. Así, el control jurisdiccional opera, en última instancia, como garantía del estado de Derecho y como fundamento y pilar del orden constitucional, asegurando mediante la intervención activa de los juzgadores, la existencia de la comunidad política.

⁵⁶ Muñoz Conde, Francisco, "El nuevo derecho penal autoritario", en Mario G. Losano y Francisco Muñoz Conde (coordinadores), *El Estado ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional de Humboldt-Montevideo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 172.

VII. Conclusiones

A la luz de la configuración del nuevo sistema de justicia penal, asistimos a transformaciones revolucionarias de las instituciones, las prácticas y los propios fundamentos y paradigmas del derecho penal. Entre los cambios más significativos se encuentra los nuevos estándares para la determinación de la vinculación a proceso y la imposición de las medidas cautelares, particularmente la prisión preventiva.

Si bien existe un estándar probatorio más laxo para la emisión a vinculación a proceso, el sistema está diseñado para asegurar el equilibrio procesal y la igualdad de armas entre las partes. Asimismo, se le imponen responsabilidades específicas a los órganos jurisdiccionales y parámetros de determinación de derechos que permiten un riguroso control y determinación de derechos.

Respecto a la prisión preventiva, se establece el carácter excepcional y la aplicación restrictiva de esta medida cautelar. Sin embargo, subsiste un catálogo de delitos que desnaturaliza el sentido de la medida e impone su aplicación obligatoria. Esto representa un retroceso en términos de la consolidación del sistema penal así como un conflicto entre los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución y los Códigos de Procedimientos Penales.

La reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008 no puede escindirse de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. Ambas reformas convergen, dan contenido y maximizan el conjunto de los derechos humanos reconocidos en el *bloque de constitucionalidad*. Con lo anterior quedan sentadas las bases para avanzar en la consolidación de modelos que garanticen derechos fundamentales.

Consecuentemente, los modelos de interpretación extremadamente formalistas basados en ejercicios lógico-jurídicos de corte mecánico y de mera legalidad, ceden paso a diversas formas de argumentación judicial (ponderación, máxima extensión de derechos, razonabilidad, entre otras) que resultan acordes con el garantismo constitucional. Con ellas, se realiza una interpretación sistemática de las leyes y de las disposiciones constitucionales que tutelan derechos fundamentales.

De esta manera resulta significativa la centralidad que en el nuevo sistema de justicia adquieren las y los jueces. La tutela judicial informa el proceso penal y las fases previas. Con ello, se pretende limitar cualquier afectación indebida o innecesaria de derechos fundamentales.

En este nuevo rol estimamos necesaria la utilización del principio de proporcionalidad en toda determinación judicial de derechos. Mediante la aplicación del test de proporcionalidad es posible "juzgar en clave constitucional" toda resolución que implique valoración, restricción o ponderación de derechos.

De esta forma las garantías y derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales serán concebidos, interpretados y tutelados a la luz de su integralidad, operación de modo complementario y su mismo valor constitucional en una relación de influencia mutua y armónica. Con ello, el orden jurídico asume un carácter hermenéutico por lo que la determinación de todo acto procesal y resolución de derechos —como la vinculación a proceso o la prisión preventiva—, deben estar regido por los más altos estándares de derechos humanos bajo la premisa de una interpretación y aplicación sistémica orientada a la mayor eficacia, coexistencia y defensa de todos los bienes jurídicos protegidos en el orden constitucional.

1. Nacionales

- Contradicción de Tesis 17/2012. Sentencia definitiva 9 de mayo de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135220>> (19 de junio de 2013).
- Tesis: XVII.1o.PA. J/26 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1940. Reg. IUS. 160331.

Tesis: XVII.1o.PA.64 P (9a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE GARANTÍA, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN, LOS JUECES DE DISTRITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, AL MOMENTO DE DICTARLO O ANALIZARLO, ÚNICAMENTE DEBEN ATENDER A LOS DATOS DE INVESTIGACIÓN QUE REFIERA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA RELATIVA Y A LAS PRUEBAS QUE SE DESAHOGUEN EN ELLA, SIEMPRE QUE NO SE ESTÉ EN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2899. Reg. IUS. 163687.
- Tesis: XVII.1o.PA. J/25 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1942. Reg. IUS. 160330.
- Tesis: XVII.1o.PA.62 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD

DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2900. Reg. IUS. 163686.

- Tesis: II.2o.P.284 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4296. Reg. IUS. 160455.
- Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.
- Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Reg. IUS. 160526.
- Tesis: P. LXIX/2011 (9a.), PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Reg. IUS. 160525.
- Tesis: P. LXVII/2011(9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Reg. IUS. 160589.
- Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.

- Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 492. Reg. IUS. 2001430.
- Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.), SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 499. Reg. IUS. 2001493.
- Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Reg. IUS. 2002000.
- Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.
- Tesis: 1a. CCVIII/2011 (9a.), SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Reg. IUS. 160644.
- Tesis: P./J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740.
- Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

El Artículo 20 de la
Constitución Política
de los Estados Unidos
Mexicanos: primer
párrafo y apartado A

José Antonio CABALLERO
Carlos F. NATARÉN*

* José Antonio Caballero es profesor investigador en la División de Estudios Jurídicos del CIDE. Carlos F. Natarén es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proemio del artículo 20*. III. *Los principios*. IV. *Los principios generales del proceso penal y el texto del apartado A del artículo 20 constitucional*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ministerio Público; proceso penal mixto tradicional mexicano; nuevo proceso penal; sistema acusatorio; presunción de inocencia; *ius puniendi*.

1. Introducción

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*) el 18 de junio de 2008 es una muy amplia y ambiciosa modificación al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") que establece las bases para transformar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, el combate a la delincuencia organizada y el Sistema de Justicia Penal mexicano. Ahora bien, lograr esta última finalidad: transformar el proceso penal mexicano –que actualmente es de naturaleza mixta con predominancia de su etapa inquisitiva– por un sistema acusatorio, es uno de los retos más complejos y arduos que enfrenta el Estado de Derecho en México ya que implica modificar dinámicas institucionales que tienen raíces en el sistema político y en el ejercicio del poder.

La esencia del nuevo proceso mexicano está definida por el texto reformado del artículo 20 constitucional, que de esta forma se convierte en el núcleo del nuevo modelo. En el proemio de este precepto se establecen las bases del Sistema de Justicia Penal. El apartado A se refiere a los principios generales del proceso penal mexicano; el apartado B contiene los derechos de las personas a quienes se les imputa la comisión de un delito y el apartado C se refiere a los derechos de las víctimas u ofendidos.

El presente comentario se concentra en el análisis del párrafo primero del artículo 20 y en su apartado A. Para tal efecto, en primer lugar se presenta un desarrollo de los alcances de los principios ahí contenidos. La secuencia que se sigue tiene como objetivo mostrar los alcances del cambio que plantea dicho artículo en relación con el proceso penal mixto tradicional mexicano. De esta manera, se hace especial énfasis en la construcción procesal que implica la declaración de la existencia de un proceso penal acusatorio y oral sustentado en los principios como la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En la segunda parte se tratan las diez fracciones que integran el apartado A del artículo 20. En este caso el desarrollo se ocupa de las particularidades y las implicaciones procesales de los contenidos normativos ahí expresados. Destacan especialmente cuestiones relacionadas con los alcances de las normas procesales en la fase de la investigación y las excepciones que se plantean en el ámbito de la delincuencia organizada.

Para las dos partes del trabajo el análisis doctrinal se complementa tanto con criterios jurisprudenciales como con legislación comparada. Esto resulta especialmente relevante dada la novedad que representa este proceso en la vida jurídica mexicana.

Por otra parte, al iniciar el estudio de este artículo debe considerarse una cuestión preliminar: la estructura actual del artículo 20 de la Constitución mantiene la estructura del texto anterior, en tanto tiene un proemio y se divide en apartados, lo que en cierta forma condiciona su contenido, lo que se aprecia con mayor claridad en los derechos de la víctima del delito. Ahora bien, la reforma constitucional de 2008, modifica sustancialmente el proemio y agrega un apartado inicial, en que establece un conjunto de principios de gran trascendencia por lo que la interpretación del alcance de los derechos contenidos en los otros apartados debe modificarse en consecuencia.

II. El proemio del artículo 20

Como se ha afirmado, el proemio del artículo 20 constituye la columna vertebral del nuevo modelo del Sistema Penal mexicano. Establece como características esenciales que el proceso será acusatorio y oral. De igual forma, resulta de especial importancia que se hayan señalado cinco principios procesales como los que darán sustento al modelo mexicano: los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En las líneas que siguen iremos desglosando el contenido de cada uno de estos elementos.

1. El proceso penal acusatorio

Cuando se habla de proceso acusatorio se hace referencia al modelo construido en contraposición al proceso penal inquisitivo, cuyo elemento esencial es el de la separación de las funciones procesales. Es decir, la estricta separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar entre sujetos procesales independientes entre sí. De hecho, se considera que es el choque entre las distintas versiones de lo ocurrido, el contraste entre los argumentos que sostienen por un lado la acusación y por otra la defensa, lo que permite al juez, a través de la valoración de los méritos de cada posición, acercarse, lo más humanamente posible, a la verdad y poder estar en condiciones de juzgar.

El modelo penal acusatorio¹ se caracteriza por

- Separación de las tres funciones fundamentales en el proceso: acusar, defender y juzgar
- Igualdad procesal de las partes
- La valoración de las pruebas no es tasada sino basado en los criterios de la libre valoración y de la sana crítica
- Exclusión de la prueba ilícita
- Iniciativa procesal y, en especial, probatoria de las partes que se traduce en una actitud generalmente pasiva del juez

¹ Aunque puede decirse que el perfil de este modelo acusatorio es ya aceptado pacíficamente por la mayoría de la doctrina, también es posible encontrar importantes matices doctrinales. Así por ejemplo, para Tonini la diferencia esencial entre los modelos acusatorios e inquisitivos radica en que los primeros se basan en el *principio de la dialéctica* mientras que los inquisitivos en el *principio de autoridad*, en tanto suponen que a mayor poder se le entregue a un sujeto procesal, mayor capacidad tendrá para encontrar la verdad, por lo que, desde la perspectiva inquisitiva, resulta conveniente la concentración de las funciones de acusación, defensa y juez en un solo sujeto. Por otra parte, debe señalarse que existen algunas posiciones doctrinales que consideran que la contraposición de los modelos debe ser señalada entre la forma inquisitiva y la forma contradictoria del proceso. En este sentido, De la Oliva critica que bajo la denominación de *principio acusatorio* se han englobado demasiados elementos procesales que no tienen entre sí una relación esencial y, por tanto, necesaria. De esta forma, se unen bajo esta denominación, reglas de vigencia necesaria e indiscutible con otros criterios contingentes y discutibles. Finalmente, también debe destacarse la posición doctrinal que niega la calidad de proceso, de auténtico proceso al modelo inquisitivo, por lo que se afirma que en rigor, el proceso penal sólo puede ser acusatorio. Cfr. Tonini, Paolo, *Manual breve diritto processuale penale*, 3a. ed., Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 33; De la Oliva, Andrés *et al.*, *Derecho procesal penal*, 6a. ed., Madrid, Ceres, 2003, p. 63 y Montero Aroca, Juan *et al.*, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, *Proceso Penal*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 11.

- Límites en la aplicación de las medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva
- Límites a la posibilidad de recurrir la sentencia
- Contradicción
- Publicidad, y
- Forma oral²

2. Los procesos adversariales y los procesos acusatorios

Por otra parte, si bien el concepto "acusatorio" no presenta mayor dificultad para su definición, en razón de lo difundido del término, deseamos señalar el equivoco que se ha venido gestando al encontrarse múltiples referencias a un modelo "acusatorio adversarial".

En este sentido, debe empezar por señalarse que el término "adversarial" es un anglicismo que se toma del *adversary* o *adversarial system* norteamericano. Y es erróneo desde dos perspectivas: en la primera el *adversarial system* es equivalente o sinónimo de sistema acusatorio, por lo que el concepto de "proceso penal acusatorio adversarial" sería un concepto redundante.³

Desde otra perspectiva,⁴ se señala que para la doctrina norteamericana el sistema de proceder en materia penal es "adversarial" y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas es acusatorio. Desde esta posición, ambos términos, "adversarial" y "acusatorio", se complementan respectivamente, pero no significan lo mismo.

² Estas características, con ligeras variantes pueden ser encontradas en la mayoría de la doctrina procesal penal, para el caso mexicano véase Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, 17a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 29. Ahora bien, debe señalarse que algunas de estas características no se consideran esenciales al sistema —como las denominadas emboscadas como resultado de un *discovery* deficiente (manifestación deficiente a la contraparte de las pruebas con que se cuenta), la publicidad o la preferencia por el desahogo oral de la prueba—, para Damaska existe un contexto ideológico que hace que algunas de estas características sean una selección automática. Para este autor la principal diferencia entre los modelos es que el acusatorio es concebido como una disputa entre dos partes en una posición de igualdad frente a un juez que debe resolver sobre la cuestión, mientras que el inquisitivo se concibe como una investigación, oficial y cuidadosa, acerca de la posibilidad de que un delito haya sido cometido. Cfr. Damaška, Mirjan R., "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study", 121 University of Pennsylvania Law Review 506 (1973), p. 564. Faculty Scholarship Series. Paper 1591. Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591> (1 de agosto de 2012).

³ En el uso de *adversarial system* como equivalente a sistema acusatorio véase Damaska; Mijar, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models Of Criminal Procedure: A Comparative Study" *supra* nota 3, p. 554.

⁴ Véase Gómez Colomer, Juan Luis, "La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir", p. 10 y siguientes. Disponible en <<http://perso.unifr.ch/derechopenal/inicio>> (1 de agosto de 2012).

Así se señala que "adversarial" significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso; mientras que "acusatorio" significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Público que tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado. Es en este contexto que se explica que la posición del juez y del jurado es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse en la contienda tal y como es planteada por las partes, dictando finalmente una sentencia justa.

Ahora bien, resulta de especial interés que desde esta perspectiva

...el sistema adversarial norteamericano y su proceso penal no se entienden sin el Jurado, de manera que la posición en él del juez (mero espectador) y de las partes (dueñas del proceso) es tal porque el juicio, y más en concreto la práctica de la prueba, va a tener lugar ante el Jurado, quien decide de verdad"⁵

Así pues, si aceptamos esta explicación, debe considerarse que el término adversarial hace referencia a reglas de disposición de la *litis* y de la aportación de las pruebas en el modelo norteamericano, subrayando esta última referencia: el término adversarial, en realidad, se refiere al proceso penal con jurado, característico del proceso penal en los Estados Unidos.

De esta forma, el uso del término "proceso penal acusatorio adversarial" es incorrecto ya que en estricto sentido debe entenderse como referencia al modelo procesal norteamericano, ordenado en torno a la figura del jurado, y por tanto, esencialmente diferente con el modelo mexicano.

3. La técnica de la oralidad

El texto del proemio del artículo 20 establece que el proceso penal será, además de acusatorio, *oral*. En este sentido, conviene considerar que cuando la actividad procesal se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada, estamos ante un proceso verbal o caracterizado por la oralidad.

⁵ *Ibidem*, p. 10 y 11.

Difícilmente se hallará en las leyes o en la realidad un proceso por completo oral ya que en todo proceso penal moderno siempre existirá algún acto escrito,⁶ pero para ser calificado como tal será suficiente que, los alegatos o argumentaciones, la presentación y desahogo de la prueba y, en su caso, la última concreción de las pretensiones y sus fundamentos, antes de la sentencia, se presenten al juez o tribunal de viva voz.⁷

Se puede señalar que existirá la oralidad en sentido pleno cuando los que escuchan puedan hacer preguntas y obtener respuestas de quienes hayan hecho una declaración. La oralidad, así entendida, es una herramienta que permite al juez valorar la credibilidad de un testigo y su testimonio.

Se debe señalar que ha sido esta característica –la oralidad– la que se ha utilizado como bandera principal del proceso de reforma al sistema de justicia en México, lo que ha llevado a identificarla, incluso, con la denominación de los "juicios orales". Esta situación, si bien ha ayudado a posicionar este proceso de reforma en la sociedad, mas allá del ámbito tradicional en que son conocidas las reformas judiciales, también ha tenido el efecto de simplificar demasiado un proceso que aspira a concretar algo mas que un cambio de forma procesal.

Al respecto, debe señalarse que, en rigor, el nuevo sistema no puede calificarse de "juicios orales". No sólo porque, como se ha señalado, no existen sistemas procesales modernos que no incluyan la realización de actos con forma escrita, sino además porque el nuevo sistema requiere que la gran mayoría de las causas se resuelvan en etapas previas al juicio. De igual forma, es necesario considerar que el concepto de "juicios orales" trae connotaciones de los juicios por jurado en México, cuya última etapa de realización fue en las primeras décadas del siglo XX y que fue suprimido en 1929.⁸ El diseño del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano no incluye a los jurados y eso conlleva importantes diferencias.

Finalmente, deseamos dejar claro que en el nuevo modelo la "oralidad" es instrumental a los fines de la reforma, es un medio y no un fin, por lo que sus alcances, sin que sean desestimados, deben ser considerados en una adecuada medida. En otras palabras, se considera que la oralidad es una de las herramientas más importantes para lograr que el proceso sea acusatorio.

⁶ Esto es señalado por el maestro Fix-Zamudio en su detallado estudio sobre esta forma procesal, al respecto *cfr.* "Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal", en Serrano Migallón, Fernando, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Cipriano Gómez Lara*, México, Porrúa, 2007, p. 99.

⁷ *Cfr.* De la Oliva, Andrés *et al.*, *Introducción al Derecho Procesal*, 2a. ed., Madrid, Ceres, 2004, § 4. Estructura y formas básicas del proceso, párr. 19.

⁸ Véase Sodi, Federico, *El jurado resuelve*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.

III. Los principios

Debemos iniciar por señalar que son principios del proceso los criterios, reglas y lineamientos sobre los que se basa la construcción y aplicación de las normas fundamentales de la función jurisdiccional. Es así que se justifica que se les llame principios, por otra parte debe considerarse que el término debe usarse con precisión, ya que al usarse con ligereza se cae en el riesgo de vaciarlo de sentido. En otras palabras: "donde todo es principio, luego nada lo es".⁹

Así pues, el denominar principio a un criterio o regla del proceso no abunda en la claridad conceptual del proceso penal. De hecho, la doctrina frente al empleo siempre creciente del listado de "principios" ha optado por establecer categorías. De esta manera, encontramos que se ha hecho distinción entre principios políticos y técnicos del proceso. De acuerdo con esta posición, los principios políticos son aquéllos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso: en ellos repercuten los primeros.¹⁰

De forma similar, se distingue entre principios jurídicos naturales o necesarios del proceso y los principios jurídico técnicos. Los primeros son aquéllos esenciales que deben ser tomados en cuenta por la legislación y la realidad procesal si se desea que el proceso resulte elementalmente justo y generalmente considerado como tal. Los principios jurídico técnicos en cambio son criterios que responden al perfil de la materia –penal, civil, mercantil, familiar– por lo que se deben adecuar a relaciones y situaciones jurídicas, muy diferenciadas entre sí y, en consecuencia, son contingentes o accidentales al proceso.¹¹

⁹ Así lo ha señalado De la Oliva cuando afirma: "No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resultaría preferible utilizar los conceptos y términos de "reglas" o "máximas". Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina "derecho": cuando todo son "derechos", nada es derecho. No se trata sólo de procurar que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad y se aprovechen las conquistas de la ciencia y de la técnica –también, por tanto, de la ciencia y de la técnica jurídicas–, sino de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y derechos. Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos "principio" a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado "principio" de economía procesal." De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 3.

¹⁰ Cfr. "Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal", en *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 333-374.

¹¹ De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 4 y 20.

En nuestra opinión, el proemio del artículo 20 sigue esta lógica de señalar una mayor importancia de ciertos principios y establece con toda claridad cinco principios que constituyen la esencia del modelo mexicano: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Es a partir de estos principios que el diseño del nuevo proceso penal acusatorio se deberá desarrollar. En consecuencia, existirá una prelación de principios procesales que permitirá resolver problemas de interpretación y aplicación práctica de las normas procesales

1. Principio de Publicidad

El proceso penal será público cuando las actuaciones procesales más relevantes puedan ser presenciadas por terceros, no bastando con que a los actos procesales puedan acudir las partes, sus representantes y sus defensores. De hecho, así se entiende por el Poder Reformador de la Constitución ya que señala que, de acuerdo con este principio, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.¹²

De modo que una vez que la publicidad de los actos procesales es establecida como regla, la cuestión real es el sentido y alcance de esta en la práctica. Así pues, este principio tiene múltiples efectos en diversos ámbitos del sistema de justicia penal, incluyendo, como ahora veremos, la arquitectura de las sedes de los juzgados y tribunales.

El punto de partida para la inclusión de este principio es la limitada publicidad del proceso mixto tradicional vigente en la actualidad. En buena medida, estas limitaciones a la publicidad se encuentran relacionadas con la forma en la que se desarrolla el trabajo en los tribunales del país. En primer lugar, cabe destacar que las condiciones de los juzgados en donde se tramitan los procesos penales no suelen ser las más adecuadas. El espacio para el desarrollo de las diligencias es limitado.

De hecho, lo inadecuado de los espacios donde se desarrolla el proceso afecta también a otros derechos del imputado, como el derecho a la defensa. En este aspecto destaca el empleo de la rejilla de prácticas que coloca a los procesados tras las rejas durante las audiencias. Esta situación no sólo afecta la presunción de inocencia sino también limita el contacto de

¹² Véase Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública. Disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/feb/20080221-IV.html#Dictámenes>> (29 de junio de 2013) Esto es acorde con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

los procesados con su defensor con comodidad. Adicionalmente al problema de los espacios debe señalarse que el énfasis que se pone en mantener constancia escrita de todo lo actuado dificulta mucho la observación de lo que sucede en las audiencias. En términos generales puede decirse que las audiencias se celebran en torno a las máquinas de escribir o computadoras utilizadas para capturar lo que está ocurriendo. En este sentido, la forma oral del proceso acusatorio constituye un medio que permite transformar actividad procesal e incentivar la publicidad.

Por otro lado, es necesario discutir las condiciones en las que es posible acceder o limitar la información sobre los procesos que se encuentran en trámite. Si bien hay importantes cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de las partes involucradas, también es necesario considerar que la publicidad es en sí misma una garantía que contribuye a reducir la posibilidad de que se cometan irregularidades durante la tramitación de las causas.¹³ En este sentido debe considerarse que la mayor parte de los nuevos códigos procesales penales en los Estados permiten limitar la publicidad para la protección de los datos personales, en relación con el artículo 6o. de la CPEUM.¹⁴ De igual forma, la SCJN no declaró inconstitucional los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales que limitan la publicidad de las investigaciones penales, incluso las ya concluidas,¹⁵ decisión que seguramente será recogida en la configuración del nuevo proceso penal federal. Cabe hacer notar que la investigación criminal (averiguación previa) por su propia naturaleza requiere de sigilo. Sin embargo, cuando ésta se presenta ante un juez para juzgar a un indiciado lo ahí actuado, en principio es público, toda vez que es el sustento de la acusación.

2. Principio de Contradicción

El proceso será contradictorio si las partes pueden debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio. La doctrina ha denominado también a este principio como principio de audiencia *audiatur et altera pars*

¹³ Véase Anitua, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2003.

¹⁴ Pero incluso en estos casos, el ámbito de protección no es el mismo para las partes o para jueces, agentes del Ministerio Público o defensores. Véase Caballero, José Antonio. "Acceso a la información judicial" en *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia*, compilado por Caballero, José Antonio, Gregorio, Carlos y Hammergren, Linn, Instituto de Investigaciones para la Justicia, Buenos Aires, 2012.

¹⁵ Véase Acción de inconstitucionalidad 26/2009. Sentencia de 3 de julio de 2012, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105821>> (27 de junio de 2013) En contraposición, véase Tesis 1a. X/2012 (10a.), DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650. Reg. IUS. 2000209.

y su formulación tradicional es que *nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio*.

Como señala la doctrina¹⁶ este principio recoge una elemental exigencia de justicia, se trata de que no se pueda infligir un perjuicio a un sujeto, a través de una decisión o resolución judicial, sin que ese sujeto haya tenido una oportunidad de actuar, dentro del proceso de que se trate, en defensa de sus derechos e intereses legítimos conforme a lo que esté previsto o no prohibido expresamente por la ley.

En nuestra opinión, de las descripciones anteriores del principio, es en el supuesto de que *haya tenido oportunidad* donde encontramos la diferencia entre una vigencia meramente formal o simulada y la efectiva vigencia de este principio en el proceso penal. De hecho, puede señalarse que en el proceso penal mixto tradicional vigente hay muchos espacios procesales donde las oportunidades de actuar en defensa de sus derechos e intereses se encuentra seriamente limitada. De estos problemas resulta paradigmática la actual etapa procesal denominada pre-instrucción que por su diseño legislativo afecta la capacidad de defensa de los imputados y, en general, el funcionamiento de los juzgados como consecuencia de un reducido plazo –constitucional– para el dictado de la resolución que le pone fin a esta etapa: el denominado auto de término constitucional.

En efecto, una vez que el Ministerio Público pone a disposición del juzgador al indiciado, el juzgador cuenta con un plazo de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del imputado. Este plazo, a petición del inculpado, podrá ser duplicado con la finalidad de aportar o desahogar pruebas con base en las cuales el juzgador dictará el auto de término constitucional. De esta manera, los jueces cuentan ordinariamente con 72 horas para resolver la situación jurídica de quienes han sido puestos a su disposición en calidad de imputados y, en forma extraordinaria, con 144 horas.

Existen tres tipos de auto de término constitucional. En primer lugar, el auto de libertad que se dicta cuando el juez considera que la acusación presentada por el Ministerio Público no es suficiente para sustentar un proceso penal en contra del imputado. En segundo lugar, el auto de sujeción a proceso, en el que el juez encuentra que hay elementos suficientes para iniciar un proceso para determinar la responsabilidad del imputado, pero no procede la prisión preventiva por tener el delito de que se trata una sanción privativa de la libertad o tener la posibilidad de una pena alternativa. Lo cual limita a los supuestos a un número de delitos que

¹⁶ De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 5.

—determinado por el Código Penal que sea aplicable al caso concreto— invariablemente se pueden contar con los dedos de una mano.

Finalmente, en los casos que el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad, se encuentra el auto de formal prisión en el que el juez determina que existen los elementos probatorios necesarios para iniciar un juicio y, en consecuencia, de oficio debe declarar procedente la prisión preventiva del imputado.

En los dos últimos casos, los jueces tienen la obligación de dictar dichos autos cuando se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como que se satisfaga lo establecido en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales. Es decir, que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculcado; esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalada sanción privativa de libertad; que esté probada la probable responsabilidad del acusado; y, por último, no esté plenamente comprobada a favor del inculcado alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.

De lo anterior se desprende que el juez debe realizar un conjunto importante de actuaciones durante las setenta y dos horas —o en su caso ciento cuarenta y cuatro horas—. Es decir, dentro de dicho término, el juzgador deberá radicar el asunto, calificar la detención, y tomar la declaración preparatoria. Adicionalmente, debe considerarse que con frecuencia los jueces que se encuentran de turno son los responsables de conocer todos los asuntos que requieren una solución.

Ahora bien, un objetivo de la ampliación a ciento cuarenta y cuatro horas es brindar al inculcado una mayor oportunidad de defensa. Sin embargo, incluso con dicha ampliación, el tiempo es insuficiente, por lo que en la mayoría de los casos no es posible articular una defensa adecuada. Sobre esta cuestión debe considerarse que frecuentemente ocurre que hasta que se inicia la diligencia de la declaración preparatoria dentro de las primeras 48 horas del término constitucional, el inculcado tiene la oportunidad de contactar a su defensor y enterarse de todo el contenido de la averiguación previa. Es decir, es hasta ese momento en que se entera con precisión de qué se le acusa y qué pruebas existen en su contra.

De esta forma, las perspectivas para una efectiva vigencia del principio de contradicción son muy negativas. Resulta evidente que son muy pobres las oportunidades de actuar adecuadamente del indiciado. Se encuentra frente a la acusación de la que hasta muy recientemente tiene conocimiento, con un plazo menor a 72 horas o en su caso a 144 horas para presentar pruebas de descargo y, por si fuera poco, frente a un juzgador con una alta carga de trabajo, que tiene el mismo plazo fatal para analizar todo el expediente que fue aportado por el Mi-

nisterio Público en la consignación –integrado por un conjunto probatorio constituido desde la fe pública de esta parte que al mismo tiempo es autoridad y parte acusadora—y que, por tanto, también condiciona las posibilidades de desahogar la prueba que se le proponga.

Desde esta perspectiva no es sorpresivo el dato que los juzgadores suelen confirmar un alto porcentaje de las consignaciones con el auto de formal prisión. Dada la insuficiencia del tiempo y la gran posibilidad de que no se haya conocido la acusación previamente, la vigencia efectiva del principio de contradicción puede ser puesta en tela de juicio.

A corregir esta clase de situaciones se orienta la redacción del nuevo texto constitucional, de hecho existen recientes resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que enfatizan esta finalidad, así señala que el principio de contradicción contiene, en favor de las partes, el derecho a tener acceso a la investigación llevada por el Ministerio Público y a los ofrecidos por el imputado y su defensor para controvertirlos y participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen, presentando, en su caso, versiones opuestas e interpretaciones de los resultados de dichas diligencias.

La Primera Sala recoge el elemento de la importancia de la existencia de oportunidad efectiva de actuar en defensa de sus derechos e intereses al subrayar que es necesario que la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes así como los datos en que sustenten sus respectivas teorías del caso debe ser en la propia audiencia, a fin de someterlos al análisis directo de su contraparte.¹⁷

Por otra parte, resulta de interés señalar que en otra resolución la misma Primera Sala establece que la institución de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, en tanto manifestación del principio *iura novit curia*, constituye un límite a la vigencia del principio de contradicción, cuando se aplique en beneficio del imputado.¹⁸

¹⁷ Tesis 1a. CCXLIX/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, tomo1, p. 292. Reg. IUS. 160184.

¹⁸ Tesis CCL/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, t.1, p. 290. Reg. IUS. 160186. En nuestra opinión esta tesis parte de un error conceptual al atribuirle al principio de contradicción efectos de preclusión. Lo cual explica que considere que es necesario limitarlo en función de la suplencia de la queja. En efecto, la tesis señala que aun en los casos en que haya existido la oportunidad de las partes de intervenir directamente en el proceso, no puede traer como consecuencia que en el caso de una defensa inadecuada, por una deficiente argumentación en el debate de los elementos presentados en su contra, se deje al imputado en estado de indefensión, al no haberse controvertido correctamente su valor convictivo, menos aún en el caso de reservarse su derecho a realizar alguna manifestación, y que su silencio sea utilizado en su perjuicio, cerrando la posibilidad de que estas decisiones sean revisadas en amparo.

3. Principio de Concentración

Se señala que el proceso será concentrado cuando el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.¹⁹

Ahora bien, debemos hacer notar que en el caso de este principio, junto al de *continuidad*, la Constitución ha elevado al nivel más alto humildes principios que, normalmente, no se encuentra en el centro de las definiciones de los modelos procesales. La razón más probable para esta novedosa situación es que en el Poder Reformador de la CPEUM de 1917 hayan influido dos consideraciones: la primera, el texto de la reforma busca hacer frente a los mas graves problemas del proceso mixto tradicional vigente en la actualidad y, la segunda, que en la redacción del nuevo proemio del artículo 20 encontramos la influencia directa de los Códigos acusatorios de los Estados de Chihuahua y Oaxaca.²⁰

En efecto, uno de los problemas mas graves del proceso actual es la ampliación, en estricto sentido, innecesaria de los tiempos en los que se desarrolla la actividad procesal, derivado de la dispersión de las actuaciones procesales. Esta dispersión se facilita al tratarse de un proceso de forma predominantemente escrita y, en términos reales, la ausencia de concentración se traduce en la prolongación temporal de los juicios, provocando un perjuicio por igual a los derechos de los imputados y de las víctimas del delito.

En cuanto a la influencia de los sistemas estatales vigentes en el texto constitucional debe señalarse que la concentración se encuentra ligada a la forma oral de los actos procesales. En efecto, la oralidad no se concilia bien con el orden sucesivo y espaciado de las actuaciones, sino que comporta más bien la concentración de la actividad procesal entera –o de la mayor parte de ella– en un solo acto, que recibe el nombre de audiencia de juicio oral. Los modelos estatales de Chihuahua y Oaxaca fueron los pioneros en el sistema de proceso penal basado en audiencias orales y sus códigos tienen en sus artículos iniciales a la concentración.

La concentración tiene dos vertientes, por un lado se habla de la reunión en un único acto procesal del desahogo de todas las pruebas, del debate y de la resolución del caso. Derivada

¹⁹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública, *supra* nota 13.

²⁰ Véase Hidalgo Murillo, Jose Daniel, *Argumentar en la audiencia oral y pública, desde los principios de intermediación y contradicción*, México, Flores Editores, 2011, sobre este tema véase el capítulo inicial *passim*. Hidalgo Murillo ha revisado la evolución de los principios y su definición en los Códigos Procesales estatales haciendo evidente cual ha sido la trayectoria de estos y sus principales influencias.

de esta configuración, el principio de concentración implica la reunión en el mismo acto procesal de todas las partes, los testigos y peritos.

4. Principio de Continuidad

El proceso será continuo cuando la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley. La *continuidad* puede ser identificada de mejor forma si se considera su opuesto, en virtud del cual el acto procesal, la audiencia, se suspende o interrumpe.

Así, mientras el principio de concentración busca evitar la dispersión temporal y material de los actos y sujetos procesales, a través del principio de continuidad se busca asegurar que la decisión sea tomada a través de una valoración de conjunto de todas las actuaciones procesales, que en virtud de la *concentración*, fueron realizadas en una sola audiencia.

De esta forma, el principio de continuidad se refiere a la exigencia que la dialéctica procesal no sea interrumpida, es decir, que la audiencia se desarrolle en forma continua, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. De hecho, cuando la audiencia se interrumpe y no se reanuda dentro de los diez días siguientes después de la suspensión, casi todas las legislaciones la consideraran interrumpida, violando el principio de continuidad y exigiendo que se realice de nuevo desde su inicio.

Debe entenderse que la suspensión legítima puede darse, siempre que no transcurra el plazo dicho, cuando el juicio se suspende para resolver una cuestión incidental que, por su naturaleza, no pueda resolverse inmediatamente; para practicar algún acto fuera de la sala de audiencias; cuando sea imposible o inconveniente continuar el debate porque no comparezcan testigos, peritos o intérpretes y deba practicarse una nueva citación y que ellos comparezcan, incluso coactivamente, por intermedio de la fuerza pública; cuando el juez o cualquiera de las partes enfermen a tal extremo, que no puedan continuar interviniendo en el debate, a menos que el juez, el agente del Ministerio Público o el mismo abogado defensor del imputado pueda ser reemplazado inmediatamente, porque el tribunal se hubiere constituido, desde el inicio del debate, con un número superior de jueces que el requerido para su integración, de manera que los suplentes pasen a integrarlo y permitan la continuación del debate; cuando el Ministerio Público lo requiera para ampliar la acusación por causas superveniente, o el defensor lo solicite una vez ampliada, siempre que por las características del caso no se pueda continuar inmediatamente; o excepcionalmente, cuando alguna catástrofe o algún hecho extraordinario tornen imposible su continuación.

En este sentido, como se ha señalado²¹ el principio de continuidad, permite suspender el interrogatorio de un testigo, perito, oficial de policía o del mismo imputado, por el cansancio de la hora, porque se trata de una diligencia larga, porque se ha señalado para varias sesiones o porque es conveniente el descanso. De esta manera, podemos afirmar que la *continuidad* busca establecer las mejores condiciones posibles para que el juez tome las decisiones que el desarrollo del proceso requiere. Para ello le acerca en la medida de lo posible todo el conjunto de los elementos que deben ser valorados para tomar su decisión.

5. El Principio de Inmediación

Existirá inmediación en el proceso cuando el o los jueces que van a resolver sobre alguna cuestión tomen conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escuchen directamente los argumentos de las partes con la presencia interrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella.

Se señala que existe una clara relación entre oralidad, concentración e inmediación del juzgador en el momento de la práctica de las pruebas e incluso de las alegaciones de las partes. En este sentido, al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente forzosa: el miembro o miembros del tribunal han de estar presentes y pueden escuchar las alegaciones e intervenir personalmente en la práctica de las pruebas.

Debe señalarse que la inmediación entendida con referencia a la práctica de las pruebas, es el contacto e intervención directa e inmediatos respecto de la actividad probatoria. La inmediación es compatible, sin embargo, con un proceso que, en su conjunto, no sea predominantemente oral.

Ahora bien, el incumplimiento del principio de inmediación procesal es otro de los principales problemas en el proceso penal mexicano. El juzgador no está presente en muchas de las actuaciones del proceso, y únicamente interviene cuando "hay asuntos delicadillos o el caso es complicado". Por ejemplo, una de las diligencias más importantes es la declaración preparatoria ya que es crucial para todo acusado. Sin embargo, ante la falta de inmediación, el juez no escucha la versión del indiciado sobre los hechos, y tampoco las posibles irregularidades que pudieron haber existido en la averiguación previa.

²¹ *Idem.*

A pesar de que el juez tiene la obligación de asistir al juicio; así como, de estar presente en la audiencia de derecho, en la práctica no es así.²² En este sentido, parece ser que los jueces han delegado el grueso de la tramitación del juicio a los secretarios.

Algunos autores sostienen que uno de los resultados de que el juez no conduzca el proceso penal es que se reduce la posibilidad de que el juicio se conduzca bajo las reglas y estándares del debido proceso penal. Esto puede generar deficiencias en la tutela de garantías y, en ocasiones, imprecisión en el dictado de la sentencia. Asimismo, se dice que los jueces que no asisten a las audiencias corren el riesgo de analizar erróneamente las pruebas. Podría pensarse que toda ausencia física del juez en los momentos clave del proceso, da lugar no sólo a una distancia entre el juez y el procesado, sino también, produce el alejamiento del juez al proceso. Desde luego que esta cuestión puede tener matices. Cuando el ritmo de las audiencias es de dictado a una máquina de escribir, el valor de la inmediación es limitado. Sin embargo, en un escenario de oralidad efectiva, la inmediación se torna indispensable.

No es posible realizar un análisis de la ausencia de inmediación sin aludir a las condiciones de trabajo que enfrentan los jueces y su personal cotidianamente. Una justa valoración de su trabajo necesariamente lleva a considerar que en ocasiones la carga de trabajo puede resultar excesiva para la unidad jurisdiccional. En consecuencia, los jueces se ven obligados a aceptar que se desarrollen varias audiencias al mismo tiempo. Por otra parte, el énfasis que se pone en registrar todo lo actuado por escrito produce un importante cuerpo documental que contiene lo actuado en las audiencias de tal forma que los jueces pueden acceder a dicha información en cualquier otro momento. Evidentemente, este último argumento debe ser valorado a la luz de los beneficios que trae consigo el principio de inmediación.

IV. Los principios generales del proceso penal y el texto del apartado a del Artículo 20 Constitucional

En el proemio encontraremos los *principios*, entendidos como las reglas o criterios que tienen que regir todo el sistema de justicia penal y deberán servir de guía tanto al legislador como a los operadores jurídicos. En las diez fracciones del apartado A, en cambio, se encuentran tanto lineamientos generales que desarrollan a los principios como excepciones o limitaciones a los mismos.

²² Véase *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la tercera Encuesta a Población en Reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. Coordinadores: Elena Azaola y Marcelo Bergman, CIDE, México, 2011.

1. El objeto del proceso penal

Dos cuestiones saltan a la vista de la lectura de la fracción primera del apartado A del artículo 20 constitucional: los problemas de sintaxis y el hecho de que el uso del concepto "objeto del proceso" no es en un sentido técnico procesal para referirse a la *litis*, en rigor al contenido de la acción penal y sus elementos, sino que el texto hace referencia a las que tradicionalmente se han considerado las finalidades del proceso penal.

En efecto, por un lado, la fracción hace referencia al objeto, así, en singular, para pasar de inmediato a enumerar cuatro "objetos". Por otro lado, puede señalarse que la confusión entre objeto y fin del proceso hace eco de un viejo debate en la doctrina mexicana donde no existe acuerdo sobre estos conceptos.²³ Desafortunadamente, la ausencia de resolución de este debate teórico tiene efectos prácticos, ya que la claridad conceptual del objeto proceso ayuda a definir cuestiones de mucha importancia como cosa juzgada o la litispendencia. Por otra parte, la claridad sobre las finalidades del proceso ayuda a comprender su función en el Estado constitucional de Derecho.

En consecuencia, en nuestra opinión, debe afirmarse con toda claridad que las finalidades del proceso penal se concretan en obtener una resolución sobre la responsabilidad penal del

²³ En este tema no existe acuerdo en la doctrina sino un amplio conjunto de opiniones, que en algunos casos son completamente opuestas entre sí; sin que hasta donde tenemos conocimiento haya existido un diálogo doctrinal. Por ejemplo puede verse que Julio Hernández Pliego dice que el proceso tienen como objeto principal el conflicto de intereses que ha de resolverse aplicando la ley y como objeto accesorio, aquellas otras cuestiones que puedan surgir de manera marginal con relación accesorio al proceso. En torno a los fines, siguiendo a Florián señala que existirá un fin mediato que se identificará como la realización del Derecho Penal, un fin inmediato que es la aplicación de la ley abstracta e impersonal al caso concreto. De igual forma, señala que existen fines específicos que son el descubrimiento de la verdad histórica y la individualización de la sanción en función de la personalidad del delincuente. Por otra parte, Carlos Barragán Salvatierra señala que el objeto del proceso se relaciona con el hecho concreto: Cita a Beling y a Florián "El objeto del proceso es un asunto de la vida en torno a la cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea del proceso" "Es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera delito y que se desarrolla entre el estado y el individuo a quien se le atribuye el derecho con el fin de aplicar la ley penal. y distingue entre Objeto Principal y Objeto accesorio. En cuanto al fin del proceso penal cita a Fenech: "Aquello sobre lo que recae la actividad en que el mismo desarrollan sus sujetos no debe confundirse con el fin, puesto que esto es lo que se propone conseguir. Los sujetos del proceso desarrollan una serie de actos, cuya fuente legal los conduce aun fin común, girar en torno a una petición, a una defensa y una decisión que armoniza la petición y la defensa. Cita a Goldsmith quien en su opinión "Al igual que Fenech tiende a considerar el objeto del proceso como la exigencia punitiva hecha valer en el mismo. Así existirá un fin general, un fin mediato y un fin inmediato: La verdad histórica. La personalidad del delincuente. Por su parte Carlos E. Cuenca Dardón señala que el objeto del proceso es encontrar la verdad histórica del hecho. Mientras que el fin del proceso incluye la aplicación de la ley al caso concreto; sujetar la aplicación de la ley a ciertas reglas; preparar la acción penal y preparación del proceso penal. En el caso de Sergio García Ramírez encontramos que este cita a Jiménez Asenjo para definir el objeto del proceso como: "La necesidad de reparar el orden jurídico positivo, cuando no se cumple directamente sirve a tres finalidades" y en las finalidades del proceso penal encuentra las generales del orden jurídico; las generales del proceso penal y las específicas del propio proceso penal. Véase Hernández Pliego, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, *supra* nota 3, p. 13-17; Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, México, Mac Graw Hill, 2002, Serie Jurídica, pp. 75-80; Cuenca Dardón, Carlos E., *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, 4a. ed., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2000, pp. 31-32 y García Ramírez, Sergio, *Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 1980, pp.1-4.

imputado que sea materialmente correcta, que al mismo tiempo, sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y como tercera condición que, la misma resolución nos lleve al restablecimiento de la paz jurídica. En otras palabras, no todo ejercicio estatal del *ius puniendi* es legítimo, sólo aquel que puede fundarse en las condiciones señaladas y que, por tanto, su concreción es de especial trascendencia al proceso penal.

De esta forma, encontramos que dentro del Estado de Derecho, el proceso penal acusatorio, en tanto garante de los derechos de las víctimas y de los imputados, sólo puede aceptar sentencias que cumplan con las finalidades descritas. De esta forma, la corrección material –entendida como el hecho que la sentencia esté fundada en la realidad–, el apego al ordenamiento jurídico procesal, y el restablecimiento de la paz jurídica constituyen las condiciones mínimas que debe cumplir la resolución o sentencia del tribunal con la que se pone fin al proceso penal. Así, se puede considerar que el fin del proceso es permitir la realización o concreción, en el caso concreto, de la justicia penal, subrayando que la justicia penal no sólo puede ser aplicación de una pena al culpable sino, dado el caso, en la libertad del inocente.²⁴

Debe señalarse que desde esta perspectiva, el pleno respeto a los derechos fundamentales de los sujetos que toman parte en él, adquiere prioridad frente a las otras dos finalidades. En efecto, sólo dentro del marco del respeto a los derechos de la víctima y del imputado el Estado adquiere la legitimidad necesaria para el ejercicio del *ius puniendi*. En consecuencia, a pesar de que resulta esencial para el proceso penal que este termine por una sentencia que se apegue a los hechos que conforman la denominada verdad histórica, en oposición a la "verdad formal" característica del proceso civil, y que, de igual forma, se busca que toda sentencia en materia penal sea la vía para la finalización del conflicto social que dio origen al proceso, es el respeto a los derechos fundamentales el que define los límites en los que se puede imponer una sanción penal. esta perspectiva encuentra su sustento en la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Un ejemplo puede permitir observar con claridad este fenómeno de primacía de la finalidad de garantía de los derechos fundamentales sobre la corrección formal, e incluso sobre la obtención de la paz pública, en el proceso penal: a través de las reglas de nulidad de la prueba

²⁴ Se enfatiza esta posibilidad considerando la estadística de los juzgados de primera instancia en México, donde es posible encontrar órganos jurisdiccionales que durante todo el año judicial no tienen más que un puñado o, de plano, ninguna sentencia absolutoria. Esta situación refleja, por un lado, muchos de los problemas del derecho a la defensa en el actual sistema y, por otro, una distorsión de la función jurisdiccional al entenderse como una herramienta del poder punitivo del Estado. De hecho, en estudio sobre prisión preventiva en nuestro país, ha sido destacada la paradoja de las "condenas que liberan".

ilícita se establece la exclusión de todo el material probatorio que haya sido obtenido o incorporado al proceso sin el pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado.

Es a partir de estas finalidades del proceso que el objeto del proceso debe definirse como la cuestión sometida a la consideración del tribunal y sobre la cual ha de pronunciarse. En este sentido, el objeto del proceso se encuentra definido por el hecho con apariencia delictiva y el sujeto a quien se le imputa su realización y respecto de quien se definirá la existencia o no de responsabilidad. Se hace evidente la relación entre la idea de corrección material de la sentencia como fin del proceso y la determinación de la "verdad histórica" de los hechos que constituyen el objeto del proceso.

De igual forma se señala que existirá un objeto principal, que se encuentra delimitado por la pretensión punitiva del Estado y objetos accesorios que constituyen aquellas otras cuestiones que de manera accesorio, ya que no forman parte de la determinación de la sanción, son sometidas a la consideración del tribunal, en esta clasificación encontramos a la determinación de la reparación del daño.

En la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional encontramos enumerados como objeto del proceso cuatro elementos. El primero es el esclarecimiento de los hechos. Ya hemos señalado que la aplicación del *ius puniendi* sólo puede estar fundada en una correlación entre realidad y sentencia, por lo que no abundaremos. Sin embargo, agregarse que resulta muy meritorio que el texto no hable de la búsqueda de la "verdad" en el proceso.²⁵ El segundo de los elementos es "proteger al inocente". Desde nuestra perspectiva el concepto de *inocente* es en un sentido amplio, que puede aplicarse al imputado, con lo que se vincula con la presunción de inocencia y las garantías que conlleva –y a las que haremos referencia mas adelante en nuestro comentario a la fracción VIII de este artículo– como también se aplica a la víctima y a las garantías para su trato digno.

²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La verdad y la veracidad en el derecho procesal* dentro del ciclo "El concepto de realidad, verdad y mitos en la ciencia, filosofía, arte e historia.", México, Porrúa-El Colegio Nacional, 2004, párr. 44. El maestro Fix Zamudio ha señalado que "La tendencia contemporánea del derecho procesal probatorio consiste en aproximarse lo más posible al conocimiento de los hechos y de las afirmaciones de las partes sobre los mismos por conducto de los instrumentos probatorios, con el objeto de lograr el mayor grado de certeza en los hechos alegados en el proceso, de tal manera que el juzgador pueda cerciorarse de la correspondencia con la realidad de las afirmaciones de las partes sobre los hechos controvertidos, es decir de la verdad real y no exclusivamente formal o legal que predominó por tanto tiempo." Sobre el debate contemporáneo sobre la verdad y el proceso sugerimos la revisión del primer capítulo del libro *La prove dei atti giuridici* en el que si bien, dentro del marco del proceso civil, se hace un recuento de las posiciones doctrinales al respecto, existe traducción al español por Jordi Ferrer, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005.

El tercer de los elementos es "procurar que el culpable no quede impune", donde la selección del verbo procurar no es casual. Dentro de la tradición jurídica mexicana el concepto "procuración de justicia" se encuentra muy ligado, casi de forma natural con el Ministerio Público y la Procuraduría General a la que esta adscrito. De esta forma, en el Sistema Mexicano, el concepto del "procurador", a diferencia de muchos países se encuentra reservado al funcionario que encabeza la institución del Ministerio Público. De esta forma, encontramos en este elemento también una referencia a la obligación estatal de brindar seguridad pública y, por tanto, fundamenta una de los dos polos entre los que se debate el proceso penal: la respuesta eficiente a la criminalidad, que complementa la necesaria garantía de los derechos fundamentales a la que ya hemos referencia.

Finalmente se establece como cuarto elemento "que los daños causados por el delito se reparen". Al respecto debe señalarse que este es uno de los problemas mas graves que enfrenta una víctima en el actual sistema mixto tradicional. En efecto, la cuestión de la reparación del daño es un tema que no sólo involucra los problemas que enfrentan las víctimas de un delito sino que también evidencian importantes problemas institucionales. Por una parte, las averiguaciones previas y en general los procesos penales suelen prestar poca atención a esta cuestión. En ese sentido, la carga de la prueba y el impulso procesal necesario para obtener la reparación del daño corresponde a la víctima aunque no tiene necesariamente la condición procesal adecuada para presentar su reclamo.

Por otro lado, los bienes asegurados con motivo de la comisión de un delito suelen permanecer durante largos periodos en condiciones precarias de almacenamientos y sujetos a un deterioro permanente. Esta circunstancia genera importantes pérdidas a las víctimas del delito sin contar con los costos que enfrentan las instituciones públicas para su almacenamiento.

Finalmente, hasta esta reforma constitucional, la reparación del daño había sido considerada por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia como parte de la sanción penal.²⁶ Esta situación debe modificarse ya que como se puede apreciar en el apartado C del artículo 20 constitucional, la reparación del daño constituye un *derecho* de la victima u ofendido por el delito. A mayor abundamiento, este cambio en su naturaleza se aprecia no sólo en la claridad de la afirmación de que es un derecho sino en que la titularidad de su ejercicio corresponde a la víctima, de la que el Ministerio Público tiene la obligación constitucional de protección y coadyuvancia. Así, la reparación del daño puede ser solicitada por la víctima u

²⁶ Véase Tesis 1a. LIII/2006, REPARACIÓN DEL DAÑO. ES UNA SANCIÓN PECUNIARIA AUTÓNOMA CUYA PREVISIÓN CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. *Se-manario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, t. XXIII, marzo de 2006, p. 209. Reg. IUS. 175458.

ofendido aún sin la participación del Ministerio Público –aunque con la finalidad de su protección se sigue incluyendo en las obligaciones de la representación social–.

De igual forma, parte de la profunda transformación de la naturaleza jurídica de la reparación del daño es que en el mismo texto constitucional se distingue entre la sentencia de condena y la obligación de la reparación del daño con lo que se convierte en una resolución paralela a la condena, resuelta por el juez en materia penal, donde la protección de la víctima u ofendido es el núcleo del diseño procesal. Desde esta perspectiva la reparación del daño tendrá un social positivo al entregarle al ciudadano mejores herramientas para que el proceso penal funcione como protector de sus derechos e intereses.

2. El Juez en el proceso penal acusatorio y oral

La fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional establece dos principios relacionados con la función jurisdiccional, por un lado enfatiza el contenido del *principio de inmediatez* y por otro establece el sistema de valoración de la prueba en el nuevo proceso penal.

a. La inmediatez en las audiencias

La primera parte de la fracción II señala que

... toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo de las pruebas.

En este sentido ya hemos señalado que existirá inmediatez cuando los elementos de prueba, tanto los que se servirán de fundamento de las decisiones preliminares en el proceso, como los que se utilizarán para determinación de la responsabilidad penal, son desahogados sin mediaciones o intermediarios ante el juez en una audiencia.

En este sentido, se busca asegurar que el juzgador tendrá los mejores elementos para valorar la prueba y su presencia se convierte en una garantía para la víctima y el imputado por el delito. Ya se ha señalado que la inmediatez puede ser compatible con sistemas procesales escritos, sin embargo, la redacción de esta fracción establece que será el modelo de proceso por audiencias orales el que se utilizará en el diseño del proceso penal mexicano.

b. El sistema de valoración de las pruebas

La segunda parte de la fracción II señala que

... la valoración de las pruebas [...] deberá realizarse de manera libre y lógica.

En este sentido Fix-Zamudio²⁷ señala que existe una discusión doctrinal sobre los diversos sistemas de valoración de las pruebas, pues en tanto que algunos los dividen en dos, pero dentro del segundo se incluye una subclasificación, los restantes consideran que son tres los métodos de apreciación.

En efecto, un sector de la doctrina sostiene que existen dos principios relativos a la apreciación de la prueba por parte del juzgador: a) Los que han sido señalados en forma imperativa por el legislador y que conforman la llamada prueba legal o tasada, b) los que se refieren a la prueba libre o de la libre convicción, aun cuando respecto de este último sector admiten una subdivisión al referirse a la prueba racional o de la sana crítica.

Aun cuando en ocasiones se utiliza la frase convencimiento en conciencia, esto no significa que el juzgador puede actuar como un jurado integrado por legos sin preparación jurídica, ya que el juez está obligado a fundamentar su decisión sobre la apreciación de las pruebas. Este sistema significa que la ley no somete al juzgador a ningún criterio predeterminado, de manera que la llamada libre convicción del juez según su recta conciencia, no puede nunca equivaler a arbitrariedad, capricho o despotismo.

Siguiendo a Fix-Zamudio,²⁸ consideramos que es más claro señalar que existe una triple categoría en cuanto a los criterios de apreciación judicial de los medios de convicción: el primer sistema es el de la libre convicción *strictu sensu*, que es aquella que por haberse tomado en conciencia, no requiere de una justificación racional de la decisión a que se ha llegado sobre los hechos y respecto de la veracidad de las partes sobre los mismos, y que sólo se admite para los ciudadanos legos integrantes del jurado.

El segundo sería la denominada prueba razonada o de la sana crítica, que es la que predomina en la actualidad, de acuerdo con este sistema, el juzgador no está sometido a criterios estrictos sobre la apreciación de los medios de convicción, sino que debe actuar de acuerdo con los principios de la lógica y de la experiencia, lo que lo obliga a expresar los argumentos que lo llevaron a su decisión sobre la prueba. Estos elementos de convicción deben ser valorados en su conjunto y no de manera aislada, con el objeto de obtener un panorama sobre la veracidad de las pretensiones de las partes apoyadas en los hechos controvertidos.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *La verdad y la veracidad en el derecho procesal*, *supra* nota 26, párr. 36.

²⁸ *Ibidem*, párr. 36 y 37.

Finalmente, encontramos el sistema que imperó por mucho tiempo pero que actualmente se encuentra en retirada es el de la prueba legal o tasada, de acuerdo con la cual el legislador fija con rigidez los lineamientos que debe seguir el juez para determinar su convicción sobre los medios de convicción.

En los trabajos del Poder Reformador de la Constitución se aprecia que esta división doctrinal es la que fundamenta el contenido del precepto, ya que coincide materialmente con una pequeña variación en la terminología, ya que denomina libre valoración a la prueba razonada o sana crítica, que en nuestra opinión evita confusiones.²⁹

3. La igualdad en el proceso

La fracción III del apartado A del artículo 20 Constitucional señala que

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

Se agrega una reserva de ley como garantía institucional de esta regla, ya que se afirma que sólo podrá ser exceptuada en los casos y con los requisitos establecidos por el legislador para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

La regla general que establece que una sentencia solo podrá estar fundada en la prueba que se produzca en juicio, tiene la finalidad de garantizar los principios de igualdad procesal y de contradicción. Busca solventar uno de los problemas de diseño más graves del sistema de justicia penal vigente. En efecto, actualmente, el proceso penal mixto tradicional descansa en su

²⁹ Véase Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública *supra* nota 13, p. 30: "El principio de libre valoración de la prueba es el que se asume para la toma de decisiones. Se adopta este principio porque los otros sistemas que han sido reconocidos históricamente para la valoración de la prueba en el derecho moderno, son notoriamente ineficaces para garantizar el carácter racional de la actividad jurisdiccional. En efecto, el sistema de la íntima convicción es propio de los sistemas en los que los juzgadores de hecho y los de derecho están separados, es decir, en aquellos sistemas que prevén el juicio por jurado. En esas tradiciones, el jurado no está obligado a motivar sus decisiones. Tal no será el caso en México, puesto que las decisiones de hecho serán adoptadas por jueces profesionales que estarán obligados a fundar y motivar sus decisiones, tal como lo ordena ya el artículo 16 constitucional. El sistema de prueba tasada conduce a resultados insatisfactorios. En tales sistemas prevalece una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial –prueba plena y semiplena–. A pesar de la pretendida objetividad de este sistema sus resultados son francamente pobres desde el punto de vista de la calidad de la información usada para la toma de decisiones. Esta apariencia de objetividad se deriva de su carácter enmascaradamente deductivo, que rehúsa una auténtica motivación desde los hechos. El conocimiento empírico en el derecho es primordialmente inferencial inductivo. Por tal motivo, los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal."

etapa de investigación en la actividad que el Ministerio Público desarrolla con una doble naturaleza: autoridad y parte acusadora. Así, investido con fé pública, el Ministerio Público se encuentra en condiciones de construir un amplio conjunto probatorio sin contradicción alguna. Ahora bien, el *quid* del problema es que estos materiales probatorios al tratarse de documentos investidos de la fe ministerial, se consideran desahogados al entregarse el expediente al juez al formularse la acusación, la denominada consignación del delito, y en consecuencia, deberán ser considerados como prueba plena.

La igualdad procesal postula que los distintos sujetos del proceso –quien acusa y quien es acusado– dispongan de iguales medios para defender en el proceso sus respectivas posiciones, esto es, dispongan de iguales derechos procesales, de parejas *posibilidades* para sostener y fundamentar lo que cada cual estime que le conviene. Es evidente que el actual sistema, en tanto permite la incorporación directa de la investigación al proceso, sin la posibilidad de combatir en concreto cada actuación ministerial, genera una gran ventaja a favor del Ministerio Público.

De esta forma, la fracción III busca establecer igualdad procesal entre la acusación y la defensa al señalar un entorno contradictorio, público y con intermediación para el desahogo de la prueba.

La excepción a esta regla, es decir, la prueba anticipada constituye un elemento esencial para el funcionamiento adecuado del sistema, en especial en los casos de delitos complejos o de situaciones extraordinarias. En general, este tipo de excepciones no suele aparecer en textos constitucionales. Sin embargo, dada la marcada tendencia reglamentaria del constituyente mexicano, se optó por incorporarlo.

La cuestión central en este punto pasa por establecer una regulación de la prueba anticipada que se coloque en un punto de equilibrio entre los extremos que son, por un lado, la completa permisividad frente a la actividad del Ministerio Público, para que realice e incorpore a juicio prueba anticipada según su conveniencia con lo que regresaría a una situación muy similar a la que se desarrolla en el proceso penal mixto tradicional vigente y, en el otro extremo, una regulación que buscando impedir un desequilibrio procesal cierre definitivamente, sin ninguna excepción razonable, la posibilidad de incorporar a juicio, de los elementos de la investigación, generando en consecuencia casos de impunidad.

En el ámbito del derecho comparado se pueden apreciar dos tendencias, una más abierta y menos formalista permite su solicitud en cualquier momento hasta antes de instalarse el juicio oral. La otra tendencia es la de cerrar la puerta a la prueba anticipada y establecer dos momentos en que es procedente su petición: en la audiencia de preparación, o al terminar

la declaración ante el fiscal. La primera tendencia permite el anticipo de cualquier tipo de prueba y no sólo la testimonial y declaración de peritos, con indicación textual de la posibilidad de recurrir la negativa de la prueba anticipada

En los códigos procesales penales mexicanos la petición de prueba anticipada se podrá realizar en cualquier momento hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, de cualquier medio de prueba pertinente, siempre que ésta sea practicada ante el juez de control; por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. Por otra parte, se regula que el Ministerio Público podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de menores de edad que fueren víctimas de delitos sexuales. Otra regla que se ha agregado es la posibilidad de considerar prueba anticipada para los casos en que sea probable que los testigos sean intimidados o coaccionados.

Por otra parte, existe otro efecto de esta regla: la actividad procesal de las audiencias previas no puede ser considerada material probatorio para efectos de fundar la sentencia sobre el fondo sino que únicamente podrán fundar las decisiones preliminares, como por ejemplo el auto de vinculación a proceso. En estos casos, cuando no se trate de alguna de las excepciones que permiten convertir la actividad en prueba anticipada, la prueba deberá ser desahogada nuevamente en la audiencia de juicio oral.

Para subrayar esta distinción, a partir de la propuesta realizada por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la Federación en su Código Modelo, la legislación mexicana ha desarrollado el concepto de "dato de prueba" entendido como:

...la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.³⁰

³⁰ Propuesta de Código Modelo, disponible en <[http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu\(Conatrib\).pdf](http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu(Conatrib).pdf)> (1 de agosto de 2012).

4. La imparcialidad y el juez no contaminado

La fracción IV del apartado A del artículo 20 constitucional establece que "el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente" con ello, el Poder Reformador de la Constitución fortalece una característica fundamental del proceso la imparcialidad judicial al establecer parámetro de exigencia muy alto: la imparcialidad objetiva.

El proceso moderno se estructura básicamente

...de dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y de un juzgador que, situado por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones.³¹

Así, la imparcialidad del juzgador es una de las principales características con que se le ha investido tradicionalmente; incluso, se puede señalar que antes de la configuración moderna del proceso, siempre ha estado presente la idea de encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que estamos ante una nota esencial a la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, también que cuando la imparcialidad del juez no exista o esté erosionada no podemos hablar propiamente de proceso. La imparcialidad se encuentra estrechamente relacionada con la independencia judicial, tanto que se ha llegado a afirmar que "la imparcialidad es una manifestación de la independencia judicial en un caso concreto".³²

Ahora bien, antes de abordar el concepto de imparcialidad objetiva debe reconocerse que en la fracción III del apartado A del artículo 20 no se menciona expresamente el derecho al juez imparcial.³³

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos el derecho fundamental al juez imparcial también se encuentra expresamente garantizado, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo reconocen expre-

³¹ Cfr. De la Oliva, Andrés et al., *Introducción al Derecho Procesal*, *supra* nota 8, párr. 1.

³² Cfr. Arias Domínguez, Joaquín, *La abstención y recusación de jueces y magistrados*, Madrid; Edersa, 1999, p. 42.

³³ La imparcialidad de los jueces se menciona en el artículo 17 de la Constitución.

samente. De igual forma lo encontramos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, el concepto de la imparcialidad objetiva, es una construcción influenciada por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o "el Tribunal Europeo";³⁴ específicamente con relación a su interpretación del artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH o "la Convención Europea"), por lo que comentaremos las líneas generales de lo que el TEDH entiende por imparcialidad, teniendo como referencia la sentencia al caso Castillo Algar contra España de 28 de octubre de 1998.³⁵

En primer termino observamos que el TEDH inicia afirmando que, de acuerdo con el artículo 6.1 de la CEDH, la imparcialidad debe apreciarse desde dos puntos de vista, por un lado un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto con un determinado caso, y por otro lado un criterio objetivo, tendente a ofrecer las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.³⁶

Tratándose del aspecto subjetivo, el Tribunal Europeo afirma que

...la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario.³⁷

En lo que respecta a la imparcialidad objetiva, ésta consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. Para el Tribunal en esta materia, "incluso las apariencias pueden revestir importancia". En su opinión, es muy importante que los tribunales de una sociedad democrática inspiren confianza a los justiciables y, especialmente, a los procesados.

³⁴ Cfr. Bujías Vadee, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Techos, 1997, pp. 262: Es este un claro ejemplo de uno de los efectos indirectos de las sentencias de los tribunales supranacionales, en este caso del TEDH, denominado generalmente de "cosa interpretada". Es decir, cuando el Tribunal Europeo resuelve un caso concreto, lo hace interpretando y definiendo el alcance de las disposiciones del Convenio de Roma *con efectos sobre todos los Estados parte*. Sobre el tema y su recepción de acuerdo a la Constitución Española de 1978

³⁵ Véase TEDH. *Castillo Algar vs. España*. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 28194/95.

³⁶ Cfr. TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, párr. 43 e *Incal vs. Turquía*. Sentencia de 9 junio 1998. App. No. 22678/93, párr. 65.

³⁷ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, par. 44 y *Hauschildt vs. Dinamarca*. Sentencia de 24 mayo 1989. App. No. 10486/83, párr. 47.

Como consecuencia lógica de lo anterior,

...debe recusarse todo Juez del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad.³⁸

Sin embargo el Tribunal matiza que, para pronunciarse sobre la existencia de una razón legítima para temer en un Juez una falta de imparcialidad, la opinión del acusado debe tenerse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. Se concluye entonces que,

...el elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse *objetivamente* justificados.³⁹

Más adelante en la misma sentencia –Castillo Algar vs. España– se plantea la pregunta, ¿cuándo sí se pueden considerar las dudas sobre la imparcialidad del juez como objetivamente justificadas?, y en opinión del Tribunal la respuesta deberá de variar según las circunstancias de la causa y señala para el caso concreto, que

...el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede en sí mismo, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad.⁴⁰

Ahora bien, partiendo entonces de la jurisprudencia comentada, valdría la pena considerar las circunstancias del proceso penal en México. En este modelo procesal el órgano jurisdiccional realiza valoraciones sobre las etapas preliminares de la investigación para decidir si es procedente, o no, su continuación, por lo que ocurre que el juez adquiera ciertas opiniones acerca de los hechos investigados.

Este fenómeno nada dice en contra del ánimo o intención con que la investigación se dirija: puede ser, en todo momento, de la máxima imparcialidad y objetividad. Pero parece del todo natural, inevitable, que en el trascurso de la supervisión de la investigación se forje una idea concreta de los hechos, adquiera una prevención o prejuicio, porque el avance del proceso implica enjuiciamientos provisionales sobre conductas.

Con el propósito de que lo que decida el contenido de la sentencia definitiva sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, contemplada y valorada por el tribunal senten-

³⁸ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, par. 45 y *Hauschildt vs. Dinamarca*, *supra* nota 38, párr. 48.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ TEDH. *Castillo Algar vs. España*, *supra* nota 36, párr. 46 y *Hauschildt vs. Dinamarca*, *supra* nota 38, párr. 50.

ciador con garantías de plena imparcialidad objetiva, se dispone, en los casos referidos, que los juzgadores que intervinieron con decisiones sobre el desarrollo de la investigación no puedan intervenir en la decisión sobre el fondo del asunto. Esta parece ser la posición del Poder Reformador de la Constitución.

5. El *onus probandi* y la presunción de inocencia

La fracción V del apartado A del artículo 20 Constitucional puede dividirse en dos partes por un lado encontramos la regla que establece que "la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal." la segunda parte refuerza expresamente la importancia de la igualdad procesal.

En lo que se refiere a la presunción de inocencia en el proceso penal mexicano puede afirmarse que en el proceso mixto tradicional mexicano es evidente su falta de vigencia efectiva. Aspecto especialmente preocupante y que afecta el funcionamiento sistema procesal penal en su conjunto.

El principio liberal de presunción de inocencia corresponde al derecho fundamental de toda persona a no ser considerado culpable de la comisión de un delito, hasta que no se haya demostrado su responsabilidad en la comisión de un delito en un proceso ante un tribunal en el que haya tenido un efectivo derecho de audiencia. La SCJN ha señalado que este principio se traduce en que el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado.⁴¹

La presunción de inocencia es una derivación del principio del debido proceso y descansa sobre tres premisas. Por un lado está relacionada con las bases axiomáticas del derecho procesal penal, ya que presupone que el derecho penal va dirigido a personas con libre albedrío y capacidad para evitar las conductas prohibidas. Por otra parte, la presunción de inocencia implica un valor social: la convicción de que es peor condenar a un inocente que dejar impune a un culpable. Finalmente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia repre-

⁴¹ Cfr. Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVI, agosto de 2002, p.14. Reg. IUS 186185.

senta un elemento de compensación a favor del inculpado, que se ve enfrentado al poder del Estado.⁴²

En el proceso penal mixto tradicional mexicano la vigencia del derecho a la presunción de inocencia es limitada. De hecho, durante las primeras fases del proceso, es decir durante la averiguación previa y la etapa intermedia, la presunción de inocencia prácticamente desaparece. Entre los factores que facilitan esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre se ha considerado parte de la tradición jurídica mexicana, que no está expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no ha desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*⁴³ del proceso penal en la tradición del *common law*. Así se puede observar que en la práctica medidas cautelares personales como el arraigo domiciliario y la prisión preventiva son reglas de aplicación general, sin apenas tomar en cuenta las circunstancias específicas del inculpado o, peor aún, del sospechoso.

En efecto, la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y el nuevo texto constitucional en su artículo 19 busca modificar esta práctica.

Otro ámbito en el que la presunción de inocencia apenas se hace perceptible es durante la fase del juicio. En efecto, es de resaltarse la poca o nula atención que se le presta a la necesidad de que exista una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia como se verá en los comentarios a la fracción VIII.

Así pues, esta fracción V resulta de especial relevancia al establecer un derecho esencial a la configuración del nuevo proceso. Si consideramos que la presunción de inocencia tiene dos vertientes: regla de trato al imputado y exigencia probatoria, el resultado es que por la aplicación de la primera vertiente, en la construcción del nuevo proceso penal acusatorio, las restricciones a la libertad a través de la prisión preventiva deberán siempre estar fundadas en un conjunto mínimo de prueba. Con lo que se hace necesaria que la interpretación de la prisión preventiva oficiosa, establecida en el artículo 19 sea realizada de forma armoniosa con la presunción de inocencia. Lo que llevaría, en nuestra opinión, a la posibilidad de rein-

⁴² Cfr. García Ramírez, Sergio, "Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación", en Ponencias Generales del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, México, Asociación Internacional de Derecho Procesal-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 2003, p. 26. García Ramírez señala que "el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales".

⁴³ Véase Corte Suprema *In re Winship*, 397 U.S. 364 (1970).

interpretar la regla de la prisión preventiva de oficio para los delitos graves, para establecer que es el estudio de su viabilidad, la obligación *ex officio* para el juez, y no su otorgamiento.

6. La igualdad de armas en el proceso

La segunda parte de la fracción V del apartado A del artículo 20 constitucional señala que

...las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

Como se ha señalado, la mayor parte de los principios generales del proceso penal contenidos en esta fracción van dirigidos a problemas específicos del actual sistema. En el caso de esta clausula constitucional el problema que se busca resolver ya ha sido mencionado: en el proceso penal mixto tradicional vigente no existe igualdad de armas. Esta situación es muy evidente en la etapa de investigación o averiguación previa.

En efecto, durante el desarrollo de la averiguación previa la posición del indiciado es endeble frente a la acción del Ministerio Público. Esta situación suele tener efectos adversos sobre sus posibilidades de defensa. Con frecuencia se percibe una marcada inactividad de los indiciados y sus defensores durante la etapa ministerial. Las explicaciones de este fenómeno son variadas. No obstante, una de las principales es aquella que se relaciona con la actitud de los agentes del Ministerio Público, quienes se suelen mostrar poco favorables al desahogo de diligencias solicitadas por la defensa y, en general, muestran una limitada colaboración para que los abogados del indiciado se entrevisten con su cliente o intervengan en el desahogo de otras pruebas.

Por lo que respecta al contacto entre el imputado y su abogado, es necesario reconocer que es una práctica frecuente limitar la comunicación de aquellos. De esta manera, los contactos entre imputados y defensores son esporádicos durante esta etapa. Adicionalmente, los agentes del Ministerio Público acostumbran esperar hasta la última etapa de sus pesquisas, cuando el plazo de las 48 horas establecido por el artículo 16 de la Constitución se encuentra cercano a su conclusión, para tomar la declaración ministerial del indiciado. Esta conducta plantea diversos problemas para la defensa. Por una parte reducen las posibilidades de acción de los abogados defensores, puesto que la declaración ministerial es por lo general el primer momento en el que el indiciado conoce de qué se le acusa y entra en contacto con su abogado. Por otro lado, margina a la defensa de las investigaciones desarrolladas durante la averiguación previa, ya que cuando se toma la declaración ministerial el expediente está prácticamente listo para la consignación. Esta última consecuencia también ocasiona que la

defensa no tenga capacidad efectiva para preparar argumentos orientados a desvirtuar las diligencias desahogadas en la averiguación previa y a presentar pruebas de descargo.

El escenario anterior se puede complicar todavía más si se toma en cuenta lo dispuesto en la legislación procesal. En ese tenor, es posible mencionar como ejemplo el artículo 53, fracción VI, tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, que establece que

...el Ministerio Público no estará obligado a notificar la admisión o práctica de los medios de prueba. Igualmente, podrá ejercitar la acción penal sin recibir los que ofreció el inculpado o su defensor en su momento, el juzgador decidirá sobre la admisión y práctica de las mismas.

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 128, inciso E) dispone que se le reciban los testigos y demás pruebas al inculpado siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación, puede significar importantes limitaciones para la defensa si es que la autoridad no ejerce en forma adecuada su facultad discrecional.

En términos generales, se aprecia un importante desequilibrio entre las partes durante la averiguación previa, lo cual redundará en una limitada capacidad de defensa de los indiciados. Lo anterior, no ilustra simplemente una cuestión de inequidad procesal en una fase administrativa del proceso penal, sino que también tiene graves implicaciones sobre el papel que se espera cumplan los agentes del Ministerio Público quienes deben encaminar sus acciones como representantes de la sociedad bajo el principio de la buena fe.

Ahora bien, esta situación es reconocida por la jurisprudencia y la SCJN ha iniciado un conjunto de criterios dirigidos a favorecer la igualdad de las partes, a través de una efectiva contradicción. Así puede señalarse la tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), Registro: 160 812, en la que dispone que sólo en el caso de que el juez de garantía hubiere tenido acceso a la carpeta de investigación, el juez de amparo podrá imponerse de la misma. Estableciendo con claridad que sólo podrá hacerlo respecto de los datos que el juez de primera instancia haya tenido en cuenta a fin de dilucidar la controversia.⁴⁴

⁴⁴ Véase Tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PARA RESOLVER SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD NO ADMITIRÁ NI TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN DATOS QUE NO SE HUBIESEN TOMADO EN CUENTA POR EL JUEZ DE GARANTÍA PARA SU EMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 993. Reg. IUS. 160812.

La Primera Sala de la SCJN fundamenta esta decisión señalando que de llegar a considerarse datos en que no se hubiera fundado la petición de una orden de aprehensión o que se hayan desahogado en la audiencia de vinculación a proceso, se vulneraría la contradicción que rige el proceso penal acusatorio, que permite el equilibrio entre las partes y conduce a un pleno análisis judicial de la contienda.⁴⁵

7. La contradicción y la interdicción de la audiencia privada ex parte con el juzgador

La fracción VI del apartado del artículo 20 constitucional se dirige a fortalecer la vigencia del *Principio de contradicción* a través de la prohibición de una práctica muy generalizada en el sistema mexicano: la audiencia privada del juez en favor de una de las partes con el fin de argumentar en favor de su posición, práctica conocida coloquialmente como alegato de oreja. Así se explica que el texto de la fracción establezca que:

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

El origen de esta práctica radica en la ausencia de las audiencias orales en el proceso penal mixto tradicional vigente. Es decir, dado que los litigantes no pueden convencer al juez de sus argumentos jurídicos y fácticos en la sala de audiencias, se reúnen con el juzgador en su despacho para presentar sus argumentos en relación con el asunto que deberá resolver. Estas reuniones *ex parte* tiene dos efectos: primero, distorsionan el proceso, ya que la parte contraria no tiene oportunidad de cuestionar los argumentos vertidos en dichas reuniones. Segundo, muchos jueces sostienen que un alto porcentaje de su tiempo se ocupa en esto.

Es evidente que esta prohibición constitucional redundará en beneficio de la construcción de un auténtico proceso penal acusatorio y oral, sin embargo, debe señalarse que, aunque puede ser expuesta de manera sencilla, su concreción en la práctica conlleva transformar una parte de los hábitos de los operadores jurídicos, que hasta este momento no habían considerado que las audiencias *ex parte* fueran intrínsecamente perniciosas para el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.⁴⁶ Así pues, cuando se señala que la reforma constitucional implica un cambio cultural se hace referencia a la modificación de prácticas como esta.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Esta práctica la realizan los juzgadores de todos los niveles y jurisdicciones, de hecho la SCJN hace pública la agenda de sus integrantes, y por tanto de las reuniones *ex parte*, para mayor transparencia, en busca de la ya men-

8. La terminación anticipada del proceso penal

El texto de la fracción VII del apartado A del artículo 20 Constitucional da fundamento a una de las más importantes características del nuevo modelo procesal: el fortalecimiento de las formas anticipadas de terminación del proceso. De hecho, en el nuevo proceso penal debe partirse del hecho de que las denominadas salidas alternas o medios alternos constituyen el núcleo del nuevo sistema. Son de la mayor importancia para la viabilidad del sistema, se espera que la gran mayoría de los casos no lleguen a juicio.

Estas formas anticipadas o salidas alternas se establecen, con el fundamento constitucional de esta fracción VII en los nuevos Códigos. Así el texto que señala que

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

...permite que, en muchos casos el proceso penal no realice el recorrido completo de la tramitación de todas las etapas procesales sino que termine debido a un acuerdo recaído en la iniciativa de las partes. En el modelo procesal mexicano se han establecido cuatro tipos de salida alternas: los criterios de oportunidad, el juicio abreviado, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.

En lo que se refiere a los criterios de oportunidad, el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora expresamente esta figura al señalar que:

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

En materia del ejercicio de la acción penal –entendida como la facultad de pedir al juez la imposición de una sanción en contra de un individuo derivada de la existencia de responsa-

cionada imparcialidad objetiva.

bilidad penal— nuestro país tradicionalmente ha seguido el principio de legalidad. En otras palabras, en presencia de datos que acrediten el cuerpo delito y la probable responsabilidad, el agente del Ministerio Público deberá —es decir, en todos los casos, ya que no es una facultad discrecional sino un deber— ejercer la acción penal.

Los criterios de oportunidad implican que, no obstante de que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación a alguno o a varios hechos, o a alguna de las personas que participaron en su realización.

Los criterios de oportunidad *strictu sensu* implican que la Institución del Ministerio Público establecerá, como parte de las decisiones de política criminal, la procedencia de la acción penal en consideración de las características particulares de cada caso. Sin embargo, dado que esto implica un gran poder discrecional para el Ministerio Público —y en consecuencia para el Ejecutivo—, se ha buscado atemperarlo a través del establecimiento, dentro de los Códigos, de los casos en los que procede la aplicación de estos criterios.

El modelo acusatorio aspira a que la aplicación de los criterios de oportunidad tenga como fundamento razones objetivas y sin discriminación, aplicando a cada caso individual, los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia respectiva. Esto pone de manifiesto que la aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser realizada como parte de una política criminal claramente delineada por parte de la misma Procuraduría, con la consiguiente exigencia de fundar y motivar la aplicación del criterio de oportunidad a un caso particular.

La decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

Por otra parte, el procedimiento abreviado, permite dictar una sentencia de forma más rápida y de cuantía menor que en el procedimiento ordinario, en los casos en que, previa solicitud del representante social, el imputado admita el hecho que le atribuyera el Ministerio Público en su escrito de acusación, acepte la aplicación de este procedimiento y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido constituido como acusador coadyuvante. Si la víctima no está constituida como coadyuvante se le escuchará, pero su criterio no será vinculante.

La solicitud del Ministerio Público de ir al abreviado puede presentarse en la audiencia en que se dicte el auto de vinculación a proceso. El Juez de Garantía puede rechazar la apertura del procedimiento abreviado, decisión con la que se continúa el procedimiento hasta la audiencia intermedia donde el Ministerio Público podría solicitar nuevamente el abreviado.

El punto más polémico de esta salida alterna es que el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa. Esta posibilidad, que se introduce por primera vez en el Sistema Jurídico mexicano a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, es muy criticada por la doctrina.

De igual forma el hecho que la condena no puede ser superior a la pena solicitada por el Ministerio Público y que esta implica una disminución de la pena mínima establecida en los Códigos Penales ha sido criticado señalando que conlleva una limitación al arbitrio del juez que conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional. De igual forma, resulta interesante la distinción entre aceptar la participación y confesar, que es necesaria para la lógica de la salida como está diseñada.

La tercera de las posibles salidas alternas son los denominados acuerdos reparatorios, aunque podrían utilizarse otras denominaciones, son aquellos que recogen un pacto entre la víctima u ofendido y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto, "a través de cualquier mecanismo idóneo", que tiene el efecto de concluir el procedimiento.

El ámbito en el cual los acuerdos reparatorios pueden ser admitidos siempre es limitado en los Códigos para excluir los cometidos por medios violentos y los que causan mayor alarma social. Estos acuerdos proceden hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral, es decir, desde la etapa de investigación hasta la audiencia intermedia.

Respecto de esta salida alterna, la cuestión principal que debe resaltarse son las medidas que deben existir para garantizar que el acuerdo no se encuentre condicionado por la ley del más fuerte. Requieren participación del Estado como garante de la igualdad de las partes.

En la regulación de los acuerdos reparatorios nos parecen especialmente delicados tres puntos: primero, debe asegurarse que la aceptación del acuerdo sea completamente voluntaria, que no exista una presión indebida sobre la parte más débil de la negociación; la segunda cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, es la necesidad de la existencia de un control judicial de la decisión, conveniente en la medida en que el juez funcione como garante de la vigencia efectiva de los derechos de las partes, con especial atención a la víctima u ofendido, y

la tercera de las cuestiones, derivada de la anterior, es la forma de establecer un seguimiento oficial del cumplimiento de los acuerdos, que asegure que no se queden simplemente en el papel.

Finalmente encontramos la suspensión del proceso a prueba. Esta salida alterna procede en los casos en que ya se ha dictado auto de vinculación a proceso, por un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido.

Al igual de los criterios de oportunidad y del abreviado, procede a solicitud del Ministerio Público, pero en este supuesto también admite la solicitud del imputado. Esta solicitud de la suspensión del proceso a prueba tiene el mismo plazo que los acuerdos reparatorios, es decir, hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral. Se resuelve en una audiencia donde el imputado deberá plantear, en su caso, un plan de reparación del daño causado por el delito (el plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que, en su caso, pudiera llegar a imponerse o una reparación simbólica, así como los plazos para cumplirla) y, lo que diferencia esta salida alterna de las otras, es el detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir y que el juez le impondrá.

En efecto, esta salida alterna implica una resolución en la que el juez fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado. El período de suspensión del proceso a prueba que no podrá ser inferior a un año y dependiendo del Código que lo rija, ni tampoco podría ser superior a cinco.

9. El principio de presunción de inocencia y la prueba

La fracción VIII de del apartado A del artículo 20 Constitucional introduce expresamente al sistema procesal mexicano la necesidad de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia al señalar que

...el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Esta regla que se puede considerar evidente para el proceso penal acusatorio resulta necesaria para la reforma al Sistema de Justicia Penal mexicano. En efecto, en la práctica mexicana, de alguna manera, el principio de inocencia se ha invertido, ya que durante todo el proceso es el indiciado el encargado de desvirtuar las pruebas de la acusación y no ésta la que debe

probar la culpabilidad del indiciado. Como se ha mencionado, el problema se presenta desde la integración de la averiguación previa. Posteriormente, durante la actual etapa intermedia –el término constitucional–, los jueces analizan fundamentalmente la averiguación previa y con base en ella dictan el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En realidad, para ellos resulta más fácil ratificar el contenido de la averiguación previa que generar una resolución desvirtuando la acusación del Ministerio Público.⁴⁷

El derecho a la presunción de inocencia, concebido como regla de juicio, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. En consecuencia toda sentencia de condena debe cumplir con los siguientes requisitos: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la Constitución; c) valorada, y debidamente motivada, por los tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia.

En este sentido, se señala que la sentencia de condena debe enumerar las pruebas que considera de la importancia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva. Sobre la parte acusadora pesa, pues, la carga de acreditar con pruebas válidas, los elementos del delito, sus circunstancias constitutivas y la participación real del acusado.

A falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que los elementos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas, rumores o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la sentencia condenatoria.

Ahora bien, para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de tales hechos base; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento engarce lógico entre el

⁴⁷ Véase Pásara, Luis. *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006.

hecho base y el hecho consecuencia, y d) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común .

10. La regla de exclusión de la prueba ilícita

La fracción IX del apartado A del artículo 20 Constitucional introduce una regla que en el proceso penal mixto tradicional se encuentra ausente: la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. En efecto, al establecer que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, el Poder Reformador de la Constitución introdujo, quizá no plenamente consciente de sus alcances, de forma expresa y al máximo nivel del ordenamiento jurídico una compleja regla de nulidad probatoria.

Lo trascendente de esta regla requiere de un tratamiento detallado. Así debemos iniciar por señalar que, hasta la reforma constitucional de 2008, en el ámbito de la CPEUM no existía de forma expresa una regla general de exclusión de esta prueba, ni precepto que permita definirla en función de su obtención con violación de derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, a través del principio de legalidad entendido como parte de las "garantías individuales" en los artículos 14 y 16 de la CPEUM de 1917 llevaba como consecuencia que la obtención de una prueba con violación de cualquier tipo o categoría de normas, pudiera ser alegada como "concepto de violación" en el juicio amparo, en tanto constituiría, en si misma, una violación a las "garantías individuales".

Ahora bien, a pesar de que lo señalado en el párrafo anterior permitiría la aplicación general de un concepto extensivo de ilicitud probatoria, esto no se reflejaba expresamente –como ya se ha señalado– ni en el texto constitucional, ni en los Códigos federales que, incluso, carecían de un precepto que expresamente señalara la exclusión de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, por lo que este concepto no haya tenido reflejo en la práctica del proceso penal mixto tradicional.

No obstante lo anterior, buscando elementos que permitieran, hipotéticamente, excluir la prueba que vulnerar derechos fundamentales era posible identificar un conjunto de reglas constitucionales, dentro del capítulo de derechos fundamentales o "garantías individuales", que, en tanto regulaban los requisitos de ciertas pruebas, podía ser señaladas como reglas específicas de exclusión probatoria en tanto su infracción conllevaría la nulidad de la prueba. Dentro de estas normas puede señalarse la declaración del inculpado; el derecho a un traductor, con especial énfasis en el caso de imputados pertenecientes a un grupo indígena que no hablase castellano; el derecho a aportar testigos de descargo; el derecho a los careos y, especialmente, las reglas constitucionales para la validez de las diligencias de entrada

y registro en un domicilio llamados "cateos" o, las reglas para la validez de la intervención telefónica.

Por otra parte, existían en algunos Códigos que, en virtud de reformas en la última década del siglo XX, incorporaban el concepto de prueba ilícita aunque sin mayor desarrollo legal o efecto en la práctica. Así el Código de Procedimientos Penales de Coahuila en su artículo 5, dentro de las facultades y deberes del Ministerio Público para preparar la acción penal, señala que es facultad de este órgano de acusación acordar los medios de prueba lícitos siempre y cuando sean conducentes para decidir el ejercicio de la acción penal.

De igual forma, este mismo código en su artículo 183 dentro de las causales de invalidez de las actuaciones de la averiguación previa señala que estas actuaciones serán inválidas cuando exista ilicitud en la obtención de la prueba. Desafortunadamente, como hemos señalado, esta regulación legal no se tradujo en la incorporación del concepto de prueba ilícita al debate procesal, ni siquiera como posibilidad, en la mayor parte de las causas penales.

De hecho esta situación puede generalizarse para afirmar que previo a la reforma constitucional de 2008, aunque existía un conjunto de preceptos constitucionales y legales que podrían haber permitido un desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita, estos no fueron de uso en la práctica.

Esta situación en la normatividad cambió con la aparición del grupo de Códigos Procesales de reciente factura, derivados de la reforma, que establecen reglas específicas sobre la prueba ilícita. Así, encontramos una regulación expresa de la "legalidad de la prueba". En los preceptos relativos se señala que la prueba sólo tendrá valor si ha sido obtenida y producida por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza el Código. En estos preceptos se señala con claridad la relación entre la ilicitud probatoria y la violación de los derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, la situación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en la jurisprudencia mexicana requiere de una breve mención. Considerando la existencia del principio de legalidad en los artículos 14 y de la CPEUM, puede afirmarse que la falta de cualquiera de los requisitos legales, tanto para la obtención, como para la inclusión de la prueba en el proceso, podría haber sido señalado como una violación a las "garantías individuales" y, por tanto, reclamable a través del amparo.

Esta situación se refleja en la jurisprudencia en la que, por ejemplo, se ha señalado que para el pleno respeto al derecho a la inviolabilidad del domicilio, además de los requisitos señalados

en la Constitución para las órdenes de visita, deben cumplirse "los demás requisitos que señalen las leyes en la materia".

Sin embargo, esta situación conlleva a que el concepto de prueba ilícita no se encuentre en el debate procesal, centrando la discusión consideraciones acerca del cumplimiento de requisitos legales para señalar al acto como viciado y, por tanto, ineficaz. Por otra parte, los mismos tribunales federales aplican criterios formales, restringiendo al ámbito de aplicación de estas normas.

De esta forma, la jurisprudencia existente en esta materia fue establecida en el ámbito administrativo, no en el del proceso penal y, aunque no siempre han encontrado eco en la práctica, establece una regla clara de invalidez de los actos realizados con infracción de derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis fue realizada en la séptima época [por lo que es previa a 1988] y por un tribunal de rango intermedio como son los Tribunales Colegiados de Circuito.

La jurisprudencia a que nos referimos señala que, en tanto que los derechos consignados a favor de los gobernados son irrenunciables, los actos de autoridad que se dicten en contravención a tales garantías no son convalidables bajo ningún supuesto. En este sentido, la misma tesis señala que si un acto administrativo fue dictado fuera de las atribuciones que han sido otorgadas a la autoridad emisora, esta viciado de incompetencia y es violatorio del artículo 16 constitucional por lo que no es posible que el vicio de incompetencia se subsane o convalide por el simple hecho de que la autoridad que resuelve el medio de defensa, sea también la competente para emitir el acto impugnado.

Esta jurisprudencia es respaldada por otra tesis que expresamente señala que si un acto o diligencia de la autoridad está viciado [en tanto carece de algún requisito legal para su realización] y, en consecuencia resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal.

Destaca la corrección teórica de los criterios señalados, lo que contrasta con su poca utilización en la práctica, de hecho, hasta la resolución de la solicitud de ejercicio de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el denominado "caso Lydia Cacho" el tema de la prueba ilícita no ocupaba un lugar destacado en el debate jurídico mexicano ni fue común en la práctica su invocación expresa como motivo autónomo, sino que se encontraba incluida dentro de las alegaciones de violación a las garantías de legalidad jurídica.

Como se ha puesto de manifiesto el concepto de prueba ilícita no ha sido relevante en el proceso penal mixto tradicional vigente, sin embargo, es de preverse que en un corto espacio de tiempo adquiera mayor relevancia. En este sentido puede señalarse la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la decisión de no ejercicio de la facultad de investigación en el "caso Lydia Cacho", que implicó decisiones sobre el valor probatorio de intervenciones telefónicas sin autorización judicial.

Otra consecuencia de la falta de utilización del criterio de ilicitud probatoria es que no exista en México discusión sobre los límites o excepciones a este, puede señalarse a manera de ejemplo la ausencia de discusión en torno a la posible aplicación en el ordenamiento jurídico de la "teoría de los frutos del árbol envenenado".

En efecto, a pesar de que la jurisprudencia sobre los actos viciados incorpora plenamente la prohibición del aprovechamiento de los frutos del árbol envenenado [ya que señala que todos los actos derivados de estos, o que se apoyen en éstos, o "que en alguna forma estén condicionados por éstos, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal"], en realidad, esta tesis jurisprudencial no ha recogida en la práctica del proceso penal en México.

De hecho, si se considera que la jurisprudencia reseñada es de 1975 y originada en el ámbito del proceso administrativo y que a la fecha no existe jurisprudencia sobre esta cuestión en materia penal, puede afirmarse que la teoría de los frutos del árbol envenenado no tiene aplicación en la práctica mexicana.

De esta forma, con una práctica con poca o nula aplicación del concepto hemos llegado a la circunstancia actual en la que se propone la inclusión de una regla general que determine la nulidad radical de todo acto violatorio de garantías constitucionales. Frente a esta situación nos parece que, en la regulación y aplicación de esta fracción IX que comentamos, debe prevalecer el sentido común y el buen juicio, y establecer con claridad límites a la aplicación de esta regla de exclusión.

Al respecto, frente a la aplicación del concepto de exclusión de la prueba, debemos tener presentes que las reglas de la nulidad jurídica tienen límites. Así pues, la nulidad radical de un acto no implica en todo caso la nulidad de cuanto sea consiguiente a dicho acto. En este sentido, la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél, ni la de aquellos cuyo contenido no pudiese haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

En este sentido, siguiendo a De la Oliva,⁴⁸ debe considerarse que son varios los derechos fundamentales cuya violación no genera nulidad radical de las actuaciones realizadas no ya después, sino con infracción de dichos derechos. Así, ha sido reconocido en otros sistemas jurídicos como por ejemplo, en el ámbito del derecho español y conforme a jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. En efecto, puede señalarse que dentro de algunos supuestos el logro de los fines de un proceso –y, sobre todo, de un proceso penal– ha de prevalecer sobre ciertos derechos fundamentales.

De hecho, se reflexiona sobre este tema, este es la *ratio* que lleva a establecer dentro de un sistema jurídico que sea legítimo autorizar actuaciones que afectan a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad, así como las resoluciones que decretan medidas cautelares privativas de la libertad.

En consecuencia, descubrimos una zona gris en la que no se puede *prima facie* rechazar de forma absoluta la prueba que vulnere derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos a los que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir desde este momento.

Así pues los límites a la vigencia de la regla de exclusión probatoria se constituye en una alternativa verdadera, que demanda una opción legislativa, se trata de escoger entre atribuir valor probatorio a los resultados de ciertas conductas o añadir un elemento disuasorio más a estas (conviene recordar que muchas de las conductas de obtención de la prueba ilícita también se encuentran tipificadas como delitos).

En el caso de procesos penales o que entrañan predominantemente un fuerte interés público, la satisfacción de ese legítimo interés constituye una justificación superior para admitir instrumentos de prueba. La justificación es indudablemente menor si en el proceso sólo se pretenden tutelar bienes jurídicos de sujetos jurídicos determinados.

11. La vigencia de los principios generales del proceso penal en la etapa de investigación

La fracción X y última del apartado A del artículo 20 Constitucional señala que "los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio." Esta

⁴⁸ Véase De la Oliva Santos, Andrés, "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas" en *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, México, UNAM, 2006, p. 189 en adelante.

es una regla que se mantiene del texto anterior del mismo artículo. Aunque a primera vista su importancia puede que no sea evidente, en nuestra opinión, resultará de la mayor trascendencia.

En efecto, como se ha señalado, muchos de los problemas del actual proceso penal mixto mexicano radican en las primeras etapas de su tramitación: en la averiguación previa y en la preinstrucción. Por esta razón, la regla que busca establecer la vigencia efectiva de los principios generales del proceso en las audiencias de las etapas de investigación e intermedia, puede transformar la práctica del proceso penal. En este sentido, esta fracción representa una elemento que aporta a la vigencia efectiva, y no simplemente formal o simulada, de los principios de contradicción, igualdad procesal, inmediación y publicidad.

Por otra parte, existe otra consecuencia no evidente de esta fracción: define que toda actuación jurisdiccional en la etapa de investigación o inicial, será parte del proceso. Con esto se puede poner fin a uno de los debates más enconados en la doctrina mexicana: el momento del inicio del proceso. Actualmente la etapa de investigación o averiguación previa se considera que o forma parte del proceso penal y los sectores mas conservadores de la doctrina mexicana abogan por trasladar esta situación al nuevo modelo y buscan excluir las primeras audiencias del proceso. De la redacción de esta fracción X se puede afirmar que en el nuevo sistema de justicia penal, por lo menos, el proceso penal iniciará con la primera audiencia o actuación judicial, que en muchos de los casos puede no ser la audiencia de vinculación a proceso sino, por ejemplo, una audiencia de control de la decisión del ministerio público de archivar una causa.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Acción de inconstitucionalidad 26/2009. Sentencia de 3 de julio de 2012, México. Disponible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntoID=105821>> (27 de junio de 2013)
- Tesis 1a. X/2012 (10a.), DELITOS O CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA QUE LOS INVESTIGA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650. Reg. IUS. 2000209.
- Tesis 1a. CCXLIX/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, tomo1, p. 292. Reg. IUS. 160184.
- Tesis CCL/2011 (9a.), SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VI, marzo de 2012, t.1, p. 290. Reg. IUS. 160186.
- Tesis 1a. LIII/2006, REPARACIÓN DEL DAÑO. ES UNA SANCIÓN PECUNIARIA AUTÓNOMA CUYA PREVISIÓN CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIII, marzo de 2006, p. 209. Reg. IUS. 175458.
- Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVI, agosto de 2002, p.14. Reg. IUS. 186185.
- Tesis 1a./J. 64/2011 (9a.), ORDEN DE APREHENSIÓN O AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE DISTRITO PARA RESOLVER SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD NO ADMITIRÁ NI TOMARÁ EN CONSIDERACIÓN DATOS QUE NO SE HUBIESEN TOMADO EN CUENTA POR EL JUEZ DE GARANTÍA PARA SU EMISIÓN (LEGISLACIÓN DEL

ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 993. Reg. IUS. 160812.

2. Internacionales

- TEDH. Castillo Algar vs. España. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 28194/95.
- TEDH. Incal vs. Turquía. Sentencia de 9 junio 1998. App. No. 22678/93.
- TEDH. Hauschildt vs. Dinamarca. Sentencia de 24 mayo 1989. App. No. 10486/83.

Los derechos del
imputado (excepto
prohibición de la tortura)
Artículo 20, apartado
B, fracciones II a IX
de la Constitución
Política de los Estados
Unidos Mexicanos

Carlos María PELAYO MOLLER*

* Agradezco a Carolina Villadiego Burbano sus observaciones y críticas así como a Jacqueline Sinay Pinacho Espinosa, Karen Zarina Reyes Solís y Víctor Manuel Cueva Téllez sus comentarios y observaciones a una versión preliminar de este trabajo. Cualquier error que este artículo pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Maestro en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Notre Dame y Doctorando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares: Los derechos constitucionales del imputado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.* II. *Los derechos del imputado en el Artículo 20, Apartado B, fracciones II a IX.* III. *Reflexiones finales: los retos y perspectivas de la transición impuestos por el nuevo marco constitucional.*

PALABRAS CLAVE: Sistema penal acusatorio; Imputado; Derecho a declarar o guardar silencio; Prohibición de incomunicación; Testigos y pruebas; Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal; Inmediación, construcción y publicidad; Defensa adecuada; Derecho a ser juzgado en plazo constitucional; Prisión preventiva; Medidas cautelares.

I. Consideraciones preliminares: Los derechos constitucionales del imputado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

En la actualidad, nos encontramos en un régimen de transición de un sistema procesal penal inquisitivo a uno acusatorio. Este proceso se inserta en una tendencia regional que se ha verificado en los últimos años en América Latina. Una de las características más importantes de estos procesos es que los mismos no han sido aislados, sino resultado de un consenso y evaluación común en la que se ha concluido que el sistema inquisitivo se manifestaba como absolutamente incapaz para proteger de manera efectiva los derechos y perseguir con eficacia los delitos.¹ Este tipo de transiciones han tenido lugar en países como Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, y República Dominicana² y han sido producto de un conjunto de factores muy diversos, no sólo en lo jurídico, sino también en lo político, económico y social.³ Incluyendo, el fortalecimiento de los derechos humanos en la región.

¹ Duce, Mauricio. "Reformas a la justicia criminal en América Latina: una visión panorámica y comparada acerca de su gestación, contenidos, resultados y desafíos" en Dammert, Lucía (ed.) *Crimen E Inseguridad. Políticas, Temas y Problemas en las Américas*. Santiago de Chile, Flacso, 2009, p. 193 y 194.

² *Ibidem*, p. 195.

³ *Ibidem*, p. 196 a 205. Mauricio Duce identifica dentro de estos factores a: los procesos de democratización y revalorización de los derechos humanos, el desarrollo económico y modernización del Estado, la percepción negativa

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") contempla en su texto un amplio catálogo de derechos oponibles en materia penal, tanto por aquellas personas que han sido acusadas o imputadas, así como por las víctimas del delito. En los artículos 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 22 y 23 de la CPEUM, encontramos una plétora de derechos y disposiciones regulatorias en materia penal. Dentro de esta larga lista, los derechos consagrados en el artículo 20 constitucional son aquellos que rigen el proceso penal, el cual, a partir de las trascendentales reformas constitucionales de 2008, será acusatorio y oral, rigiéndose por los principios de publicidad contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

El presente comentario se enfocará en el texto constitucional establecido por el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que marca el inicio de la transición antes aludida. Sin embargo, hay que señalar que en ciertas entidades federativas y en el ámbito federal aun no se ha dado este cambio, de ahí que el texto anterior a la reforma se encuentre aún vigente. Dicha transformación fundamental de nuestro sistema procesal penal se prevé que termine a más tardar en el año 2016 por mandato constitucional.⁴

Como consecuencia de este cambio, la persona que consulte este texto advertirá que los criterios jurisprudenciales en esta materia se encuentran en plena transformación y adaptación.

En adición a lo ya comentado, resulta fundamental tomar en cuenta que los cambios a nuestro sistema procesal penal también están siendo influenciados por la reforma de 10 de junio de 2011 que modificó el Título Primero de la Constitución y sustituyó el concepto *garantías individuales* por el de *derechos humanos*. Esta reforma incorporó constitucionalmente los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución. Dentro de la misma, destaca lo señalado por el artículo 1o., párrafo segundo en el sentido de que: "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*". Igualmente, se consagró a nivel constitucional, en el

de los sistemas judiciales y el colapso del sistema inquisitivo, la inseguridad ciudadana, la globalización, el rol de actores internacionales y el surgimiento de una nueva elite de reformadores.

⁴ Para Miguel Carbonell, el decreto de reforma constitucional de 18 de junio de 2008 incorpora un prolijo conjunto de artículos transitorios, cuya interpretación no resulta sencilla. Para éste autor, la clave maestra se encuentra en el artículo transitorio segundo, que en su párrafo primero señala un plazo máximo de hasta 8 años para que el nuevo sistema de justicia penal esté funcionando en toda la República. Este plazo, comenta, es un plazo máximo que no limita de modo alguno la posibilidad de que las entidades federativas o la Federación puedan arrancar mucho antes de su vencimiento, tan pronto como estén listas para hacerlo. Al respecto véase, Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*. México, Ed. Porrúa-Renace-UNAM, 2012, p. 182.

artículo 1o., párrafo tercero, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias ahora tienen *"la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad"* Por lo que *"el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley."*

Esta reforma, y su posterior interpretación y aplicación por parte de la SCJN (en adelante SCJN) en el Expediente Varios 912/2010, hace que en la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos se convierta un estándar de obligatoria observancia para los jueces nacionales. En especial, cuando consideramos lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") en el sentido de que los jueces nacionales y las autoridades deben ejercer un *"control de convencionalidad"* con el fin de respetar lo dispuesto por la CADH (en adelante CADH) y su interpretación por parte de este órgano judicial internacional.⁵

De esta forma, el presente texto tendrá como fin comentar los derechos contenidos en el artículo 20 constitucional, apartado B, tomando en consideración la interpretación que ha realizado tanto el Poder Judicial de la Federación respecto a los mismos, así como las normas correlativas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su interpretación y aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶

Es pertinente realizar una puntual advertencia a la persona que lea esas páginas sobre las múltiples dificultades que presenta actualmente realizar la interpretación de los derechos del imputado según el Artículo 20, Apartado B de la Constitución a la luz de lo dispuesto en la jurisprudencia interamericana.

Estas dificultades se derivan de las siguientes situaciones: En *primer lugar*, nos encontramos, con un texto constitucional que instaurará a nivel nacional un sistema penal acusatorio, que se encuentra en un proceso de transición dado que no es completamente aplicable en todo el país. En *segundo lugar*, tenemos que en la jurisprudencia federal en la materia, privan criterios y lógicas que en su gran mayoría corresponden a un modelo procesal penal inquisitivo.

⁵ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, Diario Oficial de la Federación (Segunda Sección), 4 de octubre de 2011.

⁶ Esto con excepción de lo relativo a las disposiciones constitucionales que prohíben la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. Este tema es tratado en otra sección de esta obra colectiva.

Finalmente, en *tercer lugar*, tenemos que la jurisprudencia de la Corte IDH se basa en una lógica procesal fundada en el sistema procesal acusatorio.

Los desfases antes mencionados provocan que los temas abordados por la jurisprudencia nacional e internacional en muchas ocasiones no sean los mismos, por lo que la persona que lea estas páginas no siempre encontrará una correspondencia exacta de temas o incluso de lógicas operativas. En algunas otras ocasiones se advertirán incompatibilidades normativas e interpretativas entre ambos ordenamientos.

Considerando lo anterior, se invita a leer este texto tomando en cuenta que muy probablemente la totalidad de la jurisprudencia nacional citada en este artículo, con fortuna, se modificará en los próximos años pasando de una lógica eminentemente inquisitiva a una propia del sistema penal acusatorio. Por tanto, este texto se debe considerar como un reflejo de los enormes retos que deberemos superar en los años venideros en la transformación de nuestro sistema penal, un estudio sobre el estado del arte de esta compleja transición.

II. Los derechos del imputado en el Artículo 20, Apartado B, fracciones II a IX

El término imputado hace alusión a la persona contra la cual se ejerce persecución penal, precisamente porque alguien indica que ella es la autora de un hecho punible o participa en él, ante una de las autoridades competentes para la persecución penal. En un sistema acusatorio, el imputado es, en estricto sentido, una persona contra la que la Fiscalía formula imputación debido a que se tienen antecedentes suficientes que le permiten inferir que la persona participó (en las diversas formas de participación) en la comisión del delito y que el delito efectivamente existió. El profesor Julio B. Maier explica que el concepto de imputado depende de dos notas principales íntimamente ligadas entre sí: a) la individualización de la persona perseguida; y b) los actos de persecución penal contra ella.⁷

La Constitución en su artículo 20, apartado B, contempla varios derechos a favor de los imputados durante el proceso penal, entre los que se encuentran: el derecho a declarar o a guardar silencio (*fr. II*), la prohibición de incomunicación e intimidación (*fr. II*), el derecho a que se le informe los hechos que se le imputan (*fr. III*), el derecho a aportar testigos y pruebas (*fr. IV*), el derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal (*fr. V*), el derecho a tener

⁷ Maier, Julio B. *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos Procesales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 188.

acceso a todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (*fr. VI*), el derecho a una defensa adecuada (*fr. VIII*), y por último, se prevé el derecho a ser juzgado en el plazo constitucional y la duración máxima de la prisión preventiva (*fr. VII y VIII*). Es de destacar estos derechos tienen como marco el derecho de acceso a la justicia. Es así que, como explica Medina Quiroga, la obligación de que la determinación de derechos u obligaciones y la decisión sobre la culpabilidad o inocencia de una persona se haga de acuerdo al debido proceso implica que toda persona deba tener derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse.⁸

En las siguientes páginas se expondrá como estos derechos constitucionales han sido interpretados por la SCJN. Paralelamente veremos la forma en que los derechos constitucionales se ven complementados por los derechos consagrados en la CADH y su interpretación auténtica por parte de la Corte IDH.

1. Derecho a declarar o a guardar silencio, a conocer los motivos de su detención y los hechos que se le imputan

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción II contempla que todo imputado tiene derecho "*A declarar o a guardar silencio. 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. [...]*"

El Poder Judicial de la Federación ha señalado en su jurisprudencia que en todo proceso del orden penal el inculcado no podrá ser obligado a declarar. Y más específicamente ha mencionado que si el procesado se acoge al beneficio otorgado en dicha garantía y se niega a declarar o se reserva el derecho a hacerlo, tal circunstancia no constituye un indicio de culpabilidad en la comisión del delito que se le atribuye, sino el ejercicio de un derecho constitucional.⁹ Asimismo, la autoridad encargada de la investigación no puede en ningún caso obligar a la persona a que se autoincrimine ya que dichos elementos probatorios se pueden y se deben obtener de otras fuentes.¹⁰ Lo anterior, no implica que no se pueda llamar a de-

⁸ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 273.

⁹ Número de tesis: I.10o.P. J/7 . INCULPADO. SU NEGATIVA A DECLARAR NO CONSTITUYE UN INDICIO PARA ACREDITAR SU CULPABILIDAD, SINO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México Tomo XXII, Agosto de 2005, p. 1630. Registro No. 177603.

¹⁰ Tesis: XXI.1o.PA.50 P. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL APARTADO A, FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SE VIOLA EN PERJUICIO DEL PRESENTADO SI EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE REQUIERE LA DEVOLUCIÓN O ENTREGA DEL OBJETO DEL DELITO CUYA COMISIÓN SE LE ATRIBUYE, CON APERCIBIMIENTO DE QUE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO SE LE APLICARÁ

clarar al indiciado en algún ilícito, con el fin de que manifieste a lo que su derecho convenga.¹¹ La trascendencia de este derecho, a su vez, deja sin efecto, las prácticas en la procuración de justicia,¹² e incluso las disposiciones legales que intenten, en la práctica, hacerlo inaccesible a las personas.¹³

Así, al imputado (o en su caso inculpado) sólo debe exhortársele para conducirse con veracidad y no puede ser compelido a declarar en su contra. El derecho de "no autoincriminación" que, en relación con la garantía de plenitud de defensa, significa la facultad que tiene todo inculpado de abstenerse de declarar, o de hacerlo en los términos que estime pertinentes, ha señalado el Poder Judicial Federal, es efectivo "*aun cuando con ello se faltare a la verdad*".¹⁴

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción III contempla que todo imputado tiene derecho "*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*".

Este derecho se contenía anteriormente en el artículo 20, apartado A, fracción IX que disponía que el imputado "*Desde el inicio de su proceso ser[ía] informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución[...]*".¹⁵ Cabe mencionar que dicho derecho se consideraba aplicable desde la averiguación previa. Para algunos constitucionalistas, esto implicaba que desde el momento mismo en que una persona era llevada ante el Ministerio Público debía ser puesta al tanto de sus derechos constitucionales.¹⁶ A su vez, esta disposición traía como consecuencia que en México no existiese la obligación de informar al detenido de sus derechos

ALGUNA MEDIDA DE APREMIO PREVISTA EN LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1374. Registro No. 168440.

¹¹ Tesis: 1a./J. 53/2004. 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XX, Agosto de 2004, p. 232, Registro No. 180845. Jurisprudencia, Constitucional, Penal. Número de . Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro.

¹² Tesis: I.9o.P.81. DECLARACIÓN DEL INCULPADO. SI SE RESERVA ESTE DERECHO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, EL MINISTERIO PÚBLICO NO PUEDE CUESTIONARLO BAJO EL ARGUMENTO DE "PREGUNTAS ESPECIALES". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIII, Febrero de 2011, Página: 2286. Registro No. 162890.

¹³ Tesis: II.2o.PA.44 P. FALSO TESTIMONIO, DELITO DE, Y GARANTÍA DE PLENITUD DE DEFENSA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México, Tomo V, Enero de 1997, p. 471. Registro No. 199642.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. Sentencia Ejecutoria. CONTRADICCIÓN DE TESIS 29/2004-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, AHORA PRIMERO EN MATERIA PENAL DEL MISMO CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. 9a. Época, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, Enero de 2005, Página: 94. Registro IUS 18553.

¹⁵ Esto a partir de la reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993.

¹⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4a. ed., México, Porrúa-IJ UNAM-CNDH, 2011, p. 758 y 759.

y de las razones de su aprehensión o detención en el momento en el que ocurría, tal y como si lo disponen las constituciones española y portuguesa, o como lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) o como se ha dispuesto desde larga data por la SCJN de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Miranda v. Arizona*.¹⁷ Con la nueva disposición constitucional, las autoridades tendrán la obligación de informar, desde el mismo momento en que la persona es aprehendida o detenida, sus derechos así como los cargos de los cuales se le acusa, lo que es un avance hacia un régimen constitucional más garantista.

En paralelo a la disposición comentada, la CADH dispone en su artículo 7.4 que "*Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella*". Complementariamente, el Artículo 8.2 inciso b) de la CADH dispone que toda persona tiene derecho durante el proceso a la "*comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada[...]*".¹⁸ Paralelamente, el artículo 8.2 inciso g) de la CADH estipula que toda persona inculpada de delito tiene derecho durante el proceso "*a no ser obligad[a] a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*". Adicionalmente, el artículo 8.3 de la CADH dispone que "*La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza*".

La Corte IDH ha estipulado que el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a declarar sin coacción de ninguna naturaleza "ostenta un carácter absoluto e inderogable"¹⁹ y que como consecuencia, deben ser anulados los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles, así como cualquier acto que conlleve coacción.²⁰ La Corte ha llegado a esta conclusión considerando que "las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen". De tal forma que "aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero constituye a su vez una infracción a un juicio justo".²¹

Esta regla también tiene repercusiones a nivel probatorio, ya que la prueba carece de valor si es obtenida sin respetar estas reglas. La Corte ha ido aún más allá, al prever que no sólo la

¹⁷ *Ibidem*. p. 759.

¹⁸ Respecto a lo señalado por el Artículo 7.4 de la Convención Americana, se recomienda al lector acudir a la primera sección de este documento donde se realiza el comentario pertinente con base en la jurisprudencia de la Corte IDH.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 165.

²⁰ Corte IDH. Caso *Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 108.

²¹ Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*..., *supra* nota 19, párr. 167.

prueba obtenida directamente mediante la coerción es inválida, sino también a la evidencia que se desprende de dichos elementos probatorios. De esta manera, en opinión de la Corte IDH, se garantiza el cumplimiento de dicha regla cuando se excluye la prueba obtenida mediante coacción.²²

La Corte IDH ha llegado a señalar que en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel o inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción de coacción no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida, ya que la declaración posterior "puede ser consecuencia del maltrato que padeció la persona y específicamente del miedo que subsiste después de este tipo de hechos".²³

El artículo 7.4 de la CADH dispone que *"Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados en su contra"*.

La Corte IDH ha establecido que, a la luz del artículo 7.4 de la CADH, la información de los "motivos y razones" de la detención debe darse "cuando ésta se produce", lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo.²⁴ Asimismo, la Corte IDH ha señalado que el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la CADH si sólo se menciona la base legal.²⁵

Al respecto, la Corte IDH observa que el artículo 7.4 de la CADH alude a dos aspectos: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos.²⁶ Es importante destacar que la Corte IDH ha dispuesto que la realización de estos actos procesales deben constar en el proceso.²⁷

2. Prohibición de incomunicación o intimidación

En estrecha relación con lo anteriormente señalado, el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción II contempla que *"[...] Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda*

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, párr. 173 y 174.

²⁴ *Ibidem*, párr. 104.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, párr. 105.

²⁷ *Ibidem*, párr. 106.

incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio [...]".

El Poder Judicial Federal ha establecido que el actuar de las autoridades debe ser guiado e incluso contenido por los principios fundamentales que entrañan los derechos humanos a nivel constitucional y en su caso, los principios que amplían o especifican esos derechos constitucionales en el proceso penal.²⁸

La SCJN ha establecido que el detenido en flagrancia podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. Igualmente, en alguna oportunidad ha establecido que la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.²⁹ Sin embargo, la SCJN matiza esta posición al mencionar que si bien el incumplimiento a lo anterior constituye una violación procesal, la misma

no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, en caso de que la declaración rendida al respecto no esté desvirtuada, sea verosímil y, además, se encuentre corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restar eficacia probatoria a la confesión de mérito. Y concluye que "en estos casos no puede afirmarse que se esté ante actos prohibidos como la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, que es de lo que específicamente protege [...] la Constitución[...]"³⁰

²⁸ Tesis: I.6o.P. J/13. MINISTERIO PÚBLICO. ACTUACIONES IRREGULARES QUE CARECEN DE VALOR PROBATORIO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 286 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (FALSEDAD DE DECLARACIONES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México. Tomo XXII, Noviembre de 2005, Página: 760. Registro IUS 176688.

Véase: Tesis VI.3o.181 P, de rubro: "CONFESIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. SÓLO TIENE PLENO VALOR PROBATORIO SI LAS DILIGENCIAS RELATIVAS SE AJUSTAN A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA." *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México Tomo XI, mayo de 1993, página 307. Registro No. 216323.

²⁹ Tesis: 1a. CC/2005. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, Página: 720. Registro IUS 176335.

³⁰ *Idem*.

El derecho a no ser intimidado o incomunicado tiene una estrecha conexión con el derecho a no auto incriminarse. Así, la SCJN ha dispuesto que este derecho supone la libertad de la persona para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a guardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como la garantía que tiene todo inculcado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputa, 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 probatorio.³¹

Las situaciones de incomunicación o intimidación relacionadas con la detención de personas han sido abordadas por la Corte IDH desde la óptica de los derechos consagrados en el artículo 5 de la CADH, así como desde el derecho al acceso a la justicia el cual ha sido conformado jurisprudencialmente por los artículos 8 y 25 del mismo instrumento internacional. Igualmente, la intimidación e incomunicación constituyen conductas que pueden ser sancionadas bajo los estándares de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Art. 7) y ocasiona la invalidez de las declaraciones rendidas bajo estas circunstancias, según lo dispone el artículo 8.3 de la CADH y el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al respecto, cabe señalar que los actos de intimidación o incomunicación pueden llegar a constituir de forma aislada o conjunta tratos crueles inhumanos y degradantes o incluso tortura.³²

En la jurisprudencia de la Corte IDH, las situaciones de incomunicación e intimidación han sido ampliamente estudiadas en situaciones que pueden calificarse como graves violaciones a derechos humanos, en particular, en casos de desaparición forzada de personas, en donde esta situación de vulnerabilidad de la víctima al ser llevada a centros de detención clandestinos³³ es aprovechada por sus captores negando sistemáticamente cualquier conocimiento de la detención o paradero de las víctimas³⁴ por lo que ese tipo de privación de la libertad del

³¹ Tesis: 1a. CXXIII/2004. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, enero de 2005, Página: 415. Registro No. 179 607. Contradicción de tesis 29/2004-PS. *En cuanto a esta tesis aislada, el autor del presente comentario no comparte la postura respecto a la necesidad de que la declaración del imputado deba ser veraz, ya que contradice otros criterios más garantistas ya expuestos en el apartado anterior.*

³² Debido a que el tema de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes es abordado en otra sección de la obra no se realizan mayores comentarios.

³³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 párr. 147 d (iii).

³⁴ *Ibidem.*, párr. 147 (d) (iv).

individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo, hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.³⁵

3. Derecho a aportar testigos y pruebas

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracción IV, contempla que a la persona imputada *"Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley"*. Además, la CPEUM en el mismo artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VI, prevé el derecho del imputado a tener acceso a todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.³⁶

La SCJN ha dispuesto que en el procedimiento penal las pruebas son inválidas si violan garantías procesales, si se practican de forma inadecuada o si por ellas se violan derechos de las personas. Asimismo, la SCJN ha establecido que las pruebas deben anularse si las pruebas obtenidas son fruto de actuaciones inconstitucionales.³⁷

Igualmente, el Poder Judicial Federal ha reiterado la importancia de que todas las pruebas ofrecidas por el imputado sean desahogadas dentro del procedimiento penal. El que no se desahoguen o admitan las pruebas ofrecidas por el imputado constituye una violación a los derechos humanos constitucionales³⁸ y además, puede traer como consecuencia que el procedimiento penal deba ser repuesto.³⁹

³⁵ Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186, párr. 112.

³⁶ El Artículo 20 Constitucional, Apartado B, Fracción VI prevé que al imputado *"Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso."* Y además prevé que *"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 entrevistarlos. 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."*

³⁷ Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.) PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, Página: 2058. Registro No. 160500.

³⁸ Tesis: XX.2o.80 P. PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA OMISIÓN DE PROVEER SOBRE SU ADMISIÓN Y DESAHOGO, UNA VEZ CUMPLIDA LA CONDICIÓN A LA QUE SE SUJETÓ, AFECTA LAS DEFENSAS DEL INculpADO TRASCENDIENDO AL SENTIDO DEL FALLO, PUES ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN PROCESAL ANÁLOGA A LA PREVISTA POR LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Página: 2369. Registro No. 170212.

³⁹ Tesis: XXIII.1o. (IX Región) 1 P. CAREOS PROCESALES. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE LA CAUSA DE ORDENAR SU DESAHOGO CUANDO EXISTAN CONTRADICCIONES SUSTANTIVAS ENTRE EL DICHO DE UN TESTIGO Y EL INculpADO, SIEMPRE QUE ÉSTE HAYA MANIFESTADO SU VOLUNTAD DE CAREARSE, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL QUE AMERITA SU REPOSICIÓN EN CASO DE QUE TRASCIENDA AL RESULTADO DEL

En el Poder Judicial Federal se ha discutido ampliamente el valor que se le debe dar a la prueba testimonial en un proceso penal. Dentro de estas discusiones, se ha determinado que el hecho de que el imputado no haya mencionado la existencia de testigos en sus declaraciones iniciales no necesariamente le resta valor probatorio a estos testimonios.⁴⁰ También se ha determinado que conforme a la garantía de legalidad y debido proceso, las personas que declaren como testigos deben hacerlo de forma espontánea e imparcial.⁴¹ Esta concepción del rol del testigo en un proceso penal es propia de un sistema inquisitorio, en un sistema acusatorio los testigos son ofrecidos por las partes.

Del mismo modo, la Primera Sala de la SCJN, ha especificado que el imputado incluso tiene el derecho de presentar como prueba, los testimonios de las autoridades que intervienen en una diligencia de cateo, esto a partir del mandato constitucional ya referido.⁴²

El Poder Judicial de la Federación se ha encargado de determinar quiénes son las personas que pueden considerarse testigos en un procedimiento penal. Al respecto, se ha mencionado que los testigos deben tener un conocimiento original y directo de los hechos y no proveniente de inducciones o referencias de otros.⁴³ Además, se ha dispuesto que la prueba testimonial para su integración y valoración debe contemplar las circunstancias de tiempo, lugar y modo sobre los hechos que se declaren.⁴⁴

FALLO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Septiembre de 2010, Página: 1175. Registro No. 163871.

Tesis: III.2o.P. J/25. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE REPONERLO SI ALGUNA DE LAS OFRECIDAS Y ADMITIDAS NO ES DESAHOOGADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, Página: 1843. Registro No. 164544.

⁴⁰ Tesis: XVII.1o.PA. J/20. TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL FEDERAL. EL HECHO DE QUE EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO NO LOS HAYA CITADO EN SUS INICIALES DECLARACIONES, NO NECESARIAMENTE IMPLICA EL QUE DEBA RESTÁRSELES VALOR PROBATORIO. : *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, p. 2750. Registro No. 165 129.

⁴¹ Tesis: 1a. CXC/2009. PRUEBA TESTIMONIAL. DEBE SER RENDIDA DE FORMA LIBRE Y ESPONTÁNEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Tomo: XXX, Noviembre de 2009, Página: 413. Registro No. 165930.

Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102045>> (29 de junio de 2013)

⁴² Tesis: 1a./J. 51/2007. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE LA ADMISIÓN Y DESAHOGO DE LA TESTIMONIAL Y LOS CAREOS OFRECIDOS POR EL INCUPLADO, A CARGO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LOS TESTIGOS DE ASISTENCIA QUE INTERVINIERON EN UNA DILIGENCIA DE CATEO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, página: 89. Registro No. 171947.

⁴³ Tesis: II.2o.P.202 P. TESTIGOS. PARA QUE SU DECLARACIÓN SE CONSIDERE UN AUTÉNTICO TESTIMONIO SE REQUIERE QUE TENGAN UN CONOCIMIENTO ORIGINAL Y DIRECTO DE LOS HECHOS Y NO DERIVADO O PROVENIENTE DE INDUCCIONES O REFERENCIAS DE OTRO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, Página: 1539. Registro No. 174167.

⁴⁴ Tesis: XVII.1o.PA.45 P. PRUEBA TESTIMONIAL. PARA SU INTEGRACIÓN Y VALORACIÓN DEBEN PROPORCIONARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO SOBRE LOS HECHOS QUE DECLAREN LOS TESTIGOS, AUN CUANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO LO PREVEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Abril de 2006, página: 1169. Registro No. 175251.

La Primera Sala de la SCJN ha dispuesto que los derechos del imputado pueden ser en ocasiones aplicables a los testigos que son detenidos con el inculpado de un hecho delictivo, entre estos se encuentran el derecho a (i) a no declarar si así lo desea o, en caso contrario, a hacerlo asistido por su defensor, y (ii) a tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiese designar defensor, a que se le designe uno de oficio. La Primera Sala ha llegado a esta conclusión debido a que este tipo de testigos, al verse privados de su libertad, se encuentran en un estado de vulnerabilidad física y emocional que puede poner en tela de juicio la espontaneidad, veracidad e imparcialidad de sus declaraciones, y por lo tanto, estar sujetos a vicios e irregularidades durante la investigación ministerial, colocándose en la misma situación fáctica que un imputado.⁴⁵

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha sido entendido que estos derechos caen dentro de la esencia del principio de contradicción que implica la noción de que el inculpado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance y que puede objetar todos los medios de prueba que se presenten por el Estado ante el tribunal penal.⁴⁶ El principio de contradicción fundamenta en buena medida lo que en un sistema acusatorio se le denomina como "teoría del caso", que no es otra cosa que la teoría fáctica y probatoria del caso que debe tener la defensa y la fiscalía.

El Artículo 8.2 inciso c) de la CADH dispone que durante el proceso se debe "*conce[der] al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa*". Al respecto, la Corte IDH ha señalado que además del conocimiento de los hechos que se imputan a una persona, existe la obligación del Estado de permitir "el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra"⁴⁷ con el fin de respetar el principio del contradictorio, "que garantiza la intervención del inculpado en el análisis de la prueba".⁴⁸

A la vez, la Corte ha encontrado que los derechos a favor del imputado en el proceso penal se encuentran íntimamente ligados entre sí, esto incluye el derecho a disponer de un abogado defensor, con el cual se pueda comunicar libremente y de forma privada,⁴⁹ con el suficiente

⁴⁵ Tesis: 1a./J. 153/2005. DECLARACIÓN RENDIDA POR LOS CODETENIDOS EN CALIDAD DE TESTIGOS DE CARGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. CARECE DE VALIDEZ SI NO SE EFECTÚA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXIII, Febrero de 2006, , Página: 193. Registro No. 175976.

⁴⁶ Medina Quiroga, Cecilia, *op. cit.*, nota 8, p. 330.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 170.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 54.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

tiempo para tener acceso al expediente del acusado y con la posibilidad de presentar pruebas de descargo.⁵⁰

En el mismo sentido, el inciso f) del mismo Artículo 8 de la CADH dispone "[el] 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[...]" Y se ha llegado a determinar que "dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa".⁵¹ "y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".⁵²

Al respecto, la Corte ha sido clara en la importancia de que los imputados y sus defensores puedan tener acceso a la totalidad de la prueba del proceso, incluyendo el practicar ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa incluyendo el interrogatorio a miembros de las fuerzas policiales y confrontación pericial.⁵³

4. Derecho a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal

El Artículo 20 constitucional, Apartado B, fracción V, contempla el derecho del imputado a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. Además señala que la publicidad sólo podrá restringirse excepcionalmente.⁵⁴ Como se puede observar, la Constitución consagra en esta sección dos derechos. Por una parte, el derecho a ser juzgado en audiencia pública y por otro, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal.

Para la Primera Sala de la SCJN, la disposición constitucional relativa a ser juzgado en audiencia pública, "debe entenderse respecto a todo el procedimiento de juzgamiento dentro del

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 141.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 154.

⁵² *Ibidem*, párr. 155.

⁵³ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 127.

⁵⁴ El Artículo 20 Constitucional, Apartado B, Fracción V menciona que el imputado: "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." Además, señala que "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."

propio proceso, lo que se traduce en que sean públicas las audiencias o diligencias celebradas en éste".⁵⁵

Evidentemente, la publicidad de las audiencias es un factor determinante dentro de un proceso penal en donde la oralidad juega un rol preponderante, como lo prevé la reforma constitucional que enmarcará el derecho procesal penal en México dentro del modelo acusatorio. Este es tal vez el corazón del sistema acusatorio ya que ser juzgado en una "audiencia" no quiere decir realizar audiencias de trámite, como podría darse en un sistema inquisitivo, sino realizar verdaderas audiencias donde con la presencia de las partes, del juez, con intermediación de la prueba, al final de la cual se adopte una decisión. Así, ser juzgado en una audiencia pública, implica no sólo la oralidad, sino la garantía de los principios de intermediación, contradicción y publicidad.

El Artículo 8.5 de la CADH dispone que "*el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*".

En cuanto a la publicidad de los procesos, este puede ser calificado como un requerimiento que intenta asegurar la transparencia de la justicia por medio de permitir la presencia de terceros cuando el juicio se efectúa.⁵⁶ La calidad de público del juicio intenta no sólo proteger al acusado, sino que es también un derecho de la comunidad, ya que todos deben poder controlar a través de su presencia el modo cómo se ejerce la justicia en una sociedad democrática.⁵⁷ Para Cecilia Medina, el derecho a un juicio público implica el que éste sea oral, ya que un procedimiento escrito no permitiría este control democrático.⁵⁸ Sin embargo, para la misma autora, en principio, no parece necesario que todo lo que suceda en el proceso deba ocurrir oralmente,⁵⁹ es decir, pueden haber actuaciones escritas. Aunque si debe quedar claro que la oralidad es un requisito sustancial.

La Corte IDH ha entendido que el derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la determinación de sus derechos, se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos

⁵⁵ Tesis: 1a. CCLII/2007. AUDIENCIA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO NO VIOLA LA FRACCIÓN VI DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXVII, Enero de 2008, Página: 418. Registro No. 170550.

⁵⁶ Medina Quiroga, *op. cit.*, nota 46, p. 335.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 336.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

y obligaciones de las personas.⁶⁰ Estos órganos del Estado deben ejercer funciones materialmente jurisdiccionales, teniendo la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal.⁶¹ Este concepto en apariencia amplio de "juez o tribunal competente" esta en materia penal, íntimamente relacionado con el concepto procesal de *juez natural*.

El concepto de *juez natural* tiene como objetivo impedir que el imputado sea colocado frente tribunales *ad hoc*, creados para el caso o para la persona a juzgar.⁶² Con el tiempo, salvo marcadas excepciones, el *juez natural* se ha vuelto casi un sinónimo del juez ordinario. Es así que en el marco de estas consideraciones en múltiples casos la Corte IDH ha declarado la invalidez de procesos penales llevados ante tribunales militares, que en esencia, para la Corte IDH, violan el principio de juez natural, cuando carecen de independencia o imparcialidad.⁶³ Y si bien, el derecho al juez natural en principio es un derecho que surge en torno a los intereses del imputado, el mismo opera políticamente por sobre esa caracterización, para impedir cualquier modo de elección del tribunal, incluso aquella que podría realizar el propio imputado.⁶⁴ De forma complementaria, la Corte IDH ha declarado que el derecho al juez natural es a su vez un derecho de las propias víctimas del delito, para que su caso sea conocido por un juez competente, independiente e imparcial.

Así se ha determinado que el tribunal debe ser establecido por ley anterior,⁶⁵ ser competente,⁶⁶ ser independiente e imparcial⁶⁷ y que respete las debidas garantías, es decir, los derechos esenciales dentro del proceso, que corresponden a los principios del programa penal del iluminismo, creados en oposición a los excesos del poder penal del Estado representados por excelencia por la Inquisición.⁶⁸

⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Maier, Julio B. *op. cit.*, nota 7 pág. 763.

⁶³ Véanse por ejemplo, los casos mexicanos en donde se discutió la competencia del fuero militar en México. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, y Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

⁶⁴ Maier, Julio B. *op. cit.* nota 7. 510.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 113 y 114 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. *Supra* nota 50. 129.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 84, Durant y Ugarte, párr. 117, Cesti párr. 151 Loayza, 61.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. ... *supra* nota 60 párr. 73 al 75. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*..., *supra* nota 66, párr. 84 al 87.

⁶⁸ Maier, Julio B. *op. cit.* nota 7 pág. 148.

Como se puede observar, en este punto los derechos consagrados en el artículo 8 de la CADH tienen una estrecha relación con el contenido del derecho a la protección judicial previsto en el Artículo 25 del mismo instrumento internacional. Esta relación entre los dos preceptos y su articulación como el amplio derecho de "acceso a la justicia" ha llevado a la Corte IDH, en algunas ocasiones, a tratar de forma indistinta ambos derechos a pesar de que en principio, la noción de "garantías judiciales" es distinta a la noción de "protección judicial".

La Corte IDH ha dispuesto que los procesos penales se deben desarrollar en recintos a los que tenga el acceso el público, prohibiendo circunstancias de secreto y aislamiento para el desahogo de las diligencias procesales, sobre todo, para el caso de audiencias.⁶⁹ Al respecto, es menester mencionar que la Corte IDH conoció en el caso Castillo Petruzzi una situación flagrantemente violatoria de estos principios, ya que en dicho caso el proceso se realizó por jueces y fiscales militares sin rostro, en secreto y en condiciones de aislamiento.⁷⁰ La Corte en ocasiones ha incluso valorado positivamente la transmisión a través de los medios de comunicación de las audiencias del juicio oral.⁷¹ La restricción de este derecho igualmente es posible cuando es "necesario para preservar los intereses de la justicia", lo cual debe ser plenamente justificada por el Estado.⁷²

5. Derecho a una defensa adecuada

El Artículo 20 constitucional, Apartado B, fracción VIII contempla que el imputado "*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 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 y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera [...]*".

En el Poder Judicial de la Federación, el derecho a una defensa adecuada ha sido discutido principalmente en torno al alcance de este derecho durante la averiguación previa, sobre todo respecto a la primera declaración que se rinde ante el Ministerio Público dentro de los

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *supra* nota 50, párr. 172-173.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 198 y 200.

⁷² Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*..., *supra* nota 53, párr. 148.

sistemas inquisitivos⁷³ especificando su alcance, pero sobretodo sus límites⁷⁴ y el rol del defensor en ese ámbito.⁷⁵

También, se ha puesto especial atención a las formalidades procesales que se deben observar para no vulnerar este derecho ante la inasistencia del defensor del imputado durante las

⁷³ Tesis: 1a. CC/2005. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFECCIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, Enero de 2006, Página: 720. Registro No. 176 335. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que "[...] la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor. En ese sentido, si bien es cierto que, el incumplimiento a lo anterior constituye una violación procesal, también lo es que ésta no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, en caso de que la declaración rendida al respecto no esté desvirtuada, sea verosímil y, además, se encuentre corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restar eficacia probatoria a la confesión de mérito. Además, en estos casos no puede afirmarse que se esté ante actos prohibidos como la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, que es de lo que específicamente protege la fracción II del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁴ Tesis: 1a./J. 31/2003. DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México XVII, Junio de 2003, Página 49. Registro No. 184164. La Primera Sala menciona que "[...] para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculcados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación[...]"

⁷⁵ Tesis: XXIII.1o.26 P. ADECUADA DEFENSA. OBJETO DE LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR EN LA DILIGENCIA DE DECLARACIÓN MINISTERIAL DEL INDIADO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XX, Diciembre de 2004, Página: 1279. Registro No. 180 021. El Tribunal mencionó que "En la averiguación previa el objetivo primario y fundamental de la presencia del defensor en la declaración ministerial del indiciado es asegurar el derecho a la no autoincriminación (consagrado en la fracción II del apartado A del artículo 20 constitucional); la libre elección del inculcado de declarar, abstenerse de hacerlo o incluso negarse a contestar; evitar presiones de cualquier índole que coarten su derecho de declarar o permanecer callado; todo, como expresión de su libre voluntad, así como salvaguardar el respeto a las demás garantías constitucionales y derechos procesales que a aquél asisten, sin que ello signifique que la garantía de adecuada defensa contenida en la fracción IX, apartado A del citado precepto constitucional, otorgue al defensor la facultad de asesorar a su defensor para que cambie en su beneficio la versión que de los hechos deba verter. Justificar lo contrario, además de exceder el sentido del precepto constitucional, contraría la obligación de lealtad que las partes tienen en el proceso."

Tesis: 1a./J. 31/2004. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIX, Mayo de 2004, Página: 325. Registro No. 181578. "[...] es inconcuso que el debido cumplimiento de tal garantía no está subordinado a que el Ministerio Público forzosamente y de manera ineludible tenga que desahogar todas las diligencias que practique en la mencionada etapa investigatoria con la presencia del inculcado o su defensor y menos aún que si no lo hace así sus actuaciones carecerán de valor probatorio. Lo anterior, porque de estimar lo contrario se llegaría al extremo de transgredir el artículo 16 de la Constitución Federal, en el que se considera al Ministerio Público en la averiguación previa como una autoridad con imperio a quien exclusivamente le corresponde resolver si ejerce o no la acción penal en la investigación que practique, así como consignar los hechos ante el juzgado competente de su adscripción, en el perentorio término de 48 horas, si encuentra que se reúnen los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.

audiencias de vista en primera y segunda instancia⁷⁶ así como las formalidades procesales que se derivan de este derecho durante la segunda instancia del proceso penal.⁷⁷ Incluso, haciendo énfasis en el papel de garante de la autoridad para evitar eventuales conflictos de intereses.⁷⁸ En general, el Poder Judicial ha interpretado este derecho constitucional como un elemento esencial en todo el proceso, aun si la legislación local no lo prevé así.⁷⁹

De la misma forma, el Poder Judicial ha reconocido la importancia de contar con una defensa adecuada en casos de grupos vulnerables que en ocasiones pueden ser objeto de discriminación. En caso de que el imputado sea indígena, el Poder Judicial Federal, ha contemplado que el imputado debe "contar en todo tiempo con un intérprete y defensor que conozca su lengua y cultura".⁸⁰

⁷⁶ Tesis: XX.2o.89, P. AUDIENCIA DE VISTA EN PRIMERA INSTANCIA. SU CELEBRACIÓN CON LA PRESENCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO DESIGNADO OFICIOSAMENTE EN EL ACTO POR EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO, EN VIRTUD DE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR PARTICULAR NOMBRADO POR EL INculpADO, IMPLICA UNA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, Página: 1061. Registro No. 169142.

Tesis: 1a./J. 39/2007. AUDIENCIA DE VISTA EN SEGUNDA INSTANCIA. SI ANTE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR NOMBRADO POR EL INculpADO AQUÉLLA SE CELEBRA CON LA PRESENCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL DESIGNADO OFICIOSAMENTE EN EL ACTO DE LA DILIGENCIA POR EL TRIBUNAL DE ALZADA, SE VULNERA LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, Página: 102. Registro No. 172607.

⁷⁷ Tesis: VII.1o.(IV Región) J/2. DEFENSA ADECUADA. LA SALA QUE CONOZCA DE LA APELACIÓN DEBE REQUERIR AL DEFENSOR DEL INculpADO LA ACEPTACIÓN Y LA PROTESTA DEL CARGO, NO OBSTANTE QUE SEA LA MISMA PERSONA QUE LO REPRESENTÓ EN PRIMERA INSTANCIA Y EL PROMOVENTE DE DICHO RECURSO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, Página: 2918. Registro No. 163179. Y también véase Tesis: III.2o.P.254 P. DEFENSA ADECUADA. SE VULNERA SI DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DE LA APELACIÓN EL INculpADO NO CONOCIÓ LA IDENTIDAD DEL DEFENSOR DESIGNADO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo. XXXII, Noviembre de 2010, p. 1437. Registro No. 163488.

⁷⁸ Tesis: I.2o.P. J/29. DEFENSA ADECUADA. SE TRANSGREDE CUANDO UN MISMO DEFENSOR PATROCINA A COINculpADOS CON INTERESES CONTRARIOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Página: 2167. Registro No. 168689.

Tesis: XVI.1o.5 P. DEFENSOR. QUIEN INTERVINO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE MANERA SIMULTÁNEA Y LUEGO EN EL PROCESO, EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES TANTO DEL INDICIADO COMO DEL OFENDIDO Y TESTIGOS DE CARGO, EL DISCERNIMIENTO DE SU CARGO IMPLICA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE ADECUADA DEFENSA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Septiembre de 2004, página 1754. Registro No. 180666.

⁷⁹ Tesis: V.2o.48 P. DEFENSA ADECUADA. EL INculpADO TIENE EL DERECHO A QUE SU DEFENSOR COMPAREZCA A TODAS LAS AUDIENCIAS O DILIGENCIAS PROCESALES, AUN CUANDO LA NORMATIVIDAD QUE LO PREVE NO SE AJUSTE POR COMPLETO AL TEXTO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ELLO CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, Página: 2334. Registro No. 177032.

⁸⁰ Tesis: XIII.PA.22 P. DEFENSA ADECUADA DE INDÍGENAS MONOLINGÜES. SI DESDE SU DECLARACIÓN PREPARATORIA NO SE NOMBRA UN INTÉRPRETE Y UN DEFENSOR QUE CONOZCAN SU LENGUA Y CULTURA PARA QUE LOS ASISTAN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO PENAL, SE VIOLA EN SU PERJUICIO EL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, PRIMER PÁRRAFO, ÚLTIMO SUPUESTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y SE ACTUALIZA UNA INFRACCIÓN AL PROCEDIMIENTO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIONES II Y IV, DE LA LEY DE AMPARO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, Página: 3175. Registro No. 163180. El Tribunal Colegiado

Igualmente, tomando en cuenta el artículo 36, punto 1, incisos b) y c), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares el Poder Judicial Federal ha reconocido el derecho de todo extranjero, sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva que se encuentre privado de su libertad, a ser informado del derecho que le asiste de contactar al Consulado de su país de origen para que conozca su situación jurídica, a efecto de estar en posibilidad de recibir la visita de los funcionarios consulares y en su caso, organizar su defensa ante los tribunales respectivos. De esta forma, se ha determinado que si la autoridad ministerial o bien jurisdiccional, omiten cumplir con tal imperativo, existe una violación al procedimiento de defensa del peticionario. Si bien, por una parte, se ha estipulado que esto no conlleva a declarar la nulidad de las actuaciones efectuadas durante el procedimiento que en lo general cumplan con las formalidades legales.⁸¹ Por otro lado, en la Primera Sala de la SCJN recientemente se ha discutido la relevancia que se le puede llegar a dar a este derecho, cuya violación puede tener un "*efecto corruptor*" en todo el procedimiento penal.⁸²

El derecho a una defensa adecuada ha sido desarrollado por la Corte IDH en el marco general del Artículo 8.1, al igual como en torno a las disposiciones específicas del Artículo 8.2 incisos d) y e) de la Convención Americana.

El Artículo 8.1 de la CADH dispone que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

Menciona que "[...] constituye una garantía constitucional de toda persona indígena monolingüe, contar en todo tiempo con un intérprete y defensor que conozca su lengua y cultura en todos los juicios y procedimientos en que sea parte, pues al comunicarse exclusivamente en su lengua originaria, obviamente desconoce la trascendencia jurídica del hecho que se le atribuye, de ahí la necesidad de que su defensor cuente con los conocimientos idóneos para explicarle la diferencia entre su cultura y la existente fuera de su área de desarrollo y convivencia diaria; por consiguiente, si desde su declaración preparatoria no se nombra para la persona indígena monolingüe, un intérprete y un defensor que conozcan su lengua y cultura para que lo asistan durante todo el tiempo de la tramitación del proceso penal, se viola en su perjuicio aquella norma constitucional, actualizándose también las infracciones al procedimiento previstas en el artículo 160, fracciones II y IV, de la Ley de Amparo, concernientes al nombramiento de defensor y a la práctica de diligencias en forma distinta a la prevenida por la ley, lo que trae como consecuencia la reposición del procedimiento penal."

⁸¹ Tesis: III.2o.P.248 P. EXTRANJERO SUJETO A AVERIGUACIÓN PREVIA O EN PRISIÓN PREVENTIVA. SE LE DEBE DAR A CONOCER EL DERECHO QUE TIENE A SOLICITAR LA ASISTENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DEL PAÍS DEL CUAL ES ORIGINARIO, ADEMÁS DE QUE SE INFORME A DICHA SEDE CONSULAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE AQUÉL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, Página: 2280. Registro No. 164056.

⁸² Véase por ejemplo, el caso de la ciudadana francesa Florence Cassez. Véase el proyecto en el Amparo Directo en Revisión 517/2011. Quejosa y recurrente: Florence Marie Cassez Crepin. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Disponible en <http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf> (29 de junio de 2013).

Mientras que en específico, el Artículo 8.2 inciso d) de la CADH consagra como una garantía mínima "el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor." El mismo instrumento internacional también prevé en inciso e) el "derecho irrenunciable [del imputado] de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".

Como bien señala Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y una de las voces más autorizada en la materia, los estándares de la Corte IDH van mucho más allá de la mera designación de un abogado.⁸³ Así, la previsión de la defensa abarca tanto el derecho del justiciable a defenderse por sí mismo como a designar la asistencia profesional de un defensor provisto por el Estado.⁸⁴

Para la Corte IDH, el derecho de defensa "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como un objeto del mismo".⁸⁵ En el mismo sentido, la Corte ha determinado que, necesariamente, el derecho de defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.⁸⁶

Impedir que una persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia un proceso que la involucra y desde que la autoridad dispone o ejecuta actos que implican la afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona.⁸⁷ Es decir, la asistencia de un letrado no puede limitarse al proceso penal ante un juez, sino que debe abarcar desde las primeras etapas de la investigación.

La Corte ha señalado que si bien, una acusación puede ser enfrentada y refutada por el inculpado a través de sus actos y por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del derecho que asesora al investigado sobre sus deberes y derechos y que ejecuta un control crítico y de legalidad en la producción de las pruebas,⁸⁸ es asimismo indispensable que

⁸³ García Ramírez, Sergio. *El Debido Proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México, Porrúa, 2012, pág. 42.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. *supra* nota 48. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. *supra* nota 19 párr. 154.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*..., *supra* nota 48, párr. 29.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 61.

el inculpado cuente con el patrocinio letrado de un abogado de su elección, así el Tribunal ha resaltado la importancia de la comunicación libre y privada entre ambos.⁸⁹

El defensor de oficio ofrecido por el Estado no debe ser una mera formalidad procesal, ya que ello equivaldría a no contar con una defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.⁹⁰

En el *Caso Cabrera y Montiel v. México*, la Corte IDH determinó que la eventual limitación de este derecho debe respetar el principio de legalidad, fundamentar cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Si estos requisitos no son cubiertos, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención.⁹¹

La Corte IDH ha dado un amplio tratamiento al derecho a la asistencia consular, en el marco de las garantías consagradas en los Artículos 7 y 8 de la CADH.⁹² Aquí cabe precisar que la solicitud de la Opinión Consultiva 16 realizada por México ante la Corte, en relación con "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*", ha sido uno de los avances definitivos hacia la consolidación de este derecho⁹³ a pesar de que el mismo no se encuentra explícitamente enumerado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte IDH ha sostenido que el derecho a la asistencia consular se deduce a partir de la interpretación de dicho instrumento internacional. Igualmente, habría que considerar que México a nivel internacional le ha dado tanto peso a este derecho que ha llegado incluso a demandar su cumplimiento en beneficio de mexicanos viviendo en los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, tal y como sucedió en el *Caso Avena*.⁹⁴

El derecho a la asistencia consular busca remediar la situación que se encuentran los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente a los suyos, de modo de que puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia, se beneficien de un debido proceso legal en

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. *supra* nota 50. párr. 146 y 148.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. ..., *supra* nota 19, párr. 155.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 55.

⁹² Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

⁹³ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

⁹⁴ International Court of Justice (ICJ). *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* Judgment of 31 March 2004.

condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y gocen de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas.⁹⁵

En el caso Vélez Loor, la Corte IDH tuvo la oportunidad, por primera vez en el ámbito de su competencia contenciosa, de establecer estándares precisos sobre las facultades de los Estados de utilizar medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios en atención al *corpus juris* internacional existente en relación con los derechos humanos de las personas migrantes y específicamente, a las necesidades de protección de los migrantes indocumentados o en situación irregular.⁹⁶

En dicho caso, la Corte IDH señaló que "Es así que desde la óptica de los derechos de la persona detenida tres son los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma".⁹⁷ De esta forma, el incumplimiento de estos estándares, en la actual jurisprudencia de la Corte IDH, entraña una violación a los Artículos 7.4, 8.1 y 8.2 d) de la Convención Americana.⁹⁸

Para la Corte IDH, el ejercer el derecho a la defensa y de contar con un acceso a la justicia en términos igualitarios va a depender en gran medida del debido y efectivo cumplimiento de esta obligación.⁹⁹ Así, esta exigencia ha sido catalogada por la Corte como "un componente de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa".¹⁰⁰ Incluso en procedimientos administrativos o judiciales migratorios.¹⁰¹

6. Derecho a ser juzgado en el plazo constitucional y duración de la prisión preventiva

El Artículo 20 constitucional, Apartado B, fracción VII contempla tiempos específicos en los que un juicio penal debe ser llevado a cabo. El texto constitucional en mención señala que el

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 152.

⁹⁶ Sijniesky, Romina. "Limitaciones al uso de medidas privativas de libertad para el control de los flujos migratorios: comentario al caso Vélez Loor Vs. Panamá de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Opus Magna. Constitucional Guatemalteco*, Tomo IV, 2011, p. 74 y 75.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. supra nota 95, párr. 153.

⁹⁸ *Ibidem*, párr. 160.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 157, 158 y 254.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 157. (Véase también: Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 122 y Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 164.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 146.

imputado "Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa". En la Constitución, se establecen estos plazos para cumplir con la necesidad de darle mayor premura al proceso penal, esto, considerando la índole de bienes jurídicos que se encuentran en juego.¹⁰² La necesidad de agilizar los procesos penales a fin de terminarlos en el plazo señalado, podría en algún momento incidir en forma negativa sobre el derecho a una buena y completa defensa del acusado.¹⁰³ Por ello, se ha estimado que estos plazos pueden ser ampliados en beneficio del imputado.¹⁰⁴

En la jurisprudencia de los tribunales federales en México por lo regular se ha puesto en la balanza la necesidad de que el proceso sea breve, pero también la necesidad de que esa brevedad no afecte el derecho de defensa.¹⁰⁵ Esto ha propiciado que en alguna oportunidad se haya llegado a establecer que este plazo constitucional no podría aplicarse en forma rigorista, en perjuicio del reo, ya que eso violarían su derecho relativo a su defensa "que en la escala de valores de la jerarquía normativa constitucional, tiene[...] mayor rango".¹⁰⁶ En este punto, cabría destacar que las consideraciones sobre este tema corresponden a una lógica propia de los sistemas inquisitivos más que de un sistema acusatorio, en donde la carga de la celeridad recae esencialmente en los fiscales.

En fechas más recientes, la Primera Sala de la SCJN ha estimado que la violación a la garantía de brevedad en el proceso, por falta de pronunciamiento de la sentencia en los plazos establecidos en dicho precepto, si bien, deja expedito el derecho del sentenciado para exigir la responsabilidad del juzgador, por tratarse de un acto consumado de manera irreparable, ya no puede ser materia de estudio en un juicio de amparo, sobre todo si con base en dicha violación se pretende dejar sin efectos una sentencia condenatoria, por estimarse que se extinguió la jurisdicción del Juez de la causa, pues no existe norma constitucional que así lo

¹⁰² Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., nota 16, p. 753.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Tesis: I.2o.P.87 P. Proceso penal, brevedad del, cuando se encuentra juicio de amparo pendiente de resolución. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Noviembre de 2004, pág. 2003. Registro No. 180097.

¹⁰⁶ Tesis: I.3o.P.53. Los plazos previstos en el Artículo 20, Apartado A, Fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no deben interpretarse en forma rigorista cuando el procesado ofrece pruebas. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Julio de 2002, P. Pág. 1304. Registro No. 186573. Véase: Tesis VII.2o.P. J/5 DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO." y página 980, tesis III.1o.P. J/13, de rubro: "DEFENSA, GARANTÍA DE. TIENE PREFERENCIA SOBRE OTRAS GARANTÍAS DEL REO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, página 971. Registro No. 186964. Nota: Por ejecutoria de fecha 19 de noviembre de 2003, la Primera Sala declaró sin materia la contradicción de tesis 70/2003-PS en que participó el presente criterio.

establezca.¹⁰⁷ De esta forma, la SCJN ha estimado que "la circunstancia de que el Juez de la causa no dicte sentencia condenatoria dentro de los plazos señalados [...] con la consecuente violación de la garantía de brevedad en el proceso, no ocasiona que se extinga la jurisdicción de aquél, porque tal violación no afecta las facultades decisorias del órgano jurisdiccional, en virtud de que ni el mencionado precepto constitucional, ni algún otro, establece esa consecuencia jurídica".¹⁰⁸

El Artículo 20 constitucional, Apartado B, Fracción IX, contempla que "[...] 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 [...] En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención." La prisión preventiva se encuentra regulada en México en el Artículo 19 Constitucional, en donde se establecen las bases para solicitarse.

Si bien, la institución de la prisión preventiva a nivel interamericano no se encuentra prohibida, el hecho de que la misma, se encuentre inevitablemente en una constante tensión con el principio de presunción de inocencia, hace necesario que su regulación deba ser estricta, ya que representa una afectación directa e indirecta a distintos derechos.¹⁰⁹

La prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales y vincularse estrictamente con las necesidades del enjuiciamiento, conforme a un criterio riguroso sobre esta restricción del derecho a la libertad del presunto inocente, no bajo un concepto laxo que siembre el ordenamiento de disposiciones favorables a la prisión cautelar. Rigen las reglas legitimadoras de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración. Así, una medida cautelar desproporcionada, en palabras de García Ramírez, entrañaría un abuso inaceptable.¹¹⁰

En México, a pesar de lo que se menciona en la Constitución, en el terreno de los hechos es por demás evidente que la prisión preventiva no posee un carácter cautelar, ya que una

¹⁰⁷ Tesis: 1a. IV/2005. Brevedad en el Proceso. La violación a esta garantía, no puede ser materia del juicio de amparo, por tratarse de un acto consumado de modo irreparable., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, Febrero de 2005, Pág. 307. Registro No. 179384.

¹⁰⁸ Tesis: 1a. III/2005. Brevedad en el Proceso. La violación a esta garantía, contenida en el Artículo 20, Apartado A, Fracción VIII, de la Constitución Federal, no conlleva la extinción de la jurisdicción del juzgador. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, Febrero de 2005, Pág. 307. Registro No. 179385.

¹⁰⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 16, p. 738.

¹¹⁰ García Ramírez, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 100.

buena parte de la población reclusa no ha recibido sentencia y los motivos por los que está en la cárcel no siempre son legales y mucho menos legítimos.¹¹¹

Esta situación ha sido promovida por una regulación constitucional que en palabras de García Ramírez prevé una "prisión preventiva forzosa" (aunque no se use el término tal cual).¹¹² Así el Artículo 19 Constitucional estipula que "[...] *El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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. [...] La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso[...]*". En este sentido, es por demás preocupante el tratamiento que se le ha dado a las expresiones constitucionales de "delincuencia organizada" y "delitos graves que determine la ley", siendo que el legislador ordinario tanto a nivel federal como local se ha encargado de engrosar los catálogos de los delitos que pueden caer en estas categorías.¹¹³

El tiempo de duración de la prisión preventiva en el sistema constitucional mexicano va de la mano de la substanciación del proceso penal. Sin embargo, la interpretación de que sucede cuando los plazos estipulados constitucionalmente son superados varía dependiendo si estamos ante un sistema procesal inquisitivo o acusatorio.

En el Amparo en Revisión 12/2012, la Primera Sala de la SCJN determinó importantes diferencias en cuanto a los efectos del amparo cuando se está por una parte, ante el antiguo texto constitucional y el sistema inquisitivo, y por otra, ante el nuevo texto constitucional y el sistema acusatorio. En ese sentido, la SCJN determinó que "cuando [...] se otorga al quejoso sujeto a prisión preventiva, el amparo y protección de la Justicia de la Unión, [se] estima de conformidad con la norma constitucional vigente antes del dieciocho de junio de dos mil ocho –sistema penal anterior al acusatorio adversarial– que el efecto sería para que todas las autoridades de instancia, en el ámbito de sus respectivas competencias, queden vinculadas a emitir con toda prontitud las resoluciones faltantes, acatando estrictamente los plazos a que alude la ley, sin ninguna dilación; la carga de trabajo, dificultad del asunto o cualquier otra

¹¹¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 16, p. 738.

¹¹² García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 111, p. 104.

¹¹³ Para un análisis y crítica completa sobre esta institución véase: García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 111, p. 99 a 108.

circunstancia no podría ser argumentada para aplazar cualquier determinación necesaria para llegar a una decisión de absolución o de condena".¹¹⁴

Por el contrario, la Primera Sala de la SCJN determinó que, bajo el nuevo sistema penal acusatorio posterior a la reforma de 2008, "si ha transcurrido un plazo superior a los dos años, y si el imputado no está ejerciendo su derecho de defensa y todavía no se ha pronunciado sentencia, el efecto debe ser ponerlo en libertad de inmediato mientras se continúa con el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares, lo anterior tiene su razón de ser en lo previsto en el artículo 20, apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".¹¹⁵

Al contrastar a nivel domestico la normativa constitucional con lo dispuesto por la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se han llegado a diversas interpretaciones tanto por la Primera Sala de la SCJN, así como por los tribunales federales. Sin embargo, en todos los casos se ha justificado, indebidamente, los alcances del régimen de prisión preventiva imperante en el país. Es pertinente señalar que en estos análisis se ha recurrido a la interpretación literal de los instrumentos internacionales y no necesariamente a la interpretación auténtica que realizan los órganos especializados a nivel internacional, como lo sería la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁶ Esto ha dado lugar a que los estándares se hayan flexibilizado al grado de llegar a considerar que la prisión preventiva pueda tener lugar a

¹¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.

¹¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntolD=135150>> (29 de junio de 2013)

¹¹⁶ Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Pág. 493. Registro No. 2001432.

Tesis: II.1o.P2 P (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA PROLONGADA. CASOS EN LOS QUE CONFORME A UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO NO ES PROCEDENTE DECRETAR LA LIBERTAD CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 9 NUMERAL 3 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7 NUMERAL 5 Y 8 NUMERAL 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Pág. 1932. Registro No. 2001433.

Tesis: I.9o.P.16 P (10a.). EXTRADICIÓN. SI AL INculpADO SE LE SIGUE EL PROCESO RELATIVO POR DELITOS CALIFICADOS COMO GRAVES QUE NO PERMITEN EL OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, ES LEGAL QUE QUEDE SUJETO A PRISIÓN PREVENTIVA EN APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO, AL SER ÉSTE ACORDE CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y AL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Pág. 1743. Registro No. 2001645.

Tesis: XXII.1o.23 P. PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Julio de 2009, Pág. 2028. Registro No. 166872.

partir de circunstancias por demás diversas, privándola de su carácter excepcional,¹¹⁷ violando con ello, el Artículo 7.5 de la Convención Americana.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un plazo fijo o "estándar" para determinar la razonabilidad de la duración de un proceso judicial o el plazo razonable de la prisión preventiva, como si sucede en México.¹¹⁸ Para hacer tales determinaciones la Corte IDH ha diseñado a lo largo de su jurisprudencia un *test de proporcionalidad* basado en el Artículo 7 (Libertad Personal) en materia de prisión preventiva y 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) en materia de procesos judiciales, todos de la Convención Americana, en donde se debe tomar en cuenta:

¹¹⁷ Véase por ejemplo mencionado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Conforme al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso. Ahora bien, una interpretación basada en el principio *pro personae*, con fundamento en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...] permite definir la forma en que debe ponderarse si ha transcurrido un plazo razonable en la duración de la prisión preventiva, en atención a los factores siguientes: 1. Probabilidad de que el acusado cometió un delito merecedor de pena carcelaria, en donde el juzgador podría estimar que la medida cautelar provisional decretada ya no es imperiosa, lo que no prejuzga lo resuelto en el auto de formal prisión; 2. Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia, donde deben tenerse en cuenta la gravedad del delito y la eventual severidad de la pena, elementos que por sí solos son insuficientes para concluir que no ha transcurrido un plazo razonable de duración de la prisión preventiva; 3. Riesgo de comisión de nuevos delitos, en donde el peligro debe ser real; 4. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión, circunstancias que deben evaluarse en asuntos donde el acusado puede impedir el curso normal del proceso judicial, dicha necesidad debe fundarse en un peligro efectivo; 5. Viabilidad de presión sobre los testigos, caso en que debe examinarse si existe un riesgo legítimo para éstos u otras personas; 6. Preservación del orden público, en donde por circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un hecho delictivo y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la aplicación de la medida cautelar por cierto periodo; 7. Debida diligencia en la sustanciación del procedimiento, donde debe justipreciarse si las autoridades la han empleado; 8. Motivos expuestos por las autoridades judiciales para justificar la continuación de la medida, donde la información se analiza caso por caso para determinar la relevancia y suficiencia de las justificativas para la prisión preventiva; 9. Lapso constitucional de duración del juicio, donde debe constatararse si han transcurrido 4 meses en caso de delitos cuya pena máxima no excede de 2 años de prisión o 1 año si la pena excede de ese tiempo; 10. Ejercicio efectivo del derecho de defensa, el cual no debe ser un pretexto para que la autoridad alargue el proceso de manera injustificada; y 11. Eventualidad apoyada en datos de riesgo para el ofendido o la sociedad, donde el riesgo debe justipreciarse con elementos de convicción aportados por la Representación Social. Así, los jueces, fundándose en una prudente apreciación, deben evaluar en forma proporcional y razonada en cada caso dichos factores, a efecto de determinar si ha transcurrido un plazo razonable de permanencia del procesado sujeto a prisión preventiva." Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Pág. 492. Registro No. 2001430.

¹¹⁸ Excepcionalmente, la Corte IDH ha llegado a tasar en un tiempo determinado el plazo para la substanciación de un juicio. Dicha jurisprudencia, cabe decir, ha sido rebasada. Véase Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. *supra* nota 66, párr. 81 y sobre todo Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 63.

Igualmente de forma aislada, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha fijado un estándar fijo para la determinación de la duración de la prisión preventiva mencionando que "la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indicio, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente." Véase, CIDH. Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay) Informe 86/09, Fondo, Caso 12.553, 6 de agosto de 2009, párr. 136.

- a) la complejidad del asunto;
- b) la actividad procesal del interesado;
- c) la conducta de las autoridades judiciales, y
- d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.

Es importante también destacar algunos puntos importantes:

En materia de plazo razonable:

- En la valoración de dicho plazo razonable, la Corte observa también la legislación nacional sobre la materia.¹¹⁹
- La Corte ha establecido que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento –incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse–, hasta que se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción.¹²⁰
- En materia penal, "este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito", por ejemplo, en la fecha de la aprehensión del individuo¹²¹ o, en caso de que ello no proceda, a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.¹²²
- La Corte IDH ha aclarado que el período de cumplimiento de una sentencia no corresponde al análisis del artículo 8 de la Convención sino al artículo 25.2.c) de la

¹¹⁹ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 130, y Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 160.

¹²⁰ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. ..., *supra* nota 49 párr. 71, y Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 132.

¹²¹ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. *supra* nota 49. párr. 70.

¹²² Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 168.

misma, ya que "tiene vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos".¹²³

- En ciertos casos el plazo razonable dentro de un proceso encontraría excepciones. La Corte ha declarado que "la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares"¹²⁴ de cada caso, pues en determinados supuestos "el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable".¹²⁵

En materia de prisión preventiva:

- La relación entre el concepto del plazo razonable en el proceso judicial y el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, reconocido en el artículo 7.5 de la Convención, de acuerdo con la Corte, debe ser distinguida a pesar de que "ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona".
- Así, es necesario distinguir entre el artículo 7.5 sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, y el artículo 8.1 referido al plazo para la conclusión del proceso.¹²⁶ Sobre el particular, la Corte ha establecido que "[c]uando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad" y "[e]ste derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad".¹²⁷

En México, el régimen de prisión preventiva adolece de un serio problema, y consiste en que en casos de delitos graves y delincuencia organizada, su regulación actual sería incompatible

¹²³ Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 84.

¹²⁴ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 171, y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 244.

¹²⁵ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 149, y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 244-

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. ..., *supra* nota 48.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. ..., *supra* nota 20, párr. 120.

con lo dispuesto por la CADH y la interpretación que ha hecho sobre ella la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH ha señalado que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad cautelar y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Y también la ha caracterizado como la medida más severa que se le puede imponer al imputado, por lo que debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.¹²⁸

Igualmente, la Corte IDH ha determinado que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene de la ley que permite aplicarla en ciertas hipótesis generales, y ha destacado que la adopción de esta medida "requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla [hipótesis general], los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria"¹²⁹ Asimismo, la Corte IDH ha estimado como necesario que "existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a proceso".¹³⁰ Toda vez que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.¹³¹

De lo anterior, queda claro que estos estándares rechazan la posibilidad de que exista un "derecho procesal penal de autor" y la posibilidad de que la medida cautelar sólo se pueda fundar en la "gravedad de delito" del cual se le ha acusado al imputado.¹³² Sin embargo, en los casos de delitos graves y en los casos de delincuencia organizada esto es precisamente lo que ocurre en México. Esto se debe a que la prisión preventiva gira en torno al tipo de delito que se persigue, situación que ha sido ya objeto de condenas internacionales tal y como sucedió en el caso *López Álvarez vs. Honduras*.¹³³

Hoy se puede afirmar, en los sistemas penales más progresistas, que la coerción cautelar sólo tiende a proteger la realización de los fines procesales, que pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes: a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad –peligro de entorpecimiento de la investigación y objeto del proceso–; y b) cuando el imputado

¹²⁸ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 68.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. *supra* nota 47, párr. 198.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. *supra* nota 49, párr. 77.

¹³² Bigliani, Paola y Bovino, Alberto. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 27.

¹³³ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. ..., *supra* nota 130, párr. 81.

se fuga e impide la aplicación del derecho penal material.¹³⁴ Por tanto, su objetivo es estrictamente cautelar y no punitivo, y por ello, no deben estar asociadas a un fin distinto que aquellos legítimamente establecidos para cautelar el proceso.¹³⁵

Cabe decir que varias legislaciones nacionales han establecido otros fines de la medida cautelar, como por ejemplo, el peligro para la sociedad o para la víctima, la alarma social, la reincidencia, peligro de atentar contra la víctima y sus familiares, entre otras. Si es que estas causales son legítimas para Villadiego es discutible, sobre todo porque se ha debatido mucho si constituyen fines legítimos de la medida cautelar, pues varias de ellas parecen estar relacionadas con la "peligrosidad" del detenido, su responsabilidad penal en el proceso o la gravedad del delito cometido, más que con la necesidad de cautela.¹³⁶

Existen también otras circunstancias en donde los fines como la "alarma social", la reiteración de la conducta, el peligro de continuar con la actividad delictiva y la gravedad del delito se encuentran fundados en un fin punitivo y no cautelar, ya que no responden a la idea central de "resguardar el éxito procesal penal", como lo es una lista de delitos inexcusables que realizan una presunción legal sobre la "necesidad de cautela" sin analizarla de manera objetiva y en el caso concreto, lo cual contradice dicha lógica.¹³⁷ Este es el supuesto en el que, como ya explicamos, se encuentra la legislación mexicana.

Es importante destacar que la eventual modificación del régimen de prisión preventiva daría a las autoridades jurisdiccionales competentes la posibilidad de analizar caso por caso la pertinencia de dictar o no esta medida, sin que esa decisión ya haya sido tomada de forma general y abstracta por el legislador.

La prisión preventiva y, en general, las medidas cautelares que restringen la libertad personal requieren en cada caso concreto que existan los supuestos materiales que permitan inferir la vinculación entre la persona procesada y los hechos investigados, y que se presenta un fin procesal legítimo que sustenta la necesidad de cautela.¹³⁸

¹³⁴ Bigliani, Paola y Bovino, Alberto. *Encarcelamiento preventivo...*, supra nota 134 y estándares del sistema interamericano. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 27.

¹³⁵ Villadiego Burbano, Carolina. *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: Mecanismos para evaluar la necesidad de cautela*, p. 2. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/CVILLADIEGO_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf> (29 de junio de 2013).

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹³⁸ *Idem*.

Es importante destacar que la figura autoritaria y anacrónica del arraigo quedaría proscrita bajo los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, ya que no cumpliría ni siquiera mínimamente con ninguno de los estándares establecidos para los medios de *coerción procesal*.¹³⁹ Por ello, el arraigo se constituye como una medida arbitraria, carente del fin de asegurar la realización del proceso, ya que ni siquiera existe alguna certeza que el proceso penal se pueda llegar a instaurar algún día, debido a la falta de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona.

7. Derechos humanos y el combate al crimen organizado

En México, a la par de los derechos que contempla la Constitución en su Artículo 20 Apartado B, en varias secciones también se contempla un régimen especial penal en donde se incluyen figuras procesales como el arraigo o el régimen especial en torno a la delincuencia organizada. En particular, resultan preocupantes las múltiples excepciones que existen en torno a los derechos de los imputados en materia de delincuencia organizada a tal grado que las garantías ofrecidas por el sistema acusatorio en este tipo de procesos pierde gran parte de su eficacia.¹⁴⁰ La expansión de este tipo de legislación no sólo de esta originando a nivel federal, sino a nivel estatal, por medio de leyes contra la delincuencia organizada cuya constitucionalidad es por demás cuestionable.¹⁴¹

En cuanto al marco constitucional y legal en torno a la delincuencia organizada hay que mencionar que ni la CADH, ni la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana contem-

¹³⁹ La *coerción*, para Maier, es el medio organizado por el derecho para que el Estado intervenga en el ámbito de la libertad de las personas. Mientras que para el mismo autor argentino, la *coerción procesal*, es aquella que se practica con el fin de asegurar la realización del proceso de conocimiento, para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia. Así, se han identificado que los medios de coerción procesal que afectan derechos básicos diversos –válidamente– pueden ser:

- a) El encarcelamiento preventivo;
- b) El allanamiento;
- c) La apertura o inspección de correspondencia y papeles privados;
- d) El embargo y el secuestro de bienes, y
- e) La extracción de muestras sanguíneas y otras inspecciones médicas.

Véase Maier, Julio B., *op. cit.*, nota 7, pág. 519.

¹⁴⁰ Entre varias disposiciones constitucionales véase por ejemplo, el Artículo 20 Constitucional en el ya mencionado Apartado B, Fracción III contempla que "*Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.*" Igualmente, prevé que en materia de delincuencia organizada "*La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos [...]*". Por su parte, la Fracción V del mismo Artículo y el mismo apartado contempla que "*En [casos de presunta] 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.*"

¹⁴¹ Los casos paradigmáticos en este rubro lo constituyen la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal, de 15 de septiembre de 2004 y la Ley Contra la Delincuencia Organizada para el Estado de Baja California, de 2 de enero de 2004.

plan la existencia de un régimen penal especial para las personas que son acusadas de delitos relacionados con la delincuencia organizada de garantías diferenciadas. Es decir, no prevé la existencia de dos niveles de derechos o la posibilidad de que puedan existir, en palabras de Ferrajoli, "*subsistemas penales de excepción*".¹⁴² Tampoco, se contempla la existencia de regímenes penales de diferentes velocidades que prevean distintos derechos y garantías.¹⁴³ Como consecuencia, los derechos de los imputados en todos los casos y en todos los regímenes deben cumplir con los estándares interamericanos no debiéndose encontrar distinciones al momento de enfrentar un proceso penal.¹⁴⁴

Dentro de este panorama, en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, las disposiciones de este tipo, al ser analizadas cuidadosamente, en muchas ocasiones han resultado ser violatorias de derechos humanos.¹⁴⁵ Es así que con el fin de que no excedan en ningún momento los límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos y en especial, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas normas deben analizadas bajo los estándares de un Estado democrático de derecho respetuoso del derecho internacional tanto por los tribunales nacionales como internacionales. Al respecto, los *test de proporcionalidad* desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para verificar la validez de las restricciones a los derechos humanos puede constituir una útil herramienta para los operadores de justicia nacionales considerando las circunstancias concretas de cada caso.¹⁴⁶

¹⁴² Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 5a. ed. Madrid, Trotta, 2001, p. 807 a 836. Doctrinalmente existe una fuerte controversia en cuanto a la legitimidad de estas medidas ya que su carácter materialmente excepcional se contraponen al esquema constitucional de la normalidad, trasgrediendo, a su vez, uno de los principios básicos de toda ley: la generalidad, ya que este régimen se encuentra enfocado a individuos específicos, sin que a éstos se les haya podido comprobar la comisión de algún delito o falta administrativa, contraponiéndose a no pocos principios del garantismo penal, entre los que encontramos el principio de *nulla poena sine iudicio*; el de presunción de inocencia y el principio de carga de la prueba o de verificación, *nulla accusatio sine probatione*. Algunas reflexiones sobre este tema pueden encontrarse en: Pelayo Moller, Carlos María. *La suspensión individual de derechos y garantías en el combate a la delincuencia organizada en México*, Carbonell, Miguel (coord.), Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, IIJ-UNAM, 2004, pp. 995-1010; y en Pelayo Moller, Carlos María, *Tendencias en el combate a la delincuencia organizada en México: Una crítica desde el garantismo*, Memoria del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Ara, 2004, pp.407-426.

¹⁴³ Véase la reflexión que sobre este tema se realiza en Alvarado Martínez, Israel. *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*. México, IIJ-UNAM, 2012, p. 10.

¹⁴⁴ Tesis: III.1o.P. J/18 (9a.). TESTIGOS PROTEGIDOS EN DELITOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA RESERVA DE SU IDENTIDAD CONCLUYE CON LA CONSIGNACIÓN Y DEBE REVELARSE A LOS INCUPLADOS EN LA AUDIENCIA EN QUE RINDAN SU DECLARACIÓN PREPARATORIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, Página: 563. Registro No. 160633.

¹⁴⁵ La Corte IDH llegó a la determinación de declarar como contrario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, varios preceptos del Decreto Ley No. 25.475, en donde se imponía un régimen penal especial para el delito de terrorismo en Perú. Véase Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115 párr. 77 a 103.

¹⁴⁶ Sobre este tema véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos María. *Artículo 32 (Correlación entre Deberes y Derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (a publicarse por la Fundación Konrad Adenauer).

III. Reflexiones finales: los retos y perspectivas de la transición impuestos por el nuevo marco constitucional

Como bien señalan algunos autores, la corrupción, la incapacidad profesional de los funcionarios judiciales, la impunidad, el uso de influencias ante los órganos o en los órganos jurisdiccionales, y en general el abuso del derecho por algunos operadores jurídicos, son algunos de los obstáculos a los que se enfrentan los sistemas procesales en México, tanto los de corte inquisitivo como acusatorio.¹⁴⁷ Sin embargo, la reforma en materia procesal penal significa una importante puesta al día en materia de derechos humanos que, de implementarse correctamente, ayudará a tener un mejor sistema de procuración de justicia.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como la reforma en materia penal que instaurará un sistema penal acusatorio en todo el país plantean todo un cambio cultural a nivel jurídico. Ambas reformas no pueden verse de forma aislada, sino fruto de procesos democráticos que han sido emprendidos a nivel regional en toda Latinoamérica.

Por lo cual, toda la jurisprudencia constitucional en la materia deberá ser reinventada y revisada. Ello se debe, como afirma Maier, a que el Derecho Procesal Penal es un Derecho Constitucional reformulado o reglamentado.¹⁴⁸ Es de esperarse, en consecuencia, que ambas ramas del derecho dependan unas de otras para poder desenvolverse en un Estado democrático de derecho en conjunto con el derecho internacional de los derechos humanos.

Como pudo observarse en el análisis de los diferentes temas en el presente texto, la transición de un sistema inquisitivo a uno acusatorio hace necesaria una nueva concepción de los derechos de los imputados, de ahí que resulte indispensable adecuar la jurisprudencia federal en la lógica de un sistema acusatorio. Las reformas constitucionales antes comentadas, lo que eventualmente provocarán es un acercamiento con la jurisprudencia de la Corte IDH basada, como ya habíamos comentado, en una lógica procesal fundada en el sistema procesal acusatorio. Ello tendrá como consecuencia una considerable reducción de incompatibilidades normativas e interpretativas y propiciará, en el mediano plazo, un verdadero diálogo jurisprudencial.

Este contexto sin duda vendrá aparejado de un periodo de ajuste –para algunos de incertidumbre– respecto a que criterio o incluso norma es la que debe prevalecer, a la par largas y

¹⁴⁷ Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo. *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*. IJ-UNAM, 2012, p. 55.

¹⁴⁸ Maier, Julio B., *op. cit.*, nota 7, pág. p. 164.

polémicas discusiones en nuestros tribunales, empezando por la SCJN. Sin embargo, después de ese periodo de ajuste, sin duda contaremos con criterios más robustos y garantistas, ya puestos a prueba *vis-à-vis* los estándares internacionales en derechos humanos. Con ello, utilizando la analogía de Sergio García Ramírez, se crearán nuevos "*puentes de comunicación entre los ordenes nacionales e internacional*" que permitirán realizar una mejor recepción del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁴⁹

La implementación de las reformas constitucionales en materia procesal penal (2008) y en de derechos humanos (2011) también ayudarán a crear una interpretación más garantista de los derechos, a través de los principios de interpretación conforme y el principio pro persona con el fin de llevar a cabo un control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad.

Finalmente, será importante vigilar que los cambios dentro del nuevo sistema penal realmente sean reformas estructurales y no "*cosméticas*", que quieran encubrir un anquilosado sistema inquisitivo con la piel de oveja de un sistema acusatorio. Para evitar que esto suceda es necesario modificar de raíz las prácticas inquisitivas que limitan el debido proceso, como la audiencia oral como un requisito de trámite y no como la parte medular del proceso, garantizar en todo momento los derechos de las partes, incluyendo por supuesto los derechos de las víctimas y limitar el uso de la prisión preventiva.

¹⁴⁹ La expresión "puentes de recepción" es utilizada por García Ramírez en: García Ramírez, Sergio. "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, p. 363.

Criterios jurisprudenciales

1. Criterios Nacionales

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo, Diario Oficial de la Federación (Segunda Sección), 4 de octubre de 2011.
- Número de tesis: I.10o.P. J/7 . INCULPADO. SU NEGATIVA A DECLARAR NO CONSTITUYE UN INDICIO PARA ACREDITAR SU CULPABILIDAD, SINO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México Tomo XXII, Agosto de 2005, p. 1630. Registro No. 177603.
- Tesis: XXI.1o.PA.50 P. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL APARTADO A, FRACCIÓN II, DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SE VIOLA EN PERJUICIO DEL PRESENTADO SI EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA SE LE REQUIERE LA DEVOLUCIÓN O ENTREGA DEL OBJETO DEL DELITO CUYA COMISIÓN SE LE ATRIBUYE, CON APERCIBIMIENTO DE QUE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO SE LE APLICARÁ ALGUNA MEDIDA DE APREMIO PREVISTA EN LA LEY. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 1374. Registro No. 168440.
- Tesis: 1a./J. 53/2004. 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Agosto de 2004, p. 232. Registro No. 180845.
- Tesis: I.9o.P.81. DECLARACIÓN DEL INCULPADO. SI SE RESERVA ESTE DERECHO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE

LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, EL MINISTERIO PÚBLICO NO PUEDE CUESTIONARLO BAJO EL ARGUMENTO DE "PREGUNTAS ESPECIALES". Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXIII, Febrero de 2011, Página: 2286. Registro No. 162890.

- Tesis: II.2o.P.A.44 P. FALSO TESTIMONIO, DELITO DE, Y GARANTIA DE PLENITUD DE DEFENSA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, México, Tomo V, Enero de 1997, p. 471. Registro No. 199642.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. Sentencia Ejecutoria. CONTRADICCIÓN DE TESIS 29/2004-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, AHORA PRIMERO EN MATERIA PENAL DEL MISMO CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. 9a. Época, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, Enero de 2005, Página: 94. Registro IUS 18553.
- Tesis: I.6o.P. J/13. MINISTERIO PÚBLICO. ACTUACIONES IRREGULARES QUE CARECEN DE VALOR PROBATORIO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 286 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (FALSEDAD DE DECLARACIONES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Noviembre de 2005, Página: 760. Registro IUS 176688.
- Tesis VI.3o.181 P, de rubro: "CONFESIÓN ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. SÓLO TIENE PLENO VALOR PROBATORIO SI LAS DILIGENCIAS RELATIVAS SE AJUSTAN A LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA." *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México Tomo XI, mayo de 1993, página 307. Registro No. 216323.
- Tesis: 1a. CC/2005. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, Página: 720. Registro IUS 176335.
- Tesis: 1a. CXXIII/2004. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDE-

RAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, enero de 2005, Página: 415. Registro No. 179607.

- Tesis: 1a./J. 140/2011 (9a.) PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, Página: 2058. Registro No. 160500.
- Tesis: XX.2o.80 P. PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA OMISIÓN DE PROVEER SOBRE SU ADMISIÓN Y DESAHOGO, UNA VEZ CUMPLIDA LA CONDICIÓN A LA QUE SE SUJETÓ, AFECTA LAS DEFENSAS DEL INculpADO TRASCENDIENDO AL SENTIDO DEL FALLO, PUES ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN PROCESAL ANÁLOGA A LA PREVISTA POR LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 160 DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Página: 2369. Registro No. 170212.
- Tesis: XXIII.1o.(IX Región) 1 P. CAREOS PROCESALES. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE LA CAUSA DE ORDENAR SU DESAHOGO CUANDO EXISTAN CONTRADICCIONES SUSTANTIVAS ENTRE EL DICHO DE UN TESTIGO Y EL INculpADO, SIEMPRE QUE ÉSTE HAYA MANIFESTADO SU VOLUNTAD DE CAREARSE, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO PENAL QUE AMERITA SU REPOSICIÓN EN CASO DE QUE TRASCIENDA AL RESULTADO DEL FALLO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Septiembre de 2010, Página: 1175. Registro No. 163871.
- Tesis: III.2o.P. J/25. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE REPONERLO SI ALGUNA DE LAS OFRECIDAS Y ADMITIDAS NO ES DESAHOGADA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Mayo de 2010, Página: 1843. Registro No. 164544.
- Tesis: XVII.1o.P.A. J/20. TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL FEDERAL. EL HECHO DE QUE EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO NO LOS HAYA CITADO EN SUS INICIALES DECLARACIONES, NO NECESARIAMENTE IMPLICA EL QUE DEBA RESTÁRSELES VALOR PROBATORIO. : *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, p. 2750. Registro No. 165129.

- Tesis: 1a. CXC/2009. PRUEBA TESTIMONIAL. DEBE SER RENDIDA DE FORMA LIBRE Y ESPONTÁNEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo: XXX, Noviembre de 2009, Página: 413. Registro No. 165930.
- Amparo directo 9/2008. 12 de agosto de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102045>> (29 de junio de 2013)
- Tesis: 1a./J. 51/2007. PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDE LA ADMISIÓN Y DESAHOGO DE LA TESTIMONIAL Y LOS CAREOS OFRECIDOS POR EL INCULPADO, A CARGO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LOS TESTIGOS DE ASISTENCIA QUE INTERVINIERON EN UNA DILIGENCIA DE CATEO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Julio de 2007, página: 89. Registro No. 171947.
- Tesis: II.2o.P.202 P. TESTIGOS. PARA QUE SU DECLARACIÓN SE CONSIDERE UN AUTÉNTICO TESTIMONIO SE REQUIERE QUE TENGAN UN CONOCIMIENTO ORIGINAL Y DIRECTO DE LOS HECHOS Y NO DERIVADO O PROVENIENTE DE INDUCCIONES O REFERENCIAS DE OTRO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, Página: 1539. Registro No. 174167.
- Tesis: XVII.1o.PA.45 P. PRUEBA TESTIMONIAL. PARA SU INTEGRACIÓN Y VALORACIÓN DEBEN PROPORCIONARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO SOBRE LOS HECHOS QUE DECLAREN LOS TESTIGOS, AUN CUANDO EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA NO LO PREVEA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Abril de 2006, página: 1169. Registro No. 175251.
- Tesis: 1a./J. 153/2005. DECLARACIÓN RENDIDA POR LOS CODETENIDOS EN CALIDAD DE TESTIGOS DE CARGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. CARECE DE VALIDEZ SI NO SE EFECTÚA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXIII, Febrero de 2006, , Página: 193. Registro No. 175976.
- Tesis: 1a. CCLII/2007. AUDIENCIA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO NO VIOLA LA FRACCIÓN VI DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS

UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XXVII, Enero de 2008, Página: 418. Registro No. 170550.

- Tesis: 1a. CC/2005. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDICIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXIII, Enero de 2006, Página: 720. Registro No. 176335.
- Tesis: 1a./J. 31/2003. DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XVII, Junio de 2003, Página 49. Registro No. 184 164.
- Tesis: XXIII.1o.26 P. ADECUADA DEFENSA. OBJETO DE LA ASISTENCIA DEL DEFENSOR EN LA DILIGENCIA DE DECLARACIÓN MINISTERIAL DEL INDICIADO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, XX, Diciembre de 2004, Página: 1279. Registro No. 180021.
- Tesis: 1a./J. 31/2004. DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. SU EJERCICIO NO ESTÁ SUBORDINADO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TENGA QUE DESAHOGAR TODAS LAS DILIGENCIAS QUE PRACTIQUE CON LA PRESENCIA DEL INculpADO O SU DEFENSOR (INTERPRETACIÓN DE LAS FRACCIONES IX Y X DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIX, Mayo de 2004, Página: 325. Registro No. 181578.
- Tesis: XX.2o.89, P. AUDIENCIA DE VISTA EN PRIMERA INSTANCIA. SU CELEBRACIÓN CON LA PRESENCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO DESIGNADO OFICIOSAMENTE EN EL ACTO POR EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO, EN VIRTUD DE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR PARTICULAR NOMBRADO POR EL INculpADO, IMPLICA UNA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA PREVISTA EN LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, Página: 1061. Registro No. 169142.

- Tesis: 1a./J. 39/2007. AUDIENCIA DE VISTA EN SEGUNDA INSTANCIA. SI ANTE LA INASISTENCIA DEL DEFENSOR NOMBRADO POR EL INCUPLADO AQUÉLLA SE CELEBRA CON LA PRESENCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL DESIGNADO OFICIOSAMENTE EN EL ACTO DE LA DILIGENCIA POR EL TRIBUNAL DE ALZADA, SE VULNERA LA GARANTÍA DE DEFENSA ADECUADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, Página: 102. Registro No. 172607.
- Tesis: VII.1o.(IV Región) J/2. DEFENSA ADECUADA. LA SALA QUE CONOZCA DE LA APELACIÓN DEBE REQUERIR AL DEFENSOR DEL INCUPLADO LA ACEPTACIÓN Y LA PROTESTA DEL CARGO, NO OBSTANTE QUE SEA LA MISMA PERSONA QUE LO REPRESENTÓ EN PRIMERA INSTANCIA Y EL PROMOVENTE DE DICHO RECURSO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, Página: 2918. Registro No. 163179.
- Tesis: III.2o.P.254 P. DEFENSA ADECUADA. SE VULNERA SI DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DE LA APELACIÓN EL INCUPLADO NO CONOCIÓ LA IDENTIDAD DEL DEFENSOR DESIGNADO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Noviembre de 2010, p. 1437. Registro No. 163488.
- Tesis: I.2o.P. J/29. DEFENSA ADECUADA. SE TRANSGREDE CUANDO UN MISMO DEFENSOR PATROCINA A COINCULPADOS CON INTERESES CONTRARIOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Página: 2167. Registro No. 168689.
- Tesis: XVI.1o.5 P. DEFENSOR. QUIEN INTERVINO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE MANERA SIMULTÁNEA Y LUEGO EN EL PROCESO, EN REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES TANTO DEL INDICIADO COMO DEL OFENDIDO Y TESTIGOS DE CARGO, EL DISCERNIMIENTO DE SU CARGO IMPLICA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE ADECUADA DEFENSA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Septiembre de 2004, página 1754. Registro No. 180666.
- Tesis: V.2o.48 P. DEFENSA ADECUADA. EL INCUPLADO TIENE EL DERECHO A QUE SU DEFENSOR COMPAREZCA A TODAS LAS AUDIENCIAS O DILIGENCIAS PROCESALES, AUN CUANDO LA NORMATIVIDAD QUE LO PREVÉ NO SE AJUSTE POR COMPLETO AL TEXTO DE LA FRACCIÓN IX DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ELLO CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENA-

LES). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXII, Octubre de 2005, Página: 2334. Registro No. 177032.

- Tesis: XIII.PA.22 P. DEFENSA ADECUADA DE INDÍGENAS MONOLINGÜES. SI DESDE SU DECLARACIÓN PREPARATORIA NO SE NOMBRA UN INTÉRPRETE Y UN DEFENSOR QUE CONOZCAN SU LENGUA Y CULTURA PARA QUE LOS ASISTAN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO PENAL, SE VIOLA EN SU PERJUICIO EL ARTÍCULO 2o., APARTADO A, FRACCIÓN VIII, PRIMER PÁRRAFO, ÚLTIMO SUPUESTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y SE ACTUALIZA UNA INFRACCIÓN AL PROCEDIMIENTO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 160, FRACCIONES II Y IV, DE LA LEY DE AMPARO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, Página: 3175. Registro No. 163180.
- Tesis: III.2o.P.248 P. EXTRANJERO SUJETO A AVERIGUACIÓN PREVIA O EN PRISIÓN PREVENTIVA. SE LE DEBE DAR A CONOCER EL DERECHO QUE TIENE A SOLICITAR LA ASISTENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DIPLOMÁTICA DEL PAÍS DEL CUAL ES ORIGINARIO, ADEMÁS DE QUE SE INFORME A DICHA SEDE CONSULAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE AQUÉL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, Página: 2280. Registro No. 164056.
- Amparo Directo en Revisión 517/2011. Quejosa y recurrente: Florence Marie Cassez Crepin. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Disponible en <http://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf> (29 de junio de 2013).
- Tesis: I.2o.P.87 P. Proceso penal, brevedad del, cuando se encuentra juicio de amparo pendiente de resolución. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Noviembre de 2004, pág. 2003. Registro No. 180097.
- Tesis: I.3o.P.53 . Los plazos previstos en el Artículo 20, Apartado A, Fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no deben interpretarse en forma rigorista cuando el procesado ofrece pruebas. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVI, Julio de 2002, P, Pág. 1304. Registro No. 186573.
- Tesis VII.2o.P. J/5 DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO." y página 980, tesis III.1o.P. J/13,

de rubro: "DEFENSA, GARANTÍA DE. TIENE PREFERENCIA SOBRE OTRAS GARANTÍAS DEL REO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, página 971. Registro No. 186964.

- Tesis: 1a. IV/2005. Brevedad en el Proceso. La violación a esta garantía, no puede ser materia del juicio de amparo, por tratarse de un acto consumado de modo irreparable., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*,. Novena Época, México, Tomo XXI, Febrero de 2005, Pág. 307. Registro No. 179384.
- Tesis: 1a. III/2005. Brevedad en el Proceso. La violación a esta garantía, contenida en el Artículo 20, Apartado A, Fracción VIII, de la Constitución Federal, no conlleva la extinción de la jurisdicción del juzgador. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXI, Febrero de 2005, Pág. 307. Registro No. 179385.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135150>> (29 de junio de 2013)
- Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Pág. 493. Registro No. 2001432.
- Tesis: II.1o.P.2 P (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA PROLONGADA. CASOS EN LOS QUE CONFORME A UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO NO ES PROCEDENTE DECRETAR LA LIBERTAD CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 9 NUMERAL 3 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7 NUMERAL 5 Y 8 NUMERAL 1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, , Pág. 1932. Registro No. 2001433.
- Tesis: I.9o.P.16 P (10a.). EXTRADICIÓN. SI AL INCULPADO SE LE SIGUE EL PROCESO RELATIVO POR DELITOS CALIFICADOS COMO GRAVES QUE NO PERMITEN EL OTOR-

GAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, ES LEGAL QUE QUEDE SUJETO A PRISIÓN PREVENTIVA EN APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO, AL SER ÉSTE ACORDE CON LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y AL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, Pág. 1743. Registro No. 2001645.

- Tesis: XXII.1o.23 P. PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Julio de 2009, Pág. 2028. Registro No. 166872.
- Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.). PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, Pág. 492. Registro No. 2001430.
- Tesis: III.1o.P. J/18 (9a.). TESTIGOS PROTEGIDOS EN DELITOS DE DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA RESERVA DE SU IDENTIDAD CONCLUYE CON LA CONSIGNACIÓN Y DEBE REVELARSE A LOS INCUPLADOS EN LA AUDIENCIA EN QUE RINDAN SU DECLARACIÓN PREPARATORIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, Página: 563. Registro No. 160633.

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21.

- Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 186.
- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo")* Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C. No. 211.
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- CIDH. Caso 12.553. Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay) Informe de fondo No. 86/09, 6 de agosto de 2009.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 63.

Prohibición de la tortura

Armando MENESES

SUMARIO. I. *Diagnóstico sobre la situación de la prohibición de la tortura en México.*
II. *La prohibición de la tortura en la jurisprudencia constitucional mexicana a la luz del estándar Interamericano.*

PALABRAS CLAVE: Tortura; Penas crueles, inhumanas o degradantes; Conflicto armado; Autoridad; Sufrimientos físico o mental; Derecho a no autoincriminarse.

I. Diagnóstico sobre la situación de la prohibición de la tortura en México

La prohibición de la tortura es un derecho constitucional consagrado fundamentalmente en tres preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o la Constitución): el artículo 20 apartado B) como un derecho del detenido a no ser torturado y la prohibición de autoincriminarse sin la asistencia de un defensor; el artículo 22 que prohíbe la realización de ciertas conductas contrarias a la integridad personal y que señala que las penas que se impongan al imputado deben ser proporcionales al delito a sancionar y al bien jurídico tutelado; y el artículo 19 que prohíbe los malos tratos en la aprehensión o en las prisiones.

Con esto observamos que los preceptos constitucionales no ubican de manera expresa la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes bajo el derecho a la integridad personal (como lo hacen los tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en adelante CADH]), más bien parece establecerse una especie de derecho exclusivo de las personas detenidas y/o imputadas bajo un proceso penal, que si bien, son las más susceptibles de ser objeto de actos de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes, no son las únicas.

Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) la que, en una tesis aislada de finales de 2009, reconoce el derecho a la integridad física y psíquica como parte de la dignidad humana, derecho contenido en el artículo 1o. constitucional. Podemos asegurar entonces, que el derecho a la integridad física y psíquica se encuentra implícito en el artículo 1o. constitucional de acuerdo a lo sostenido por el máximo intérprete de nuestra la Constitución.¹

Finalmente, el recién modificado artículo 29 constitucional que establece las condiciones y procedimientos para la restricción o suspensión de derechos en un estado de emergencia, señala expresamente que en ningún caso, ni por ninguna circunstancia se podrá restringir ni suspender el derecho a la integridad personal ni “la prohibición de la tortura”, aún en casos de invasión, perturbación grave de la paz u otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

El establecerse a nivel constitucional la prohibición absoluta e inderogable de la tortura representa un avance trascendental. Recordemos que dicha prohibición se encuentra establecida tanto por norma convencional² como consuetudinaria, aplicable en cualquier circunstancia, inclusive en el marco de un conflicto armado internacional o no internacional o de lucha contra el terrorismo.³ En el mismo sentido, diversos tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o “la Corte”) se ha pronunciado en diversos casos sobre la prohibición imperativa de la tortura, inclusive en una de sus más recientes sentencias, establece que dicha prohibición pertenece al dominio del *ius cogens*.⁴

¹ Cfr. Tesis LXV/2009. DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, pág. 8. Registro IUS 165813.

² Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (AGNU. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948); 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (AGNU, Adoptado en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966); Art. 2 Convención contra la tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (AGNU. Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984); Art. 5 Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Organización de la Unidad Africana, 27 de julio de 1981); Art. 5 Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969); Art. 1 y 5 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura (OEA, Colombia, 9 de diciembre de 1985); Art. 3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, Roma, 4 XI 1950) ; Art. 3 común a los Convenios de Ginebra (Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, 12 de agosto de 1949); y Art. 7 y 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF.183/9, 17 de julio 1998).

³ Para profundizar más ver CIDH. OEA/Ser.L/V/II.116. *Informe sobre terrorismo*. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002; y Comentarios a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977.

⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de agosto de 2011. Serie C 229, Párr. 84.

Una vez establecido el marco constitucional sobre la prohibición de la tortura, es importante analizar las leyes secundarias en el país a la luz de las obligaciones internacionales en la materia.

México es parte de los dos tratados internacionales específicos sobre la prohibición de la tortura: la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes* de 1984,⁵ en adelante Convención Universal, basada primordialmente en la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1975;⁶ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985,⁷ en adelante Convención Interamericana.

Ambas Convenciones, ratificadas por el Estado mexicano a finales de los ochenta, establecen obligaciones de adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura y establecerla como delito conforme al derecho penal nacional. Sin embargo, a la hora de implementarlas en la ley Federal y legislaciones locales, nos enfrentamos con un primer problema ya que ambos instrumentos establecen estándares distintos.

Si bien, no existe una regla que establezca qué definición es la que se debe adoptar, recordemos que, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución, la norma a considerar debe ser aquella más favorable al individuo. En una recomendación que el Subcomité para la Prevención de la Tortura dirigió a México declaró que la Convención Interamericana es la que más favorece a la persona humana en el contexto regional interamericano del cual forma parte México.⁸

Por otro lado, algunos Estados como México consideran que la obligación de tipificar la tortura en la legislación interna no exige la adopción literal de la redacción de la definición establecida en el instrumento internacional.⁹ Sin embargo, determinó que el derecho internacional establece un estándar “mínimo” sobre la correcta tipificación de una conducta, por lo que la obligación de tipificar no se agota con establecer la conducta antijurídica en un

⁵ *Supra* nota. 2

⁶ AGNU, Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

⁷ *Supra* nota 2.

⁸ Cfr. *Informe sobre la visita a México del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, (2 de junio de 2009) Distribuido el: 31 de mayo de 2010.

⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. 220, párr. 207

código penal, sino que se requiere del establecimiento de, por lo menos, todos los elementos contenidos en los tratados internacionales sobre la materia.¹⁰

Más aún, señaló que la tipificación debe hacerse en consonancia con la definición contenida en los tratados sobre la materia. En esa oportunidad, la Corte declaró que, aun cuando la conducta se encontraba tipificada en la legislación de Paraguay, el Estado la tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional siendo preferible que los Estados consideren una mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Como se advirtió, el estándar de la Convención Interamericana es más protector que el establecido en la Convención Universal. Esto no implica una contradicción de normas, puesto que la misma Convención Universal en su artículo 1.2 refiere que el término tortura se entenderá “sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que establezca disposiciones de mayor alcance”.¹¹

En este sentido se analiza la ley federal y legislaciones locales considerando como parámetro la norma interamericana, sin olvidar una de las máximas de la Corte Interamericana sobre el cual se establece que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos,¹² lo que obliga al legislador de analizar constantemente la norma frente a la evolución que tenga la prohibición de la tortura.

En diciembre de 1991 se creó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y de manera casi inmediata 14 entidades federativas continuaron esta labor, basando su contenido en la legislación Federal.¹³

Todas ellas parecen concebidas más por cumplir la obligación internacional de tipificar el delito de tortura que por crear la base de verdaderos mecanismos para prevenir, investigar, castigar y erradicar esta práctica; de creación de medios de control, capacitación y adiestramiento para el personal policial y funcionarios públicos responsables de los interrogatorios, detenciones, arresto o custodia de las personas privadas de libertad. Más aún, se

¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. 153, párr. 92.

¹¹ Art. 1.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes de 1984.

¹² Voto razonado del juez Sergio García Ramírez para la sentencia dictada por la Corte interamericana de derechos humanos en: Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

¹³ 10 de estas entidades federativas lo implementaron entre 1992 y 1995 y otras entidades federativas lo tipificaron en sus respectivos Códigos Penales.

observa que el legislador se basa primordialmente en las disposiciones de la Convención Universal dejando fuera, en la mayoría de los casos, el estándar de la Convención Interamericana que es el más protector.

Incluso la primera sala de nuestro máximo Tribunal, mediante tesis aislada de noviembre de 2009,¹⁴ establece que las obligaciones del Estado mexicano para prevenir la tortura se fundamentan en el artículo 22 de la Constitución, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención contra la Tortura¹⁵ (Convención Universal), dejando fuera el estándar interamericano.

Ahora bien, acorde con la reciente jurisprudencia de la Corte se identifican tres elementos constitutivos de un acto de tortura: 1) La intencionalidad del acto; 2) que se causen severos sufrimientos físicos o mentales; y 3) la finalidad o el propósito.¹⁶ Con base en estos elementos y la normativa interamericana se analizan las definiciones establecidas en nuestra legislación federal y local:

1. Intencionalidad del acto

Tanto la Convención Universal como la Interamericana establecen la intencionalidad del acto cometido, lo que supone una acción deliberada o concertada y no por un error o accidente. En este sentido destaca que solo 10 legislaciones locales¹⁷ establecen este requisito. Por otro lado la legislación de Tlaxcala va más allá y establece inclusive que por omisión de servidor público se puede cometer el delito, lo que deja un ámbito más abierto y por tanto protector.

2. Que se causen severos sufrimientos físicos o mentales

Un elemento que exige la Convención Universal y que no se observa en la Convención Interamericana es que los dolores o sufrimientos ocasionados por el sujeto activo sean particular-

¹⁴ Cfr. Tesis 1a. CXCI/2009. TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXX noviembre de 2009. Pág. 416. Registro IUS 165900.

¹⁵ Inclusive en el mismo texto refiere el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos como normas que protegen el derecho a la integridad personal como el objeto principal para prohibir la tortura y no consideran ninguna norma del Sistema Interamericano.

¹⁶ Cfr. Corte IDH *Caso Bueno Alves Vs Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No.164. Párr. 79.

¹⁷ Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Morelos, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

mente “graves”, elemento que se encuentra en la legislación federal y en 20 legislaciones estatales.¹⁸

Ahora bien, el establecimiento de este elemento en la tipificación tiene grandes repercusiones en la práctica. Otorgar a la autoridad investigadora y al juez la facultad subjetiva de calificar el dolor o sufrimiento de la víctima como grave o no grave, puede impedir una verdadera investigación sobre los hechos e inclusive con miras a proteger al servidor público inculminado.

Al estudiar este elemento nos encontramos con un segundo problema y es que, pese a la evolución de la norma Interamericana en el sentido de eliminar el elemento de la gravedad de la definición de tortura, diversos tribunales internacionales, entre ellos la propia Corte Interamericana, establecen como elemento indispensable la gravedad de los dolores o sufrimientos para determinar la existencia de actos de tortura.

Por otro lado, además de dejar fuera la gravedad del delito, la Convención Interamericana establece otra categoría de tortura que es la “aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de una persona, aun sin causarle dolor físico o angustia psíquica”.

Este criterio evoluciona a la par de las prácticas de tortura y que pasaron de la aplicación de métodos físicos que dejaban huellas físicas a la aplicación de métodos psicológicos que imposibilitaban probar la comisión del acto de tortura.

Este elemento está ausente en la Convención Universal y en la mayoría de las legislaciones locales y Federal en México a excepción de notables legislaciones que si lo contemplan como Campeche, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, San Luis Potosí y Tlaxcala.

3. La finalidad o el propósito

Si bien este requisito ha sido considerado por los tribunales internacionales como indispensable para determinar actos de tortura, la problemática ha radicado en determinar una lista de motivaciones por las cuales se comete.

¹⁸ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas.

La Convención Universal señala como finalidades la de obtener de una persona o de un tercero información o confesión, la de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la de intimidar o coaccionar a una persona, o por cualquier otra razón basada en cualquier tipo de discriminación. El estándar interamericano es similar al de la Convención Universal, aunque amplía el margen al establecer “o por cualquier otro fin”, lo que deja un estándar más amplio y protector en vez de una lista exhaustiva de motivaciones.

La Ley Federal se basa en las primeras tres finalidades establecidas en la Convención Universal dejando fuera la última que es la más amplia junto con el estándar de la Interamericana, con esto se restringe considerablemente el ámbito de protección de la norma.

Lo que sorprende es que la misma Ley Federal si considera la finalidad más amplia (por cualquier otro fin) si el acto de tortura fue cometido por un tercero instigado o autorizado por servidor público.

En cuanto a las legislaciones locales la mayoría de ellas se basan en el estándar de la Ley Federal ya mencionado e inclusive algunas de ellas ni siquiera contemplan el supuesto amplio si es cometido el acto de tortura por el tercero instigado o autorizado por servidor público. Si bien Tlaxcala, San Luis Potosí, Oaxaca y Nayarit contemplan el estándar de la Convención Universal, únicamente el Estado de México, Jalisco y Tamaulipas dejan la finalidad abierta más protectora establecida por la Convención Interamericana.

4. Otros elementos

Si bien ya se establecieron los tres elementos universalmente reconocidos de la definición de tortura y que por tanto pertenecen al dominio del *ius cogens*, existen tres elementos que permanecen en disputa y, por lo tanto, no forman parte del *ius cogens*: i) la lista de motivaciones por las cuales el acto se comete; ii) la necesidad de que el acto se cometa en conexión con un conflicto armado; y iii) el requisito de que el acto sea perpetrado o sea instigado por un agente del Estado o se realice con su consentimiento o aquiescencia.¹⁹

El primer elemento ya fue abordado en el punto anterior relativo a la finalidad o propósito por lo que no se ahondará en este apartado.

¹⁹ Cfr. Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga. Corte IDH Caso González y otras (campo algodonero) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 16 de noviembre de 2009, Serie C. No. 205 párr. 15.

Con relación al segundo elemento, si bien, el derecho internacional humanitario ha desarrollado ampliamente el concepto de tortura en el marco de un conflicto armado, sea éste de carácter internacional o no internacional²⁰ mucho antes del desarrollo que hace el derecho internacional de los derechos humanos, ya es universalmente reconocido que los actos de tortura no necesariamente tienen que estar relacionados con la existencia de un conflicto armado. El derecho a no ser torturado es un derecho absoluto que no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia.

El tercer elemento controvertido, referente a la calidad del sujeto activo, cobra una gran importancia en la actualidad, por lo que se desarrollará de manera amplia:

5. Identidad del sujeto activo

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en diversos casos, especialmente en la sentencia del caso Kunarac, determinó que los elementos de tortura no necesariamente son los mismos bajo el derecho internacional de los derechos humanos que bajo el derecho internacional humanitario, siendo que este último, no requiere que el sujeto activo que comete un acto de tortura tenga que ser un agente del Estado.²¹

Si bien, las Convenciones Universal e Interamericana sobre tortura establecen la obligación de que el sujeto activo sea forzosamente un agente del Estado o un particular con la tolerancia o aquiescencia (en el estándar universal) o a instigación de éste (en el estándar interamericano), la Dra. Cecilia Medina señala que el estándar del artículo 5.2 de la Convención Americana es más protector al no establecer la calidad del sujeto activo.

En este sentido, la Dra. Cecilia Medina como jueza presidenta de la Corte Interamericana señaló en el caso Campo Algodonero, que la Corte tuvo la posibilidad de analizar el atribuir responsabilidad internacional al Estado mexicano por no haber cumplido con su obligación de garantizar la integridad personal de las víctimas frente a la tortura cometida por particulares, ya que el Estado conociendo el patrón de violencia que imperaba en contra de las

²⁰ Art. 16 del Código de Lieber de 1863; Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945; Art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949; Art. 12 y 50 del Primer Convenio de Ginebra de 1949; Art. 12 y 51 del Segundo Convenio de Ginebra de 1949; Art. 17, 87, 89 y 130 del Tercer convenio de Ginebra de 1949; Art. 32 y 147 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949; Art. 75 del Protocolo Adicional I de 1977; art. 4 del Protocolo Adicional II de 1977; Art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda de 1994; Art. 8 párr. 2 apdo. a) incisos ii) y iii) y Art. 8 párr. 2 apdo. c) inciso i) y ii) del Estatuto de Roma de 1998; Art. 3 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona de 2002

²¹ Cfr. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Caso Kunarac, Kovac and Vukovic. Sentencia de 22 de febrero de 2001. Párr. 483 a 497.

mujeres en Ciudad Juárez, no tomo las medidas necesarias para revertir la situación y así evitar los daños.²²

Por otra parte, cabe mencionar cómo algunos Estados de la región han tipificado la calidad del sujeto activo en el delito de tortura. En el caso de Guatemala, por ejemplo, se establece dentro de su código penal que dicho delito de tortura puede ser cometido tanto por un agente del Estado o tercero con tolerancia o aquiescencia de éste, como por cualquier miembro de un grupo o banda organizada con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.²³

Sin tomar una postura sobre la necesidad de incluir en la definición de tortura la calidad del sujeto activo, es decir, si debe especificarse o no que el sujeto activo deba ser un agente del Estado, sí es importante analizar esta cuestión ya que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es distinto.

Tanto la Ley Federal como la mayoría de las legislaciones locales establecen una calidad específica del sujeto activo, es decir, que, como premisa, el acto sea cometido por servidor público. Sólo los estados de Baja California Sur, Guanajuato, Guerrero, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán prevén la posibilidad de que el sujeto activo sea un tercero a instigación o autorización de éste pero ninguno establece la posibilidad de que la tortura pueda ser cometida por un particular de manera simple y llana.

6. Penalidad impuesta

Dejando a un lado los elementos de la tortura, es importante mencionar que tanto los tratados como la jurisprudencia internacional han referido que los Estados deben imponer una pena severa acorde a la gravedad del delito de tortura.

En el caso de la Ley Federal se establece actualmente una pena de 3 a 12 años de prisión y la mayoría de las legislaciones locales establecen penas similares o menores, aunque destacan las legislaciones de Tlaxcala y Nuevo León que prevén penas de hasta 14 y 15 años respectivamente.

²² Cfr. *Voto concurrente jueza Cecilia Medina Quiroga...*, *supra* nota 19. párr. 18.

²³ Art. 201 bis del Código Penal de Guatemala

Si bien, es facultad de cada Estado determinar dicha penalidad, podemos observar como parámetro las penalidades de algunos delitos graves contemplados en la legislación mexicana. Así por ejemplo, en la Ley General de Secuestro se establecen penas de entre 20 a 40 años por el delito de secuestro y de 40 a 70 años si el secuestrado fue privado de la vida.²⁴ Dentro del Código Penal Federal observamos que para el delito de genocidio se establecen penas de 20 a 40 años de prisión²⁵ y para el delito de desaparición forzada de 5 a 40 años de prisión.²⁶

Aunado a la pena de prisión, la Ley Federal y la mayoría de las legislaciones locales contemplan también como sanción la destitución del cargo público con un tiempo de hasta dos veces la penalidad impuesta como pena privativa de libertad. El hecho de que se establezcan penas bajas, podría suponer que en tres años después de enfrentar una sentencia por cometer tortura, un servidor público podrá regresar a ejercer sus funciones, es el caso de Chiapas, en cuyo estado se establece una pena privativa de la libertad de 1 a 6 años. En contraste, destacan las legislaciones de los estados de Guanajuato, Nayarit y Yucatán que prevén la inhabilitación permanente para el desempeño de la función pública.

Sobre este aspecto, mecanismos internacionales como el Comité contra la Tortura y el Subcomité contra la Tortura, han dirigido recomendaciones a México en el sentido de armonizar su legislación nacional en materia de tortura, para ajustarla a los estándares internacionales, particularmente que se adopten penas que sean acordes con la gravedad de ese delito para que no quede equiparado a otros tipos legales como lesiones o similares.²⁷

Por último, es de resaltar un proyecto de ley que adiciona y reforma diversas disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Cámara de Diputados el 12 de abril de 2012²⁸ que prevé diversas modificaciones a la Ley Federal que son significativas aunque perfectibles.

Entre ellas se encuentra la de modificar el título de la Ley por el de "Ley Federal para Prevenir, Sancionar y Erradicar la tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes",

²⁴ Artículos 9 y 11 de la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM. DOF 30 noviembre de 2010.

²⁵ Artículo 149 bis del Código Penal Federal de México

²⁶ Artículo 215-B del Código Penal Federal de México

²⁷ Cfr. *Informe sobre la visita a México del Subcomité...*, *supra* nota 8,

²⁸ Cfr. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria. LXI Legislatura. Año XV. Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 12 de abril de 2012. Num 3489-VIII. Disponible en <<http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/61/2012/abr/20120412-VIII.pdf>> (10 de julio de 2013).

lo que ampliaría el objeto de protección y se establecería la figura de la erradicación de la tortura lo que supone un ámbito de protección más amplio.

Otro de los aspectos que modifica el proyecto es la de otorgar facultades a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para visitar y supervisar centros de detención para prevenir las prácticas de tortura. En cuanto al elemento objetivo se propone incluir el estándar interamericano que considera como tortura la “aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental aunque no cause dolor físico o angustia psíquica”.

En cuanto al elemento de la finalidad, también se incluye el estándar interamericano más amplio al establecer “cualquier otro fin”. Finalmente, en cuanto a la penalidad, se aumentaría de 7 a 16 años de pena privativa de libertad y la inhabilitación permanente para el desempeño de la función pública, además de que dicho delito se perseguirá de oficio.

Sin duda, estas medidas estarán más acordes al estándar interamericano, aunque, como lo recomiendan tanto el Comité contra la Tortura como el Subcomité contra la Tortura, ésta adecuada tipificación debe ir aparejada de una adecuada profesionalización en la actuación de los funcionarios públicos, ya que la norma por sí sola no es efectiva.

Por otro parte no hay que olvidar que más de 10 entidades federativas no cuentan con una legislación especial de prohibición de tortura lo que supondría ser la base normativa mínima para la existencia de mecanismos adecuados, no solo de prohibición sino también de prevención, investigación y erradicación de este tipo de prácticas por lo que se debe considerar por las demás entidades federativas la creación de leyes especiales más que simples referencias en algún artículo de sus Códigos Penales.

Ahora bien, independientemente de las falencias legislativas tanto Federal como locales en la tipificación del delito de tortura, los jueces nacionales tienen la obligación de llevar a cabo un control difuso de convencionalidad, es decir, de comparar la legislación nacional a la luz de los tratados internacionales y de su interpretación.

Como bien señala el actual juez interamericano, Ferrer Mac-Gregor, existen diferentes grados de intensidad y realización de dicho control, dependiendo de la competencia de cada juez, se ejerce, en primer lugar, aplicando la norma más favorable de conformidad con el principio *pro persona*. En el caso de la tortura, el juez deberá acoger la interpretación conforme con los parámetros convencionales, que, como hemos señalado, son tanto el artículo 5.2 de la Convención Americana, como la Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Un segundo grado de control de convencionalidad y de mayor intensidad sería el desaplicar la norma nacional al caso particular. Y, finalmente, el tercer grado, declarar la inconvencionalidad de la norma.²⁹

II. La prohibición de la tortura en la jurisprudencia constitucional mexicana a la luz del estándar Interamericano

Un indicador que nos puede servir de parámetro para determinar la efectividad de la norma en la prevención y erradicación de la tortura es el número de sentencias en contra de servidores públicos que han cometido este tipo de prácticas. En el caso del Estado mexicano, cifras oficiales señalan que durante el período 1992 a 2006 se registraron 6 condenas de tortura a nivel federal y 74 a nivel estatal,³⁰ cifras que son un claro ejemplo del estado de impunidad en que nos encontramos.

Ahora bien, después de analizar el marco constitucional y legal, tanto federal como local con base en los instrumentos internacionales de prohibición de la tortura, es importante ahora establecer los criterios de aplicación que han asumido nuestros altos tribunales a la luz de los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en la materia.

En inicio debemos recordar que el reformado artículo 1o. de la Constitución establece la obligación de las autoridades mexicanas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se hallen en su territorio, lo que implica el deber del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación a los derechos humanos,³¹ incluido, por supuesto, el derecho a no ser torturado.

En este sentido, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región en agosto 2012 estableció que la obligación de respetar los derechos humanos, incluye no solo a los contenidos en la constitución, sino también a los contenidos en tratados de los que el Estado mexicano es parte. En la misma decisión se reconoce como derecho fundamental el derecho a no ser objeto de actos de tortura, el cual se encuentra garantizado por

²⁹ Cfr. Corte IDH *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *supra* nota 9. Voto razonado del juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor. 26 de noviembre de 2010, párr. 41.

³⁰ Cfr. Informe de México: Avances y Desafíos en material de Derechos Humanos. Secretaría de Relaciones Exteriores. Septiembre 2011, pág. 195, párr 107.

³¹ Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

nuestro país desde el momento en el que suscribió la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.³²

Por lo anterior, uno de los parámetros con que cuenta el juez nacional para resolver un caso en sus respectivos ámbitos de competencia es precisamente la norma Interamericana, sin olvidar que debe hacerse en consonancia con los criterios que hace el intérprete de la misma, es decir, la Corte Interamericana. Esto último en dos vertientes, una que es de obligatorio cumplimiento para el Estado Mexicano cuando la Corte Interamericana emite una decisión en contra de nuestro país³³ y una “orientadora” si el criterio interpretativo resulta más favorable y procura una protección más amplia del derecho que se pretende proteger,³⁴ aunque para el autor también sería en sentido obligatoria si se adopta el principio hermenéutico *pro persona* de conformidad con el artículo 1o. Constitucional.

Así pues, observamos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana una serie de normas y criterios sobre la prohibición de la tortura que imponen una serie de obligaciones a los Estados:

1. Obligación de investigar actos de tortura

Investigar actos de tortura es una obligación internacional imperativa que tienen los Estados y el medio idóneo para hacer respetar el derecho absoluto de no ser torturado, siendo una obligación particularmente dirigida al sistema de procuración de justicia nacional.

a. Deber de iniciar de oficio y de inmediato una investigación

La Corte Interamericana estableció que, de acuerdo a la obligación general de garantizar los derechos humanos (Art. 1.1 Convención Americana) y en particular del derecho a la inte-

³² Cfr. Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.). ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSAMENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XI, México, agosto 2012, Tomo 2, pág. 1107 Registro IUS 2001218.

³³ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.

³⁴ Cfr. Tesis P. LXVI/2011 (9a.). CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Libro III. México. Diciembre de 2011. Tomo I. pág. 550. Registro IUS 160584.

gridad personal (Art. 5 Convención Americana), el Estado tiene el deber de investigar posibles actos de tortura, obligación que se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la tortura,³⁵ obligación que se vuelve significativa para el Estado Mexicano al ser parte de dicha Convención. Así mismo los Estados están obligados a tomar todas aquellas medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción y de conformidad con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana *“cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”*.³⁶

En este sentido, la Corte Interamericana ha entendido una primera obligación dirigida a las autoridades estatales de investigar de oficio y de manera inmediata cualquier hecho que se pueda considerar constitutivo de tortura ya sea que se la haya presentado una denuncia por la presunta víctima, un tercero o haya una razón fundada para creer que el delito fue cometido.

Al respecto, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del centro Auxiliar de la Octava Región acoge la norma interamericana mencionada al concluir que todas las autoridades del país deben investigar de forma expedita cualquier denuncia de tortura y, de manera notable, el Tribunal considera como denuncia cualquier tipo de noticia o aviso que se formule ante autoridad con motivo de sus funciones, generando una obligación para la autoridad que conozca de estos actos de dar vista a la autoridad Ministerial que deberá investigar el probable ilícito.³⁷

Lo anterior demuestra cómo un Tribunal nacional reconoce la obligación, derivada del estándar interamericano, de investigar de manera oficiosa e inmediata cualquier hecho considerado como tortura e inclusive entiende que una denuncia puede ser prácticamente cualquier medio por el cual la autoridad conozca de un hecho de tortura sin necesidad de que dicha denuncia cuente con ciertas formalidades.

Ahora bien, en cuanto a la inmediatez de llevar a cabo las investigaciones, la Corte Interamericana ha establecido que el paso del tiempo guarda una relación directa con la limitación o,

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C. 187. Párr. 88.

³⁶ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de Agosto de 2008. Serie C. 186. párr. 213.

³⁷ Cfr. Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.)...*supra* nota 32.

en su caso, imposibilidad de obtener pruebas o testimonios que dificulten la práctica de diligencias y el esclarecimiento de los hechos materia de investigación para identificar a los culpables y determinar su responsabilidad.³⁸

Por lo que se vuelve indispensable que las autoridades investigadores realicen diligencias de manera inmediata para no afectar el resultado de las mismas.

b. Seriedad, imparcialidad y efectividad en la investigación

La Corte ha entendido que a la hora de llevar a cabo investigaciones sobre tortura, éstas deben hacerse de manera seria, imparcial y efectiva, como un deber jurídico propio y no solo iniciarla para cumplir con una formalidad o como una mera gestión entre particulares que dependa, entre otros, de la aportación privada de pruebas, buscando en todo momento encontrar y castigar a los responsables de haber cometido tales actos.³⁹

Acorde con el estándar interamericano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en enero de 2011, estableció que el Estado mexicano tiene la obligación de prevenir, proteger y sancionar la afectación del derecho a la vida e integridad personal en su dimensión procesal. En esta oportunidad, la SCJN nos proporciona los elementos para considerar una investigación como efectiva, al establecer que no solo se trata de iniciar una averiguación para determinar la identidad de los sujetos involucrados, sino que el procedimiento se debe llevar a cabo con diligencia, cuidado, profundidad y profesionalismo, que realmente lleven a identificar a los responsables del delito, seguirles un procedimiento y, en su caso, imputarles una sanción a lo que denomina una “investigación efectiva”.⁴⁰

Como observamos, nuestro máximo tribunal da claridad y define los elementos necesarios para considerar que la investigación es efectiva y que se ha emprendido de manera seria, por lo que la autoridad ministerial debe emprender de manera proactiva y, en el ejercicio de sus deberes, allegarse de todos los medios posibles para determinar los hechos y no esperar a que la víctima proporcione pruebas que hagan creíble sus aseveraciones sobre la existencia

³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C 229, párr. 122.

³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C. 215, párr. 191.

⁴⁰ Cfr. Tesis P. LXII/2010. DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. SU VIOLACIÓN GENERA EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR EFECTIVAMENTE LOS HECHOS RESPECTIVOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Tomo, XXXIII, enero de 2011, pág. 27. Registro IUS. 163166.

de actos de tortura, especialmente cuando se trata de personas privadas de libertad, quienes se encuentran muchas veces ante la imposibilidad de allegarse las pruebas necesarias.

Con relación a la imparcialidad de las investigaciones, es necesario profundizar en el tema de la justicia militar porque de las seis sentencias que ha dirigido la Corte Interamericana a nuestro país, en cuatro se abordó el tema. Respecto a este tema, la SCJN determinó que cuando la justicia militar asume competencia para investigar un asunto que tenga relación con violaciones a derechos humanos, se cuestiona la imparcialidad de la autoridad tanto investigadora como juzgadora, y, en consecuencia, se ve afectado el principio del juez natural. En estas cuatro sentencias, la Corte Interamericana declaró que, estando frente a situaciones de violación a derechos humanos, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.⁴¹

En este sentido, destaca la labor del pleno de nuestro máximo Tribunal que en diciembre 2011 declaró la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar en relación con el artículo 13 Constitucional y de los artículos 2o. y 8o. de la Convención Americana, señalando que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar porque, cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solo respecto del imputado, el cual necesariamente tiene el estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño como para hacer efectivos sus derechos de verdad y justicia.⁴²

Sin duda, esta decisión representa un gran avance para el cumplimiento de las recomendaciones internacionales dirigidas a México por casi la totalidad de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos en el sentido de restringir la jurisdicción militar para no investigar casos relacionados con violaciones a derechos humanos, especialmente porque afecta el principio de imparcialidad que estamos analizando. Sin embargo, esta regla no se ha podido aplicar de manera general.

⁴¹ Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010..., *supra* nota 33, párr. 273.

⁴² Cfr. Tesis P. LXXI/2011 (9a.). RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. México. Libro III diciembre de 2011, Tomo 1, pág. 554. Registro IUS 160488.

Al respecto la experiencia de nuestro país ha demostrado que la aplicación de la jurisdicción militar opera como regla general y no excepcional, pero independientemente de que se reforme el artículo 57 fracción segunda del Código de Justicia Militar, es importante recordar que cualquier acto perpetrado en contra de la integridad personal de un civil por parte de agentes militares es un acto que no guarda relación con la disciplina militar y por tanto no debe ser conocido por el juez militar sino por el juez natural que es el juez civil.

c. Independencia en la investigación

La Corte Interamericana en el caso *Cabrera y Montiel* contra el Estado mexicano destacó que la investigación, además de contener los elementos mencionados anteriormente, debía ser independiente y minuciosa para que permitiera determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas.⁴³

Lo anterior cobra importancia en los casos en los que un imputado fue torturado para obtener de él una declaración incriminatoria, pues las alegaciones que pudiera hacer sobre los actos de tortura de los que fue víctima solo podrá hacerlos ante el juez que conoce de su causa penal, restando credibilidad y valor a esas afirmaciones. Por otro lado, es también una práctica que al no presentar serios rasgos físicos de tortura, las autoridades difícilmente los van a investigar.

La Corte Interamericana en el caso *Cabrera y Montiel*, señaló que el proceso que se seguía en contra de los peticionarios por delitos contra la salud, poseía un objeto distinto al de investigar a presuntos responsables por las alegaciones de torturas y al no llevar una investigación autónoma en la jurisdicción ordinaria impidió disipar y aclarar los alegatos de tortura.⁴⁴

d. Principios rectores en la investigación

Otras consideraciones que se deben tomar en cuenta para llevar a cabo una investigación adecuada son la recuperación y preservación del material probatorio, la identificación de posibles testigos, investigar exhaustivamente la escena del crimen, realización de análisis en forma rigurosa por profesionales competentes y con procedimientos apropiados.⁴⁵

⁴³ Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *supra* nota 9, párr. 135. Véase también. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54.

⁴⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *supra* nota 9, párr. 131.

⁴⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México...*, *supra* nota 39 párr. 194 y 195.

Al estudiar el caso Fernández Ortega, la Corte Interamericana determinó que el Estado mexicano había incumplido su deber de investigar ya que no observó estos criterios, especialmente la preservación del material probatorio.

Al respecto las autoridades encargadas de realizar una investigación seria deben considerar los principios rectores que deben llevarse a cabo cuando se investiga un hecho de tortura.

2. Revisión médica por profesionales independientes

Como se ha observado, las personas más susceptibles de sufrir actos de tortura son quienes se encuentran privadas de su libertad. Por ello, la Corte Interamericana ha considerado de vital importancia que los Estados deben garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y asistir a las personas que se encuentren detenidas y que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión.⁴⁶

Al respecto, cabe recordar que probar la comisión de actos de tortura es sumamente difícil. Por ello, es importante contar en todos los centros de detención o reclusión con personal médico capacitado e independiente que verifique la situación física, psíquica y moral de las personas ingresadas. Esta medida sirve no solo para probar los actos de tortura y en consecuencia sancionar a los responsables de cometerla, sino también sirve como una medida preventiva para evitar la comisión de tales actos.

Asimismo estas revisiones deben ser constantes para evitar la violación del derecho a la integridad personal y en caso de requerir asistencia médica especializada contar con los mecanismos suficientes no sólo de revisión sino de una intervención oportuna.

La Corte Interamericana ha determinado que cuando existen alegatos de supuestas torturas o malos tratos, el tiempo transcurrido para la realización de las correspondientes pericias médicas es esencial para determinar fehacientemente la existencia del daño, sobre todo cuando no se cuenta con testigos más allá de los perpetradores y las propias víctimas y, en consecuencia, los elementos de evidencia pueden ser escasos.⁴⁷

⁴⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México...*, *supra* nota 9, párr. 56, 60, 65 y 66.

⁴⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina...*, *supra* nota 35, párr. 47.

Lo anterior cobra relevancia ya que las personas, al estar detenidas quedan bajo custodia del Estado y por tanto éste último es garante de su integridad personal, por lo que la obligación de los Estados de contar con profesionales médicos capacitados e independientes que examinen, sin dilación, a cualquier persona que se encuentre detenido es indispensable.

3. La no autoincriminación como regla de exclusión

Otro de los aspectos fundamentales para sancionar y evitar la comisión de actos de tortura, que ya ha sido ampliamente establecida por nuestros tribunales nacionales y el Tribunal Interamericano, es la regla de exclusión o no autoincriminación.

Esta regla, establecida en la Convención Americana en su artículo 8.3 establece que *“la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”*. Asimismo, el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la Corte Interamericana excluyó la prueba que derivada de la información obtenida mediante coacción.⁴⁸

Al respecto, la Corte Interamericana observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos, regla que ostenta un carácter absoluto e inderogable.

Asimismo la Corte establece que cuando una persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una investigación llevada a cabo con la debida diligencia. Asimismo, la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria.⁴⁹

En este sentido, el Subcomité para la Prevención de la Tortura ha señalado que en cuanto a la valoración de la prueba, no es obligación de la víctima sino del Estado el que debe demostrar que sus agentes no han cometido ningún acto de tortura por las circunstancias en las que se encuentra la primera.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. . . , *supra* nota 43, párr. 116

⁴⁹ *Idem*, párr. 136

⁵⁰ Cfr. *Informe sobre la visita a México del Subcomité*. . . , *supra* nota 8, párr 39.

Esto es importante ya que el demandante muchas veces se ve imposibilitado de allegarse pruebas y menos sin el apoyo de las autoridades estatales.

En este tema las decisiones de nuestros tribunales han sido abundantes en el sentido de declarar ilícita cualquier prueba obtenida bajo tortura.

Al respecto la primera sala de la SCJN estableció como regla básica derivada del artículo 14 constitucional, la nulidad de la prueba ilícita en favor del inculpado durante el proceso como garantía para respetar el derecho del imputado a ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada. Por ello es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular debe ser considerada inválida.⁵¹

En sentido similar la Primera Sala señala que las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria. La SCJN considera que al otorgarle eficacia probatoria, se vulnera el principio de presunción de inocencia, principio bajo el cual nadie puede ser condenado por ningún delito si no se ha probado plenamente que fue cometido el delito. Las pruebas obtenidas bajo coacción, por ser ilícitas, no pueden considerarse plenas.

Otro tipo de prueba que deberá excluirse en el proceso penal es la confesión que se rinda ante la autoridad investigadora, sin la asistencia de un defensor. Así lo estableció tal tribunal al interpretar el artículo 20 constitucional. Así mismo la Primera Sala de la SCJN señaló que en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada, la confesión rendida ante el Ministerio público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio y entre otras cosas, que el detenido en flagrancia podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración rendida ante Ministerio Público.⁵²

Finalmente, la primera sala de la SCJN señaló como derecho la posibilidad de cualquier detenido a no autoincriminarse.⁵³ La Primera Sala reconoce en el artículo 20 apartado A fracción II de la Constitución el derecho del inculpado de no declarar en su contra, lo cual supone la libertad del detenido para declarar o no.

⁵¹ Tesis: 1a. CLXX/2011. PRUEBA ILÍCITA, EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, diciembre de 2011, tomo 3 pág. 2057. Registro IUS 160509.

⁵² Cfr. Tesis 1a./J 23/2006. 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006. Pág 132. Registro IUS 175110.

⁵³ Tesis aislada 1a. CXXIII/2004. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. Tomo XXI, enero de 2005, pág. 415. Registro IUS 179607.

Criterios Jurisprudenciales.

1. Criterios nacionales.

- Tesis LXV/2009. DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, pág. 8. Registro IUS 165813.
- Tesis 1a. CXCII/2009. TORTURA. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO PARA PREVENIR SU PRÁCTICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXX noviembre de 2009. Pág. 416. Registro IUS 165900.
- Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.). ACTOS DE TORTURA. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES CON MOTIVO DE SUS FUNCIONES, TENGAN CONOCIMIENTO DE LA MANIFESTACIÓN DE UNA PERSONA QUE AFIRME HABERLOS SUFRIDO, OFICIOSAMENTE DEBERÁN DAR VISTA CON TAL AFIRMACIÓN A LA AUTORIDAD MINISTERIAL QUE DEBA INVESTIGAR ESE PROBABLE ILÍCITO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XI, México, agosto 2012, Tomo 2 pág. 1107 Registro IUS 2001218.
- Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010 y Votos Particulares formulados por los Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Luis María Aguilar Morales; así como Votos Particulares y Concurrentes de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Publicada en el *DOF* el 04/10/2011.
- Tesis P. LXVI/2011 (9a.). CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Libro III. México. Diciembre de 2011. Tomo I. pág. 550. Registro IUS 160584.
- Tesis P. LXII/2010. DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. SU VIOLACIÓN GENERA EL DEBER DEL ESTADO DE INVESTIGAR EFECTIVAMENTE LOS HECHOS RESPECTIVOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Mexico, Tomo, XXXIII, enero de 2011, pág. 27. Registro IUS. 163166.

- Tesis P. LXXI/2011 (9ª.). RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57 FRACCIÓN II DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. México. Libro III diciembre de 2011, Tomo 1, pág. 554. Registro IUS 160488.
- Tesis: 1ª CLXX/2011. PRUEBA ILÍCITA, EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, diciembre de 2011, tomo 3 pág. 2057. Registro IUS 160509.
- Tesis 1a./J 23/2006. 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. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006. Pág 132. Registro IUS 175110.
- Tesis aislada 1a. CXXIII/2004. DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México. Tomo XXI, enero de 2005, pág. 415. Registro IUS 179607.

2. Criterios internacionales.

- CIDH. OEA/Ser.L/V/II.116. *Informe sobre terrorismo*. Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002; y Comentarios a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977.
- Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de agosto de 2011. Serie C 229. Párr. 84
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C. 220, párr. 207
- Corte IDH. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. 153, párr. 92.

- Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte IDH *Caso Bueno Alves Vs Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No.164. Párr. 79.
- Corte IDH *Caso González y otras (campo algodonero) vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 16 de noviembre de 2009, Serie C. No. 205 párr. 15.
- Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C. 187. Párr. 88.
- Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 12 de Agosto de 2008. Serie C. 186. párr. 213.
- Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C 229, párr. 122.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C. 215. párr. 191.
- Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 54.

Los derechos de las víctimas.
Una interpretación del
Artículo 20 C desde la
perspectiva del bloque
de constitucionalidad en
materia de derechos
humanos

Juan Carlos GUTIÉRREZ y Silvano CANTÚ*

A las miles de víctimas anónimas

* Al momento de la redacción de este artículo, los autores tenían las siguientes adscripciones institucionales. Juan Carlos Gutiérrez Contreras era Director General de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH) y profesor de posgrado en diversas universidades del país, entre otras, la FLACSO-México; Silvano Cantú Martínez era Director de Incidencia e Investigación de la CMDPDH y es profesor de posgrado en diversas universidades del país, entre otras la Universidad Iberoamericana.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El contenido del apartado C del artículo 20 constitucional, reformado por virtud de la reforma de 18 de junio de 2008.* III. *Para un recuento de la internacionalización del derecho victimal.* IV. *Los derechos reconocidos en el artículo 20 C constitucional.* V. *Hacia un derecho victimal integral en México.*

PALABRAS CLAVE: Derechos de las víctimas; Reparación integral; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. Introducción

Hoy el país atraviesa por una grave crisis de derechos humanos. Más de medio centenar de miles de personas han perdido la vida en los últimos cinco años; entre tres mil y cinco mil personas han sido desaparecidas/os, según la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (aunque hay informes de la sociedad civil que contabilizan más de veinte mil); más de seis mil personas han sido puestas bajo arraigo, de las cuales –según el Subcomité de Prevención de la Tortura de la ONU– se sospecha que el 50% sufrió tortura, pero tan sólo al 3% se le ha condenado, según la Procuraduría General de la República (en adelante PGR). A lo anterior hemos de sumar los incontables y cada vez más frecuentes casos de violación sexual, feminicidio, secuestro, explotación laboral y sexual infantil, trata de personas y otros delitos cometidos principalmente por particulares, aunque con el concurso de funcionarios estatales corruptos.

Todo esto, genera un profundo impacto social y económico, a la vez que humano. México se ha vuelto una inmensa fábrica de víctimas, y al momento no parece haber disposición por parte de las autoridades de hacerse cargo de esta población agraviada que demanda lo razonable: justicia, asistencia, protección, verdad y reparación del daño. Un Estado omiso en la tutela de los bienes y los derechos de las víctimas se convierte en cómplice de los victimarios, por lo que el propio estado tiene la elevada responsabilidad de crear un sistema que

permita a las víctimas o a sus familiares encontrar un acceso oportuno y suficiente a los sistemas de justicia que ponderen antes que la revictimización a la población o la perpetuación de la indiferencia hacia la víctima, la creación de mecanismos que contribuyan a eliminar la injusticia y la inequidad y busquen reparación integral de sus daños.

Así las cosas, aun cuando reconozcamos algunos avances legislativos y administrativos en materia de protección a víctimas, éstos resultan hasta ahora del todo insuficientes, pues no existe un instrumento que coercitivamente obligue a las autoridades en sus distintos órdenes de gobierno a cumplir y respetar sus derechos, entre los que se destaca la reparación integral. En este sentido, es importante repensar la interpretación clásica que se ha dado a las víctimas en nuestro sistema constitucional y proponer un debate que defina algunos aspectos cruciales en la nueva mirada constitucional: 1. La protección a las **Víctimas debe tener un alcance general**, y obligar a todas las autoridades en los tres niveles de gobierno y los tres Poderes; 2. **La interpretación constitucional debe reconocer tanto a víctimas del delito como de violaciones de derechos humanos**, es decir, debe ser reglamentaria de los artículos 1º párrafo tercero y 20 C constitucionales; 3. La legislación mexicana debe **contemplar derechos integrales a la asistencia permanente, el acceso a la justicia, la verdad y la reparación integral del daño**; 4. Las víctimas deben **contar con mecanismos efectivos de reparación que trasciendan a la indemnización o la orientación, y deberá incluir medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición**; 5. Se debe establecer **un Sistema nacional de registro y atención a víctimas y datos forenses de carácter participativo y autónomo en presupuesto y gestión**.

En este contexto se enmarca el presente artículo, la reglamentación constitucional y la interpretación bondadosa del texto constitucional requiere un cambio copernicano, que reconozca el enorme drama social que el país padece y se compadezca con la filosofía constitucional respetuosa de los derechos humanos. La reforma Constitucional en materia penal de 2008 agregó un apartado al artículo 20 C, que trata de evitar el trato desequilibrado de los derechos correspondientes a víctimas e imputados, en la realidad aún dista mucho para conseguirlo. Cuando un juez penal emite una sentencia, alguien ha ganado y alguien ha perdido el juicio. La víctima, en aspectos esenciales, no gana nunca, pues el sistema penal mexicano, no está preparado para comprender los testimonios de dolor y sufrimiento por las violaciones sufridas, así como las vicisitudes por las que pasan éstas y sus familiares cuando se enfrentan al sistema de la administración pública y de justicia en la búsqueda de su derecho a la verdad y a la justicia.

Por esta razón, hoy existe un gran reclamo social para construir en México una verdadera política pública de atención a las víctimas, la cual debe pasar inexorablemente por la creación

de una interpretación constitucional comprensiva del fenómeno social que el país padece, especialmente que, sin dejar de lado a las víctimas del delito, incorpore y reconozca a aquellas que han sufrido violaciones graves a los derechos humanos¹ y contribuya –si no a resolver a corto plazo todas las demandas de quienes han sido lastimados y dañados en extremo– sí a sentar las bases para una reforma estructural y de mayor alcance que permita que no se vuelvan a repetir las condiciones para la comisión de hechos delictivos o de violaciones de derechos humanos.

Por lo anterior, para lograr una política renovada y una interpretación acorde del artículo 20 C) constitucional, todos los intérpretes, jueces y funcionarios encargados de su aplicación deben tener en cuenta por lo menos los siguientes elementos:

- Tomar como base las necesidades, las opiniones y el sentir de las víctimas como eje rector, esto es garantizar que las víctimas sean escuchadas y se les reconozca como sujetos plenos de derechos.
- Garantizar la participación de las víctimas en el proceso de adopción e implementación de la legislación reglamentaria del artículo 20 C constitucional.
- El desarrollo normativo del texto constitucional debe ser incluyente y responder las necesidades de los diversos grupos de víctimas –víctimas del delito, de violaciones a derechos humanos, de víctimas del abuso de poder en la lucha contra la delincuencia y a las víctimas del crimen organizado–.
- Actuar siempre bajo el principio de asegurar la dignidad de las víctimas y garantizar su respeto.
- Reconocer los obstáculos y dificultades a las que se enfrentan las víctimas en el ejercicio de sus derechos y ofrecer solución a éstos, dentro y fuera del ámbito penal.

¹ En este sentido hay que recordar que en el país se ha consolidado un fuerte movimiento de reclamo y reivindicación de los derechos de las víctimas encabezado por el poeta Javier Sicilia denominada Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad (MPJyD) que en el último año, se han realizado múltiples y diversas reuniones de las víctimas y sus familiares con representantes de diversos poderes del Estado, es necesario resaltar por su trascendencia fue el Diálogo realizado en el Castillo de Chapultepec el 28 de julio de 2011, de donde surgió el compromiso del Congreso de la Unión de expedir una ley que regulara los derechos constitucionales de las víctimas.

- Proteger los diferentes derechos de las víctimas con independencia de su participación en el proceso penal u otro similar, independientemente del reconocimiento de tal calidad en un procedimiento.
- Incluir y regular la sanción a las autoridades que incumplan con su deber de proteger los derechos, sean negligentes o se conduzcan causando una victimización secundaria.
- Priorizar la capacitación y sensibilización de funcionarios para garantizar un trato humano.
- Garantizar la seguridad de las víctimas que decidan hacer uso de los servicios a su disposición, incluso fuera de un procedimiento penal o de otra naturaleza.
- Garantizar la protección de la información proporcionada y la confidencialidad.
- Contemplar espacios colectivos para las víctimas en donde puedan formarse/fomentarse redes de apoyo y programas/talleres de fortalecimiento.
- Establecer la obligación de las autoridades de mantener comunicación constante con las víctimas en especial las autoridades de procuración y administración de justicia deben mantener una constante comunicación sobre el avance de los procedimientos.
- Incluir el apoyo emocional y el acompañamiento psicosocial, tanto en el ámbito individual y colectivo.
- Incluir mecanismos para redignificar a las víctimas que han sido injustamente señaladas por las autoridades.
- Establecer mecanismos para informar a las víctimas sobre sus derechos y sobre quién debe darles qué atención y permitir una adecuada orientación.
- Crear mecanismos para denunciar/combatir la corrupción, la negligencia o la victimización secundaria a las víctimas por parte de las autoridades.

Como abundaremos más adelante, un aspecto inicial para avanzar en este camino es recordar que el concepto de víctima, no puede ser restringido exclusivamente a las "víctimas del delito". Su comprensión debe ser mucho más amplia. Los Principios de Chicago de la ONU establecen que víctima

...son las personas que han sufrido daños, individual o de forma colectiva, incluidas lesiones físicas, mentales, sufrimiento emocional, pérdida o menoscabo de importantes derechos legales básicos. Las víctimas son las que han directamente experimentado violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario, así como a los miembros de sus familias inmediatas.²

En este contexto, y reconociendo el vertiginoso proceso de transformación jurídica que experimenta nuestra constitución, debemos repensar el concepto de víctima al que se refiere el texto constitucional en el artículo 20.C para de esta manera, redimensionar los derechos que a éstas les asisten.

Nuestra contribución a ese debate constará de las siguientes partes: 1) una breve exposición de la tendencia reciente de internacionalización de los derechos de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos; 2) un comentario sobre los derechos reconocidos a las víctimas en la reforma constitucional penal de 2008, apuntando sus referencias básicas a las normas y criterios jurisprudenciales internacionales; 3) consideraciones finales sobre los pendientes para el establecimiento de un derecho integral de víctimas en México, dentro y/o fuera del proceso penal; y 4) el estudio del dictamen a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Víctimas reglamentaria de los artículos 1, párrafo tercero; 17 y 20, apartado C, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. El contenido del apartado C del Artículo 20 Constitucional, reformado por virtud de la reforma de 18 de junio de 2008

Artículo 20. [...]

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

² AGONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 60/147. 16 de diciembre de 2005. Disponible en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>> (19 de junio de 2013).

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.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

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;

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, trata de personas, 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;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Como hemos expuesto la lectura a los derechos contenidos en este fragmento constitucional, debe realizarse a la luz de las obligaciones internacionales de México en materia de derechos humanos, las cuales redimensionan notoriamente sus alcances en beneficio de sus titulares.

La ampliación garantista de nuestra Constitución en materia de derechos victimales no es un caso aislado en el mundo. La incorporación activa de las víctimas y el redimensionamiento de sus derechos en la jurisdicción, ante los agresores y autoridades administrativas, es la transformación más sensible y socialmente significativa de la justicia penal contemporánea. Los derechos de las víctimas han experimentado un importante impulso a través del movimiento internacional por los derechos humanos, aunque los discursos sobre la mayor protección victimal presenten matices importantes entre aquellos que propugnan por una mayor atención integral, la rehabilitación, el debate entre la expansión punitiva o retribución como medida disuasiva frente a posturas más favorables a un derecho penal mínimo, con medidas administrativas y mediación penal, pasando por propuestas que buscan eliminar la victimización desde la raíz, tales como los enfoques de prevención.³

En todo caso, de lo que trata la ampliación de los derechos de las víctimas es de la expansión de los derechos humanos en general, en beneficio potencial de cualquier persona, toda vez que la victimización es un riesgo latente para todos. México llega tarde a esta expansión garantista. Sin embargo, con la reforma constitucional de 2008, ha colocado la piedra angular para la construcción de un derecho penal democrático desde el punto de vista formal, lo cual tampoco se encuentra aislado frente a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno.

Las recientes reformas constitucionales en materia penal (por lo que hace al establecimiento de un sistema penal acusatorio), amparo y derechos humanos, representan el despliegue inicial de un plexo de derechos cuyo referente directo es el *corpus iuris* del derecho internacional de derechos humanos, lo cual, evidentemente, involucra también la interpretación normativa mediante el diálogo jurisprudencial.

³ Cfr. Kosovski, Ester, "Victimología y derechos humanos: una buena coalición" en David, Pedro y Vetere, Eduardo (coord.), *Víctimas del delito y del abuso del poder. Libro conmemorativo en homenaje a Irene Melup*, México, INACIPE, 2006 pp. 282-284.

Es de precisarse que en el artículo primero de la Constitución, se ha establecido un bloque de constitucionalidad que, a través de la interpretación conforme de ésta y los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, trae a nuestra normatividad las normas de derechos humanos, entre ellas las que se establecen los estándares de protección, atención, reparación integral de víctimas de violaciones a derechos humanos, establecidas en el derecho interno e internacional, siempre favoreciendo la que señale la más amplia protección a la persona humana.

Las reformas constitucionales mencionadas no sólo refuerzan los principios de debido proceso y afianzan la universalidad de los derechos humanos (aspecto reconocido, por ejemplo, en la generalidad de los efectos de las sentencias de amparo, en determinados supuestos), sino que también cambian el fundamento normativo de leyes procesales, que ahora no solamente se hallarán en la Constitución sino también, por virtud del artículo 1o., en los tratados internacionales de derechos humanos. Lo anterior implica que tanto el derecho de protección judicial mediante el amparo, así como todo el sistema sustantivo y procedimental aplicado a los procesos penales debe ser observados transversalmente por el llamado "bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos", esto es, el conjunto de normas constitucionales y convencionales, así como los criterios de interpretación autorizados (por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana"), obligatoria para los Estados partes de conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana")).

En este sentido, y para comprender la cita precedente, debemos realizar una comparación entre el antiguo primer párrafo y los nuevos tres párrafos que lo sustituyeron podría ayudar a entender la traslación en el enfoque. Así, mientras el texto antiguo sostenía:

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

El nuevo texto introduce lo siguiente:

Texto reformado	Nuevos elementos constitucionales
En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte , así como de las garantías para su protección , cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.	▪ Reconocimiento, no otorgamiento, de los derechos; ▪ Nueva subjetividad jurídica: desaparecen las llamadas "garantías individuales" y se reconocen derechos a las "personas" (incluyendo los grupos que son reconocidos internacionalmente como titulares de derechos colectivos) con derechos y garantías para su protección; ▪ Establecimiento de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos; ▪ Distinción entre derechos y garantías (mecanismos efectivos de protección)
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia .	▪ Criterio de interpretación conforme (las autoridades, al interpretar normas de derechos humanos, no sólo deberán remitirse a la Constitución sino también a los tratados); ▪ Principio pro persona (en la interpretación, si hubiera conflicto entre normas de derecho interno e internacional, se aplicará siempre la que más favorezca a la persona)
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad . En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos , en los términos que establezca la ley.	▪ Constitucionalización de las obligaciones internacionales del Estado en la materia: promover, respetar, proteger y garantizar; ▪ Constitucionalización de las características universalmente reconocidas de los derechos humanos, que vedan el paso a la discriminación (universalidad), a operaciones de sacrificio de unos derechos en nombre de otros (interdependencia, indivisibilidad), y a la regresividad incluyendo cuestiones presupuestales (progresividad); ▪ Constitucionalización de las obligaciones del Estado ante violaciones de derechos humanos (base para su sanción y reparación efectivas)

En este sentido, a partir de la reforma constitucional, el Maestro Santiago Corcuera considera que el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, si versa sobre derechos humanos, en realidad ahora son lo mismo. Habrá control de convencionalidad propiamente, si el contraste de una norma se hace frente a un tratado que no verse sobre derechos humanos, pero si el contraste se hace frente a una norma de derechos humanos contenida en un tratado, se estará haciendo, *de jure*, control de constitucionalidad.

Más aún, el control de constitucionalidad/convencionalidad en materia de derechos humanos, no debe limitarse a las normas federales y locales, respecto de las convenciones de derechos humanos y la Constitución, sino que debe aplicarse incluso para armonizar, por ejemplo, una norma de un tratado respecto de otra norma de otro tratado, o incluso de una norma constitucional respecto de una norma sobre derechos humanos contenida en uno o más tratados... **Si se decidiera en que la Constitución tiene mayor rango que las normas de derechos humanos de tratados, se derrumbaría parcialmente lo sostenido por la propia SCJN cuando afirmó que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de casos en los que México haya sido parte, son obligatorias para todas las autoridades del Estado Mexicano, incluyendo a la misma SCJN, y deben acatarse, pues al preferir a la norma restrictiva contenida en la Constitución y no a la norma convencional más benéfica, no se estaría cumpliendo con el deber de hacer control de convencionalidad ex officio al que está obligada todo tribunal mexicano, incluyendo a la SCJN, conforme a la sentencia Radilla, y podría someter a México a responsabilidades internacionales por demás indeseables y vergonzosas.**

Es por ello que respetuosamente nos permitimos postular que, para mantener congruencia entre lo resuelto recientemente por la Corte Suprema en su interpretación de la sentencia del Caso Radilla de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendría que confirmar que existe un corpus constitucional constituido por normas contenidas en el texto mismo de la Constitución, en los diversos tratados de derechos humanos de los que México sea parte, y en la jurisprudencia de sus intérpretes últimos.

Además, el 1o. constitucional establece la obligación de proteger y garantizar los derechos conforme a los principios de indivisibilidad y progresividad. Interpretar que las normas de derechos humanos contenidas en tratados tienen un nivel

jerárquico inferior a la Constitución, sería dividir al bloque de constitucionalidad, y adoptar una medida regresiva violatoria del 1o. constitucional.⁴

Como se menciona, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte"), en la resolución publicada el 4 de octubre de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, interpreta las obligaciones para el Poder Judicial derivadas de la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla Pacheco, reconociendo la obligatoriedad de sus contenidos en asuntos tales como la prohibición de la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a civiles; el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH en las que México sea parte; la adopción de la jurisprudencia de este órgano internacional en calidad de criterios orientadores y, sobre todo, la adopción de un control de convencionalidad, que ha de aplicarse *ex officio* por todos los operadores jurídicos del país.⁵

En este sentido, la SCJN determinó en la resolución sobre el expediente Varios 912/2010 (Caso Radilla) que el control difuso se articula en torno a la obligación de todos los jueces de aplicar el criterio de interpretación conforme, es decir, de ajustar sus resoluciones a lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad, incluyendo la hipótesis de inaplicación de normas incompatibles con el bloque mismo.⁶

Justamente a la luz de estos avances podemos decir que, **por lo que hace a las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos, que el bloque de constitucionalidad representa una caja de herramientas amplia de normas, jurisprudencia y *soft law* utilizables en todos los procedimientos –administrativos y jurisdiccionales– en suma, oponibles ante toda autoridad y todo particular –para garantizar su derecho de asistencia, protección, verdad, justicia y reparación.**

⁴ Corcuera Santiago, *Amicus Curiae presentado a la SCJN sobre Jerarquía Constitucional de Tratados de Derechos Humanos y Principio Pro Persona*. Disponible en: <<http://corcuera.blogspot.ca/2012/03/amicus-curiae-presentado-la-scn-sobre.html>> (19 de junio de 2013).

⁵ Cfr. Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, "La Restricción a la Jurisdicción Militar en los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos", *Revista Sur*, No. 13, Sao Paulo, 2011, Conectas. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/13/04.pdf>> (19 de junio de 2013).

⁶ Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.

III. Para un recuento de la internacionalización del derecho victimal

Los derechos de las víctimas del delito han experimentado desde hace algunas décadas una creciente atención como tema de estudio y objeto de regulación jurídica. Desde el famoso libro sobre las penas del Marqués de Beccaria ha sido común a la modernidad el eclipse del sujeto pasivo del delito en el derecho positivo y la teoría jurídica. La víctima había sido tradicionalmente subsumida a la comunidad, disfrazada por el Estado moderno en su empeño por concentrar la legitimidad del uso de la violencia frente a quien se reputara ofensor de los valores jurídicos positivamente reconocidos. No obstante esa vieja tradición, los años cuarenta del siglo pasado vieron la publicación de estudios que introdujeron una perspectiva de víctima al *ius puniendi* oponiendo algunos derechos y obligaciones de éstas frente al Estado y al sujeto activo (por ejemplo los desarrollados por Benjamin Mendelssohn y Hans Ritter von Hentig).

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo punto moderno de partida –la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH)– coincidió cronológicamente con el nacimiento de la victimología, ha permitido afianzar gradualmente a las víctimas como partes procesalmente activas y titulares de derechos sustantivos cuya tutela no solamente corresponde a la esfera restringida por el derecho penal entre las partes del proceso, involucrando otros elementos propios de la teoría jurídica de los derechos humanos, como el derecho a la verdad sobre los hechos, la ayuda y asistencia permanente de instituciones públicas y las medidas de reparación integral del daño.

Estas consideraciones han permitido el avance de una visión de la víctima como objeto de justicia retributiva –tercero excluido del proceso penal representado por el Estado– hacia un enfoque de justicia restaurativa, en la cual la tutela de los bienes jurídicos de la sociedad se ve enriquecida con la aplicación de medidas concretas que redundan en el mayor beneficio de la o las personas directamente agraviadas por el delito en cuestión, buscando, en lo posible, restablecer a la víctima a su situación previa a la comisión del delito. Esto es el cambio de un esquema triangular "delito-pena-autor" a una relación cuatripartita: "delito-víctima-autor-pena".⁷

⁷ Cfr. Corvo, Carlos "Derechos de las víctimas de delitos y del abuso del poder", en David, Pedro y Vetere, Eduardo (coord.)..., *op. cit.* pp. 375.

Aunque los derechos que asisten a las víctimas constan en instrumentos internacionales, tanto universales como regionales,⁸ podríamos situar su codificación más importante a partir de la aprobación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder por parte de la ONU, el 29 de noviembre de 1985.

Algunos autores⁹ destacan los siguientes elementos de la Declaración:

- Las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto;
- Las víctimas tienen derecho a ser informadas sobre los procesos;
- Las víctimas tienen derecho de presentar sus puntos de vista a las autoridades judiciales;
- Las víctimas tienen derecho a ayuda legal (gratuita);
- Las víctimas tienen derecho a que su privacidad e identidad estén protegidas;
- Las víctimas tienen derecho a la protección en contra de represalias e intimidación;
- Las víctimas tienen derecho a la oportunidad de participar en la mediación;
- Las víctimas tienen derecho a recibir indemnización por parte del ofensor;
- Las víctimas tienen derecho a recibir indemnización por parte del Estado en casos de delitos violentos;

⁸ Antes de la DUDH, según se desprende de la existencia de normas sobre indemnización a partes agraviadas por delitos cometidos en las guerras (por ejemplo el artículo 30. de la Convención de la Haya de 1907 sobre el respeto a las leyes y a las costumbres de guerra, el Tratado de Paz de Versalles de 1919, o la figura de la *Wiedergutmachung* (que podría traducirse literalmente como "rehacer el bien" y cuya traducción convencional es "reparación") en las leyes de la República Federal Alemana destinadas a restituir o compensar a las víctimas de las persecuciones del Partido Nacional-Socialista (Cfr. Vetere, Eduardo, 2006, "El síndrome de David y Goliat: Irene Melup y las Naciones Unidas" en David, Pedro y Vetere, Eduardo (coord.)... *op. cit.*, pp. 57-58). Muchos siglos e incluso algunos milenios antes encontramos ya previsiones de retribución del daño en los más antiguos códigos morales y religiosos, por ejemplo, en la famosa "Ley del Talión" originalmente establecida por el Código de Hammurabi (c. s. XVIII A.C.) y recogida en el Pentateuco, bajo la cual asistía a la víctima el *derecho* de vengar la ofensa por sí misma. Del mismo modo, la *diyya* o compensación, y el pedido de perdón al ofendido, son medidas pre-mahometanas que pueden sustituir la venganza penal (*Qisas*) en el comentario jurídico alcoránico (*Shariah*).

⁹ Dijk, Jan J. M. Van, 2006, "Legislación de referencia sobre las víctimas del delito: la Declaración de la ONU de 1985 sobre víctimas", en David, Pedro y Vetere, Eduardo (coord.)... *op. cit.*, pp. 194.

- Las víctimas tienen derecho a recibir apoyo o ayuda social.

En esa fuente de *soft law* hallamos, asimismo, la siguiente definición de víctima del delito:

1. Se entenderá por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembro, incluida la que proscribe el abuso de poder.¹⁰

2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

El impacto de la Declaración en el fortalecimiento de los derechos de las víctimas alrededor del mundo ha sido reconocido unánimemente y ha rendido frutos en numerosos documentos de diversa fuerza vinculante para los Estados.¹¹

¹⁰ La Declaración define también a las víctimas de abuso de poder del siguiente modo: "18. Se entenderá por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas, mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no llegue a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas concernientes a los derechos humanos."

¹¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece en su artículo 68 un conjunto de derechos y medidas de protección y participación procesal activa de las víctimas y los testigos en los procedimientos de derecho penal internacional, entre otros la adopción de medidas para la protección de "la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos" en los juicios, que los fiscales deben aplicar durante la investigación y el enjuiciamiento, y que incorporan un enfoque diferencial que atiende a la edad, el género, la salud y la índole del crimen, "en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños". Los numerales subsecuentes del artículo citado establecen medidas para garantizar la protección de datos, identidades y evitar la revictimización en los juicios. Por su parte, la sección III de las Reglas de Procedimiento y Evidencia de la Corte Penal Internacional establece un conjunto de directrices específicas sobre derechos sustantivos y reglas procesales aplicables a las víctimas y los testigos en los procedimientos de derecho penal internacional. Las subsecciones que conforman ese conjunto de reglas establecen pautas en materia de definición de víctimas (que incluyen las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios); medidas de protección aplicables a solicitud del Fiscal, la defensa, una víctima, testigo o de oficio; la participación de las víctimas en el proceso; los representantes legales y su participación en las actuaciones; las notificaciones a las víctimas; las medidas de reparación tanto en los procedimientos previa solicitud como en aquellos en los cuales la Corte actúa de oficio (en el que llama la víctima tiene el derecho a impugnar la reparación dictada por la Corte). De igual modo, la regla 98 establece un fondo fiduciario a través del cual las personas bajo condena pueden pagar las indemnizaciones ordenadas por la

Otro momento importante en la internacionalización de los derechos de las víctimas del delito se encuentra en la aprobación por la Asamblea General de la ONU en 2000 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo), cuyo artículo 25 trata sobre la atención y protección a las víctimas:

Artículo 25

Asistencia y protección a las víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.
2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.
3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

El Protocolo Opcional de la Convención de Palermo sobre Tráfico de Personas –que tiene como uno de sus propósitos la protección de las víctimas– incluye algunos aspectos que profundizan lo contemplado por el artículo 25 citado, por ejemplo, la exclusión del consentimiento de las víctimas en el combate de este delito (artículo 3), así como la obligación de adoptar medidas de acceso a la justicia con plena participación de las víctimas y medidas de reparación, como precisa el artículo 6 numerales 2 y 3.

Cabe hacer mención de otras siete fuentes de *soft law* en el sistema universal que son útiles en la interpretación de normas convencionales internacionales en materia de derechos de

Corte. Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. El texto del *Estatuto de Roma* fue aprobado el 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. A/CONF.183/9. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010. Entró en vigencia el primero de julio de 2002

las víctimas del delito: las resoluciones del Consejo de Europa (de 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito; de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos; de 28 de junio de 1985, sobre la posición de las víctimas en el marco del derecho penal y del procedimiento penal; de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización);¹² las Directrices sobre Prevención del Delito (2002), las Directrices para Niñas y Niños Víctimas y Testigos (2005), y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (2005).

Finalmente, además de los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que se desprenden del sistema universal de protección y de su afín europeo, encontramos una vasta tradición de tutela de los derechos de las víctimas en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 63 de la Convención Americana, establece la facultad de la Corte Interamericana de dictar medidas de reparación,¹³ ello sumado a los estándares interamericanos sobre debido proceso, acceso a la justicia, recursos judiciales efectivos y reparaciones, contenidas en numerosas sentencias de la Corte IDH –algunas de las cuales serán analizadas en el capítulo siguiente–, lo que permite integrar un cuerpo sólido de derechos –bloque de constitucionalidad– y cuya aplicación en la interpretación conforme de los derechos contemplados en el artículo 20 C constitucional será objeto del siguiente apartado.

IV. Los derechos reconocidos en el Artículo 20 C Constitucional

De los diez principios fundamentales de justicia contemplados en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso del poder, incluidos en menor o mayor grado en la Convención de Palermo y su protocolo sobre tráfico de personas, el artículo 20 C constitucional incluye siete, como se muestra en la siguiente gráfica:

¹² Luna Castro, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, México, Porrúa, 2009, p. 90.

¹³ "Artículo 63.1. 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 situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor, el 18 de julio de 1978.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas ¹⁴	Convención de Palermo	Protocolo de la ONU sobre tráfico de personas	Constitución Mexicana (art. 17* y 20 C)
1. Trato con compasión y respeto		X	
2. Información sobre procesos		X	X
3. Presentación de puntos de vista	x	X	X
4. Ayuda legal		Opcional	X
5. Protección de privacidad e identidad		X	X
6. Protección contra represalias e intimidación	x	X	X
7. Resolución que permite la disputa informal			x*
8. Indemnización por parte del ofensor	x	X	X
9. Indemnización por parte del Estado		Opcional	
10. Asistencia social	x	Opcional	X

Algunos de los derechos reunidos en el artículo 20 C constitucional son incorporados dentro de los diez principios de la tabla, aunque en el texto constitucional se encuentran más detallados y, en el caso de las reparaciones, dada la redacción, permite la aplicación de estándares más amplios que la mera indemnización. Para fines expositivos, hemos desglosado los elementos contenidos en el artículo de mérito en un catálogo de doce derechos de las víctimas del delito en el proceso penal.¹⁵ Se comentan sucintamente a continuación.

¹⁴ Esta tabla es una adaptación de Dijk, Jan J. M. van..., op. cit., p. 194.

¹⁵ Esos doce derechos que advertimos en el texto son: 1) derecho a recibir asesoría jurídica; 2) derecho a ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución; 3) derecho a ser informado del desarrollo del procedimiento penal; 4) derecho a coadyuvar con el Ministerio Público; 5) derecho 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; 6) derecho a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley; 7) derecho a recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; 8) Derecho a que se le repare el daño; 9) 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, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; 10) derecho a que el Ministerio Público garantice su protección de víctimas, bajo la vigilancia del juez; 11) derecho a solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos; 12) derecho de impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la

1. Artículo 20 C. I. Derecho a recibir asesoría jurídica

Hay diversas normas de derecho internacional relativas al derecho de las personas acusadas de haber cometido delitos de recibir asistencia letrada, ya sea por medio de un defensor de su elección,¹⁶ o de oficio;¹⁷ a fin de beneficiar a la víctima, comprendida como parte del proceso, esas normas deben ser leídas a la luz del principio de igualdad ante la ley y los tribunales.¹⁸ El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP) cuenta con la Observación General No. 32,¹⁹ cuyo párrafo 13 subraya la igualdad que asiste "a todas las partes en un proceso", incluyendo a las víctimas.

En la jurisprudencia interamericana, se cuenta con numerosos casos en los que estos derechos se aplican al acusado, lo cual, como ya se dijo, es susceptible de interpretarse como extensivo a las víctimas bajo el principio de igualdad. Entre otros ejemplos, que además de abordar el derecho a la asesoría jurídica detallan algunas características que ésta debe tener, cabe citar las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Robles Espinoza e hijos vs. Perú*, párr. 111 (1999) y *Figueredo Planchart vs. Venezuela*, párr. 114 (2000), así como la Sentencia de la Corte IDH en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, párr. 148 (1999).

De igual modo se debe complementar la asesoría jurídica con la asistencia consular en casos en los cuales la víctima sea extranjera. Al respecto, las consideraciones de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16/99 son valiosas, si bien es preciso aclarar que la presencia de oficiales consulares no sustituye en ningún momento la asistencia de un abogado o asesor jurídico.²⁰ En varios casos decididos por la Corte IDH el derecho a asistencia consular ha sido considerado un derecho protegido por el artículo 7 (derecho a la libertad personal) y el artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH.²¹

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.

¹⁶ OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 13, art. 8; ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 14.

¹⁷ OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 13, art. 8.2.e.; ONU. *Pacto Internacional...*, *supra* nota 16, art. 14.3.d.

¹⁸ OEA. *Convención Americana...*, *supra* nota 13, art. 8.2.; ONU. *Pacto Internacional...*, *supra* nota 16, art. 14.

¹⁹ *Cfr* Comité CCPR, *Observación General No. 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. 23 de agosto de 2007. CCPR/C/GC/32.

²⁰ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 141.

²¹ El derecho de asistencia consular es reconocido por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ("Convención de Viena") como un derecho fundamental para la defensa adecuada. De acuerdo con el principio *pacta sunt*

La Corte Interamericana ha sido constante en su jurisprudencia con respecto al derecho de asistencia consular.²² Todo extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad debe ser notificado sobre su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado. Particularmente, ha insistido que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente del suyo se encuentran en una condición de especial vulnerabilidad frente a la acusación estatal.²³

Finalmente, a la luz de criterios de interpretación tales como la Observación General No. 13 del Comité del PIDCP y la sentencia de la Corte IDH en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú,²⁴ entre otros, la asesoría jurídica debe contemplar no sólo la asistencia letrada sino también los derechos al tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, los cuales se conectan directamente con el derecho de toda persona a ser oída ante tribunales y el de participación en el proceso.

Este derecho del artículo 20 C también se contempla en el artículo 6 inciso c) de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas*.

2. Artículo 20 C. I. Derecho a ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución

Este derecho, tal como aparece en la redacción constitucional, debe remitirnos no solamente a los derechos reconocidos en la Carta Magna sino al conjunto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos. Las autoridades competentes deberán estar al tanto del carácter expansivo del bloque.

servanda, todos los Estados Parte de la Convención de Viena tienen el deber de cumplir, en su territorio, con las obligaciones que ella establece. El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, sobre "Comunicación con los Nacionales del Estado que Envía", establece derechos y obligaciones para los Estados Parte. La subdivisión a-b del artículo 36.1 establece la prerrogativa de que todos los arrestados o detenidos extranjeros deben ser informados al momento de su detención del motivo de la misma y de sus derechos de protección y asistencia consular.

²² Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 112 y 195; y Corte IDH. *El Derecho a la Información...*, *supra* nota 20, párrs. 86, 106 y 122.

²³ *Ibid.*, párr. 152.

²⁴ *Ibid.*, párr. 81: "Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos. En el caso *sub judice* sucedieron los vicios apuntados (*supra* 80), lo cual no permitió a los magistrados contar con un proceso que reuniera las garantías mínimas del debido proceso establecidas en la Convención. Con ello en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso".

Como referencia de *soft law* en torno a este derecho, encontramos que los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones señalan en su numeral 12 inciso a), lo siguiente:

a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario [...]

Este derecho también se puede interpretar con relación al derecho a ser informado en casos de detención, en tanto la condición de víctima puede surgir de una actuación vulneratoria del derecho a la libertad cometido por agentes del Estado. Éste se encuentra consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana **y el artículo 9.2 del PIDCyP**. Ambos instrumentos ponen énfasis en el tiempo en el cual se debe de hacer la notificación: "sin demora" y "en el momento de su detención".

De acuerdo con la Corte Interamericana, la información de los "motivos y razones" de la detención debe darse "cuando ésta se produce", lo cual "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad a su vez garantiza el derecho de defensa del individuo".²⁵

El artículo 7.4 de la Convención Americana consagra: "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella." La Corte Interamericana ha precisado que la primera obligación del artículo 7.4 de la Convención Americana no especifica que la información que el detenido debe recibir tenga que ser escrita. En esa medida, dicha obligación puede satisfacerse de manera oral. Por el contrario, la segunda obligación del artículo 7.4 de la CADH, referente a la notificación, sin demora, del cargo o cargos formulados contra el detenido, sí debe darse por escrito.²⁶

²⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 70; y Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 82.

²⁶ *Ibid.*, párr. 76.

El Comité de Derechos Humanos de la OPU ha observado que el derecho a ser informado "sin demora" de la acusación, exige que la información se proporcione tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito.²⁷

Igualmente, este derecho constitucional debe ser interpretado con referencia al deber de protección que el Estado debe garantizar a todas las víctimas. Al respecto, la Corte interamericana ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.²⁸

Al respecto hacemos referencia al Caso Campo Algodonero vs el Estado mexicano,²⁹ en el que la Corte Interamericana manifestó que ante la existencia de un contexto de impunidad es deber del Estado de actuar con debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

²⁷ Comité CCPR. *Observación General No. 32...*, *supra* nota 19, párr. 31.

²⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 149, y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 63.

²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

3. Artículo 20 C. I. Derecho a ser informado del desarrollo del procedimiento penal

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas señala en su artículo 6 inciso a) que:

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; [...]

Este es un derecho que permite a la persona contar con medios adecuados de defensa, y que se relaciona también con el derecho a tener acceso al expediente del proceso. Al respecto, se cuenta, por citar un ejemplo, con el precedente de la sentencia del amparo en revisión 168/2011 de la Primera Sala de la SCJN en el caso de solicitud de acceso al expediente sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla, recurso presentado por la señora Tita Radilla y la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. En la sentencia, la Primera Sala recordó que

...el Tribunal Pleno reconoció en la tesis jurisprudencial P/J. 54/2008, el doble carácter del derecho de acceso a la información, como un derecho en sí mismo, pero también como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En este sentido, el Tribunal Pleno destacó que el derecho de acceso a la información es la base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo cual se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho.

Por lo anterior **cobra una especial relevancia la necesidad de permitir el acceso a la información que conste en averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad**, pues estos supuestos no sólo afectan a las víctimas y ofendidos en forma directa por los hechos antijurídicos, sino que ofenden a toda la sociedad, precisamente por su gravedad y por las repercusiones que implican. [En negritas en el original].

En este sentido vale la pena mencionar, que el deber de permitir el acceso a la información en el proceso penal, se correlaciona con el deber del Estado de investigar adecuadamente los delitos, dicho deber ha sido denominada en el derecho internacional como el deber de garantía, en este aspecto la Corte Interamericana ha sostenido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.³⁰ Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³¹

Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de "prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, **de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del** ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".³²

4. Artículo 20 C. II. Derecho a coadyuvar con el Ministerio Público

Este derecho puede relacionarse con lo establecido en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas en su numeral 6 inciso b), a saber:

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

[...] b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.

³⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 111 y 113; Corte IDH, *Caso Perozo Vs. Venezuela...*, *supra* nota 28, párr. 298, y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 28, párr. 62.

³¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras...*, *supra* nota 28, párr. 166; Corte IDH. *Caso Kwas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 137, y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 28, párr. 62.

³² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras...*, *supra* nota 28, párr. 174 y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 28, párr. 62.

En este sentido, los autores consideramos que esta obligación constitucional se relaciona directamente con el derecho de las víctimas de aportar elementos para que el Estado investigue adecuadamente. En este sentido la Corte Interamericana ha considerado que el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.³³ La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.³⁴

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

**5. Artículo 20 C. II. Derecho 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**

Leído bajo el principio de igualdad, es correlativo a la víctima el derecho del acusado 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", que consagra el artículo 8.2 inciso f) de la CADH, así como el similar contenido en el artículo 14.3 inciso e) del PIDCP.

Como observa Daniel O'Donnell, en el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, la Corte IDH concluyó que no ofrecer a una persona la oportunidad de presentar pruebas que acreditaran su posición era violatorio al debido proceso (párr. 104, 106 y 110), así como en el caso *Castillo Petrucci*, ese mismo Tribunal extendió la norma convencional a la obligación de policías y elementos

³³ Cfr. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 28, párr. 123 y Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 113.

³⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 28, párr. 179 y Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil...*, *supra* nota 33, párr. 141.

castrenses de someterse a los interrogatorios pertinentes. Por su parte, la Comisión Interamericana ha considerado que el hecho de que la autoridad considere pruebas como "irrelevantes" es igualmente violatorio del debido proceso (caso Salinas y otros vs. Perú- CIDH, 1994).³⁵

La posibilidad de presentar pruebas, también puede ser relacionado con la obligación de las autoridades de respetar siempre y en toda investigación la igualdad y principio de no discriminación en el acceso a la justicia, en tanto la falta de investigaciones tendientes a hallar la verdad, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables agrava la experiencia de impotencia, desamparo e indefensión de las víctimas y en algunos casos puede estar fundado en la actitud discriminadora de la autoridad investigadora hacia la víctima.

Evidentemente, los principios de inmediación y contradicción cumplen su papel estelar y protagónico en el proceso producción de la prueba, tarea que en el contexto del sistema acusatorio se desarrolla en la fase del juicio oral. Dichos principios técnicamente despliegan su eficacia en el momento del debate probatorio, con miras a facilitar y optimizar la actividad cognitiva propia proceso de conocimiento que acompaña la producción de la prueba. La actitud crítica, consciente y controlada que debe asumir el juez que dirige el debate en el juicio oral, exige el contacto directo con los actores que intervienen en esa fase y en una especial consideración con las víctimas y su rol en el proceso penal.

6. Artículo 20 C. II. Derecho a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley

En su Sentencia sobre el caso Villagrán Morales y otros "Niños de la calle" c. Guatemala (párr. 227), la Corte IDH afirmó que

... del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.

³⁵ O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

Sobre el derecho de interponer recursos, cabe ahondar en su efectividad en algunos casos de victimización, por ejemplo aquellos que son consumados por elementos de las Fuerzas Armadas, en los que opera la jurisdicción militar de manera inconstitucional –aunque ello es una lamentable constante en México. Hasta la reforma constitucional en materia de amparo, que debería abrir la puerta a una mayor participación de las víctimas, la misma legislación mexicana contenía disposiciones que impedían la efectividad del amparo. Por ejemplo, en el caso Rosendo Radilla, cuando sus familiares intentaron llevar las investigaciones ante la justicia penal ordinaria, el Juzgado Segundo de Distrito declinó su competencia a favor de la jurisdicción militar, decisión que motivó la interposición de un juicio de amparo para revocar la resolución. Sin embargo el Tribunal Sexto de Distrito desechó la demanda en primera instancia bajo la consideración que:

...[e]n el sistema jurídico mexicano, los procesos del orden penal se integran sólo entre el acusado y el Ministerio Público, titular de la acción penal quien ejerce monopolio de ésta y, por ende, está facultado para emprender las defensas durante el proceso de todos y cada uno de los actos que durante éste se susciten y que afecten su buena marcha, [entre] los cuales [...] se encuentran temas procedimentales como son los que atañen al Tribunal ante el cual deba ventilarse el caso en razón del fuero, tópico que puede ser analizado a través de los medios de defensa planteados ante las instancias competentes en términos del artículo 367, fracción VIII, del Código Federal de Procedimientos Penales; recurso que [...] solamente puede plantear el Ministerio Público, no así el ofendido o sus legítimos representantes así sean coadyuvantes del Representante Social [...].

Por ello, la Corte IDH concluyó en su sentencia sobre el caso (2009) que se privó a los familiares del señor Radilla "de la posibilidad de impugnar la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos que, por su naturaleza, debe corresponder a las autoridades del fuero ordinario" (párr. 294), toda vez que

...para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto. La Corte [IDH] ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente (párr. 296).

7. Artículo 20 C. III. Derecho a recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia

Este es otro derecho que debemos leer a la luz del principio de igualdad en los estándares internacionales. En este sentido cabe destacar que nos hallamos ante un derecho que puede involucrar no solamente la integridad física, sino la vida, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la ONU (caso *Lantsova c. Federación de Rusia*, párr. 9.2). De igual modo, el Comité de Derechos Humanos ha observado que "la obligación de tratar a las personas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano comprende, entre otras cosas, la prestación de cuidados médicos adecuados".³⁶

Por su parte, cabe destacar que existe un apartado sobre *Asistencia* en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas* que establece una base de mínimos para la prestación de servicios asistenciales, de salud y psicológicos en sus numerales 14 a 17.³⁷

8. Artículo 20 C. IV. Derecho a que se le repare el daño

Las fuentes que fundan el derecho de las víctimas a la reparación del daño son numerosas. En el sistema universal cabe citar el artículo 8 de la DUDH, el artículo 2 del PIDCyP, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (Convención IV), el artículo 91 del Protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 8 de junio de 1977, y los artículos 68 y 75 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en tanto que en los sistemas regionales hallamos el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,

³⁶ Comité CCPR, *Caso Kelly (Paul) vs. Jamaica*, párr. 5.7.

³⁷ "Asistencia. 14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. 15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. 16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. 17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.". <Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>> (19 de junio de 2013).

los artículos 25 y 63.1 de la CADH y el artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por su parte, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones precisan que las reparaciones han de ser proporcionales a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, e incluir una regla de tercera, consistente en que en los casos en los que se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima. De igual modo, con el propósito de prevenir la victimización, los Principios recomiendan establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas y establecer en su derecho interno mecanismos eficaces para la ejecución de las sentencias que obliguen a reparar daños. Los principios y directrices 18 a 23 conforman un catálogo útil para la argumentación jurídica.³⁸

³⁸ 18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas

Estas medidas también han sido objeto de una extensa tradición interamericana, constatable en los puntos resolutivos de prácticamente todas las Sentencias dictadas por la Corte IDH. Ésta ha manifestado que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el re-establecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. La Corte también ha manifestado que recuerda que la naturaleza y monto de las reparaciones ordenadas dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y éstas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas.

Igualmente la Suprema Corte ha desarrollado el contenido de la reparación integral del daño, en el número de registro 163164, de la Novena Época de la SCJN, se encuentra la tesis aislada (Constitucional) Tesis P. LXVII/2010, del Pleno, consignada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXXIII, de enero de 2011 en la Página 28 que señala el deber de reparación adecuada a favor de las víctimas o sus familiares que está a cargo de los poderes públicos conforme corresponde al sistema jurídico mexicano establecido en la Constitución. La tesis establece lo siguiente:

DERECHOS HUMANOS. SU VIOLACIÓN GENERA UN DEBER DE REPARACIÓN ADECUADA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA O DE SUS FAMILIARES, A CARGO DE LOS PODERES PÚBLICOS COMPETENTES.

Las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, la cual debe concretarse a través de medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como de medidas de satisfacción de alcance general y medidas de no

internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

repetición, mediante los procedimientos previstos legalmente para esos efectos, lo cual no es una concesión graciosa, sino el cumplimiento de una obligación jurídica. Lo anterior deriva tanto del régimen previsto constitucionalmente como de los instrumentos internacionales ratificados por México y de los criterios de organismos internacionales, los cuales se manifiestan claramente en el sentido de que es un derecho efectivo de las personas agraviadas a nivel fundamental obtener una reparación proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.³⁹

9. Tres derechos sobre la protección de las víctimas en el proceso:

a. Artículo. 20 C. V. 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, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; Artículo 20 C. V. Derecho a que el Ministerio Público garantice la protección de las víctimas, bajo la vigilancia del juez; y Artículo 20 C. VI. Derecho a solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos

Sobre la protección y resguardo de la identidad y otros datos personales de las víctimas, existe en específico para la hipótesis de las y los menores de edad una disposición de *soft law*, las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos* cuyo numeral 27 señala que:

27. Deberá protegerse toda la información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia. Esto se puede lograr manteniendo la confidencialidad y restringiendo la divulgación de información que permita identificar a un niño que es víctima o testigo de un delito en el proceso de justicia.

Por su parte, la vigilancia del juez permite judicializar la protección a las víctimas cuya tutela está encargada al Ministerio Público, con lo que se pretende dar pleno sentido de actuación

³⁹ Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 3/2006, integrado con motivo de la solicitud formulada para investigar violaciones graves de garantías individuales. 12 de febrero de 2009. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy. El Tribunal Pleno, el siete de octubre en curso, aprobó, con el número LXVII/2010, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de dos mil diez. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105917>> (19 de junio de 2013).

procesal y vinculante a las medidas adoptadas, así como restringir la discrecionalidad de la autoridad administrativa en la protección. Además, por lo que hace a las medidas cautelares, el artículo 6.d de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas* establece que:

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia[...]

Si bien el artículo 63.2 de la Convención Americana hace referencia a medidas cautelares que emite la Corte Interamericana a petición de la Comisión Interamericana a favor de los solicitantes en el marco del proceso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, éste es un derecho que puede reforzar la protección brindada por las autoridades de derecho interno que cabe contemplar, especialmente en casos en los que las víctimas del delito lo son también de violaciones de derechos humanos.

10. Artículo 20 C. VII. Derecho de 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

Este derecho es una medida de control jurisdiccional de la actuación del Ministerio Público que sin duda empodera a las víctimas a fin de que la autoridad investigadora no sustituya al sujeto pasivo en la toma de las decisiones más significativas del proceso, y que se eviten arbitrariedades que puedan redundar en la impunidad de los delitos.

En suma, el derecho a impugnar una decisión, ha sido considerada por la jurisprudencia de como un elemento constitutivo del derecho de defensa y del debido proceso en materia penal, y como un valioso medio de control de las decisiones judiciales para subsanar errores judiciales y garantizar el acceso a la justicia. Es evidente que la víctima, como actor interesado en el devenir de la investigación, debe ejercer este derecho para que además de garantizar

el pleno acceso a la justicia y el combate a la impunidad, se controle la actuación del ministerio público dando así efectividad real y no sólo formal de los medios de impugnación y reconocimiento pleno como sujeto de derecho procesal.

V. Hacia un derecho victimal integral en México

Derivado de la reforma al artículo 1o. constitucional, y más precisamente a partir de la incorporación de un párrafo tercero relativo las obligaciones de las autoridades en materia de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones de derechos humanos, se abrió en México, hacia finales de 2011, un rico debate en torno a los alcances de una legislación integral en materia de víctimas, que atendiera tanto a las de violaciones de derechos humanos como a las del delito, y que, incorporando los más altos estándares internacionales en la materia, pudiera establecer un conjunto de instituciones públicas con participación de las víctimas mismas encaminadas a diseñar e implementar políticas públicas para la prevención de la victimización, su registro, la ayuda inmediata, medidas de protección y atención integrales, así como garantizar la efectividad de las reparaciones para las víctimas.

Entre esos proyectos se destacan la Ley General de Víctimas realizada por un grupo de expertos nacionales e internacionales articulados por el INACIPE, y la Ley General para la Atención y Protección de Víctimas elaborado por la Oficina del Abogado General de la UNAM, proyectos que al momento de escribir este texto han sido unificados en una normatividad⁴⁰ que, con el apoyo del movimiento de víctimas y organizaciones de derechos humanos, logró la adhesión de las principales fuerzas políticas representadas en la Cámara de Senadores y Diputados.^{41, 42}

El día 30 de abril de 2012, la Cámara de Diputados aprobó la iniciativa enviada por el Senado de la República denominada "Ley General de Víctimas" que pretende lograr una reingeniería del sistema de justicia en favor de las víctimas de la violencia, activará mecanismos para la reparación de los daños, establece la creación de instituciones que harán plenamente operativos los derechos de las víctimas contemplados en el artículo 20 C, y crea el Sistema

⁴⁰ *Revista Proceso*, No. 1847 de 25 de marzo de 2012, pp. 36-39.

⁴¹ *Cfr. "Agendan Ley de Víctimas", Diario Reforma* de 17 de abril de 2012, Sección Nacional.

⁴² Es importante señalar que a la fecha se han presentado al menos otras cuatro iniciativas en el Congreso para legislar en la materia, a saber: la presentada por los Senadores Felipe González González, Jaime Rafael Díaz Ochoa y Ramón Galindo Noriega del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, la del Diputado Víctor Humberto Benítez Treviño, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, la del Senador Tomás Torres Mercado a nombre del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, y la de la Diputada Teresa Incháustegui Romero, del Partido de la Revolución Democrática.

Nacional de Víctimas como instancia multisectorial de diseño de políticas públicas y administración de otras dos nuevas figuras: el Fondo de Atención, Ayuda de Emergencia y Reparación Integral y el Registro Nacional de Víctimas. Igualmente importante será la creación del Registro Nacional de Datos Forenses, y un fondo para la reparación integral del daño.

**1. La Ley General de Víctimas:
derechos, estructura y contenidos claves**

La Ley tiene como objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas, que posibiliten el goce efectivo de sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y garantías de no repetición y que además considere el derecho que tienen a la ayuda, atención y asistencia y avanza hacia el *reconocimiento y garantía de un conjunto amplio de derechos de las víctimas, reconociendo, en igualdad de condiciones, tanto a las víctimas del delito como a las de violaciones de derechos humanos.*

El concepto de víctima que se incorpora en la Ley, recoge los estándares internacionales en la materia, que a su vez responden a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en el ámbito de la ONU, y en el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia. En este sentido, como anotábamos previamente, sobresale la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Es importante mencionar que en el artículo 4 de la Ley se menciona que la calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente ley, sin embargo, también se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño, e independientemente de su participación en algún procedimiento judicial o administrativo.

La ley reconoce a las víctimas directas como

...aquellas personas que directamente hayan sufrido algún daño o menoscabo como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos y a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y toda persona que de alguna forma sufra daño o peligro en su esfera de derechos por auxiliar a una víctima como víctimas indirectas.

Se establece una serie de principios rectores de la ley para guiar la interpretación de los derechos sustantivos de las víctimas, y la forma en la cual deben conducirse las autoridades.

Estos principios se refieren al respeto a la dignidad de las víctimas, a la no sujeción a una victimización secundaria, muchas veces producida por el actuar negligente de las autoridades; al principio de buena fe que refiere a que debe considerarse como cierto el dicho de las víctimas; a la debida diligencia con la que deben conducirse las autoridades, así como al enfoque diferenciado y especializado que deben tener los programas para atender a las víctimas, y todos ellos tienden a la concepción de las víctimas como sujetos de derechos y, por tanto, a favorecer la superación de los daños producto del delito o de las violaciones a derechos humanos sufridas.

Es evidente, como hemos manifestado a lo largo del presente texto, que la Ley tiene un fundamento constitucional, tanto en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el apartado que se agregó al artículo 20 de la propia Constitución cuyo objetivo fue el de equilibrar los derechos de los que pueden disfrutar las víctimas y los imputados en el proceso penal. Particularmente, la Ley hace referencia al tercer párrafo del artículo 1, que establece que todas las autoridades, es decir, de los tres órdenes de gobierno y de los tres poderes de la Unión

... tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. [Y que como consecuencia de ello] el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

La Ley también reconoce el régimen transitorio de la reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, se establece en el Artículo Segundo que: *La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.* Así, también la Ley contempla las modificaciones al artículo 17 de la Constitución promulgadas el 18 de junio de 2008, cuyo objeto fue normar el sistema procesal penal acusatorio:

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.

El tercer y cuarto párrafos de este artículo 17 establecen principios constitucionales en materia de reparación del daño que se concretan a través de esta misma Ley:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

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.

La importancia de la Ley radica en la creación de instrumento que coercitivamente obligara a las autoridades en sus distintos órdenes de gobierno a cumplir y respetar los derechos de las víctimas, entre los que se destaca la reparación integral, enfatizando la atención integral que se deberá proporcionar a *víctimas que se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad*, por lo que se incorpora en la Iniciativa propuesta un *enfoque transversal de género*, y se reconoce *el interés superior del menor*, para que sean protegidos, atendidos y reparados bajo el principio del *enfoque diferencial* que establece cuáles son las necesidades a considerar para *personas con mayor situación de vulnerabilidad en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad y otros*.

Así también, establece que las medidas de reparación que se incluyen en la Iniciativa, comprenden, de conformidad con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, de indemnización económica y garantías de no repetición, entre ellos reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el victimario; las disculpas públicas; los actos conmemorativos; la construcción de monumentos públicos; la búsqueda de las personas desaparecidas y la identificación de los cuerpos y restos y su inhumación, respetando las tradiciones familiares y comunitarias.

Por su importancia, decidimos transcribir uno de los elementos nucleares de la Ley, el cual hace referencia a los Derechos de las Víctimas, de esta forma el lector podrá darse cuenta del enorme conjunto de éstos que se retoman en la ley y que evidentemente servirá para interpretar los derechos constitucionales consagrados en el artículo 20 C.

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

I. Derecho a ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos por parte de los servidores públicos y, en general, del personal de las instituciones públicas responsables del cumplimiento de esta Ley, así como por parte de los particulares que cuenten con convenios para brindar servicios a las víctimas;

II. Derecho a solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante, con independencia del lugar en donde ella se encuentre; así como a que esa ayuda, asistencia y atención no dé lugar, en ningún caso, a un nuevo trauma;

III. Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces;

IV. Las víctimas, con independencia de que se encuentren dentro un procedimiento penal o de cualquier otra índole, tienen derecho a la protección del Estado, incluido su bienestar físico y psicológico y la seguridad de su entorno, con respeto a su dignidad y privacidad.

Lo anterior incluye el derecho a la protección de su intimidad contra injerencias ilegítimas, así como derecho a contar ella y sus familiares con medidas de protección eficaces cuando su vida o integridad personal o libertad personal sean amenazadas o se hallen en riesgo en razón de su condición de víctima y/o del ejercicio de sus derechos;

V. Derecho a solicitar y a recibir información clara, precisa y accesible sobre las rutas y los medios de acceso a los procedimientos, mecanismos y medidas que se establecen en la presente Ley;

VI. Derecho a solicitar, acceder y recibir, en forma clara y precisa, toda la información oficial necesaria para lograr el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos;

VII. Derecho a obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requiera para el ejercicio de sus derechos, entre éstos, los documentos de identificación y las visas;

VIII. Derecho a conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente;

IX. Derecho a ser efectivamente escuchada por la autoridad respectiva, cuando se encuentre presente en la audiencia, diligencia o en cualquier otra actuación y antes de que la autoridad se pronuncie;

X. Derecho a la notificación de las resoluciones que se dicten en el Sistema relativas a las solicitudes de ingreso y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral;

XI. Derecho a que su consulado sea inmediatamente notificado conforme a las normas internacionales que protegen el derecho a la asistencia consular, cuando se trate de víctimas extranjeras;

XII. Derecho a la reunificación familiar cuando por razón de su tipo de victimización su núcleo familiar se haya dividido;

XIII. Derecho a retornar a su lugar de origen o a reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad;

XIV. Derecho a acudir y a participar en escenarios de diálogo institucional;

XV. Derecho a ser beneficiaria de las acciones afirmativas y programas sociales adelantados por el Estado para proteger y garantizar su derecho a la vida en condiciones de dignidad;

XVI. Derecho a participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral;

XVII. Derecho a que las políticas públicas que son implementadas con base en la presente ley tengan un enfoque transversal de género y diferencial, particularmente en atención a la infancia, los adultos mayores y población indígena;

XVIII. Derecho a no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos, salvo en los casos expresamente señalados en esta Ley;

IX. Derecho a recibir tratamiento especializado que le permita su rehabilitación física y psicológica con la finalidad de lograr su reintegración a la sociedad;

X. Derecho a acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos;

XXI. Derecho a tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos;

XXII. Derecho a una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño;

XXIII. Derecho a participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia;

XIV. Derecho a expresar libremente sus opiniones y preocupaciones ante las autoridades e instancias correspondientes, y a que éstas, en su caso, sean consideradas en las decisiones que afecten sus intereses;

XV. Derecho a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el ejercicio de sus derechos;

XVI. Derecho a que se les otorgue, en los casos que procedan, la ayuda provisional/humanitaria;

XVII. Derecho a recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no hablen el idioma español o tengan discapacidad auditiva, verbal o visual;

XVIII. Derecho a trabajar de forma colectiva con otras víctimas para la defensa de sus derechos, incluida su reincorporación a la sociedad;

XIX. Derecho a contar con espacios colectivos donde se trabaje el apoyo individual o colectivo y que le permitan relacionarse con otras víctimas; y

XX. Los demás señalados por la Constitución, los tratados internacionales, esta Ley y cualquier otra disposición aplicable en la materia o legislación especial.

Es importante manifestar que los anteriores deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, los tratados y las leyes aplicables en materia de atención a víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Igualmente y en especial referencia al artículo 20 C constitucional, la Ley consagra el Capítulo IV, "De los Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal", las cuales tendrán derecho en el proceso penal, entre otros a:

- Ser informadas de manera clara, precisa y accesible de sus derechos por el Ministerio Público o la primera autoridad con la que tenga contacto o que conozca del hecho delictivo, tan pronto éste ocurra. El Ministerio Público deberá comunicar a la víctima los derechos que reconocen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y esta Ley a su favor.
- Ser compensado.
- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se les reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenten, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio como partes plenas ejerciendo durante el mismo sus derechos los cuales en ningún caso podrán ser menores a los del imputado.
- Ser asesoradas y representadas dentro de la investigación y el proceso por un Asesor Jurídico.
- Presentar recursos e impugnar ante la 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, con independencia de que se haya reparado o no el daño.
- La protección de su identidad e intimidad.
- A que se garantice su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de amenaza, intimidación y represalia y solicitar medidas precautorias o cautelares para la seguridad y protección de las víctimas, ofendidos y

testigos de cargo, para la investigación y persecución de los probables responsables del delito y para el aseguramiento de bienes para la reparación del daño.

- En los casos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, a solicitar la intervención de expertos independientes, a fin de que asesore a las autoridades competentes sobre la investigación de los hechos y la realización de peritajes. Las organizaciones de la sociedad civil o grupos de víctimas podrán solicitar también que grupos de esos expertos revisen, informen y lleven a cabo recomendaciones para lograr el acceso a la justicia y a la verdad para las víctimas.

Por su parte el Artículo 21, establece que en los casos de violaciones de derechos humanos o de delitos derivados de éstas, además de todas las garantías consagradas en los artículos anteriores, las víctimas tendrán los siguientes derechos:

I. A una investigación pronta y eficaz que lleve a la identificación, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, al esclarecimiento de los hechos y a su reparación integral;

II. A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron;

III. A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones, y

IV. A que se le brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal, en los términos del artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Como se podrá notar, la ley retoma lo afirmado previamente en este texto, el desarrollo constitucional de los derechos de las víctimas del delito, se centra el apartado C) del artículo 20, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y refiere a los derechos en el procedimiento penal. En este sentido, se observa un importante proceso de incorporación de estándares internacionales que reconozcan, por ejemplo, la participación de la víctima en los procedimientos, la representación legal y las medidas de protección que deben

ser implementadas para garantizar el uso del procedimiento penal para hacer valer su derecho a la justicia; este conjunto de derechos de las víctimas del delito es uno de los avances más relevantes que fueron plasmados en la reforma constitucional conocida como Reforma del Sistema de Justicia Penal y Seguridad.

En este sentido el artículo 14 de la Ley establece:

Artículo 14. Cuando el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, deje de presentarse ante la autoridad jurisdiccional competente que conozca de su caso los días fijos que se estime conveniente señalarle y cuantas veces sea citado o requerido para ello, u omita comunicar a la autoridad jurisdiccional competente los cambios de domicilio que tuviere o se ausentase del lugar del juicio de autorización de la autoridad jurisdiccional competente, **esta última** ordenará, sin demora alguna, que entregue la suma que garantiza la reparación del daño a la víctima, dejando constancia en el expediente del pago definitivo de la cantidad depositada, lo que no implica que se haya efectuado la reparación integral del daño correspondiente.

Por otra parte, la Ley General de Víctimas que se analiza, incluye la creación del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, como la máxima institución en materia de protección a víctimas en México; los proponentes señalan que este sistema *establecerá, regulará y supervisará las directrices, planes, programas, proyectos, acciones, y demás políticas públicas que se implementan para la protección, ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia y reparación integral a las víctimas, en los ámbitos federal, estatal y municipal.*

Al interior del sistema, se crea la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas que, establecen en la exposición de motivos, será un órgano vigilante y de control de la misma Ley y que su creación permitirá *la representación y la participación directa de las víctimas y organizaciones de la sociedad civil en todas las instituciones del Sistema Nacional de Víctimas.*

Otra figura que se está creando en la Ley, es el Registro Nacional de Víctimas, para que todas las víctimas tengan acceso oportuno y efectivo a las medidas de ayuda, atención y reparación integral previstas en la Ley y se permita la identificación de sus necesidades específicas con el objeto de garantizar que la oferta del Estado se ajuste a sus necesidades y expectativas en materia de asistencia, atención y reparación integral.

La ley establece los derechos generales más allá de la participación de las víctimas en el procedimiento penal, regula su relación con las autoridades, la protección de su intimidad y

al respeto a su dignidad, a tomar decisiones informadas sobre su participación o no en los mecanismos disponibles de acceso a la justicia, la verdad y la reparación. Además reconoce los derechos de ayuda, atención y asistencia para la satisfacción de sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas y seguras.

Se plasma igualmente, el derecho al acceso a la justicia equitativa y efectiva, a través de proporcionar información sobre todos los recursos disponibles para acceder a la justicia, ya sea por medios penales, administrativos, judiciales o cuasi judiciales en procedimientos accesibles al público en general. La solución alternativa de controversias, la justicia restaurativa y retributiva, incluidos la mediación, el arbitraje y los usos y costumbres de comunidades indígenas, para promover la conciliación y la reparación a favor de las víctimas. Es evidente que la nueva Ley es un completo y novedoso catálogo de derechos que por su extensión no es posible reseñar completo en este artículo.

Para finalizar, los autores deseamos destacar que todo el nuevo andamiaje al que hemos hecho referencia, se ha consolidado de manera vertiginosa y esquizofrénica; de una parte padecemos uno de los peores momentos de nuestra historia, con un exacerbado clima de agresiones e impunidad y por otro, somos testigos de un nuevo derecho constitucional que debe condicionar el inoperante aparato estatal de modo tal que, bien orientado y litigado por vías jurídicas o políticas, la democracia pueda realizarse en México como un derecho a los derechos, exigible y justiciable para todas/os.

La República no es la misma o al menos no debe seguirlo siendo tras las conquistas logradas y las que están por lograrse. La mayor tragedia será que callemos y nos rindamos, que nos paralicen los tiempos en vez de dar el salto a un futuro en que los derechos sean una realidad tangible. Nuestro deseo es ir más lejos en esa senda. Por ello, confiamos en la imperiosa necesidad de abrir un debate certero que nos permita continuar avanzando en la construcción de un verdadero Estado de Derecho, en el cual la impunidad que nos mantiene por los caminos de la noche y la niebla, sean iluminados por la luz de la justicia y el respeto absoluto de los derechos humanos y los derechos de miles de víctimas anónimas que día a día luchan por encontrar justicia.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313. Reg. IUS. 23183.
- *Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la comisión designada en el expediente 3/2006, Integrado con motivo de la solicitud formulada para investigar violaciones graves de garantías individuales. 12 de febrero de 2009. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy. El Tribunal Pleno, el siete de octubre en curso, aprobó, con el número LXVII/2010, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de dos mil diez. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=105917>> (19 de junio de 2013).*

2. Internacionales

- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205.
- Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso Kwas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.
- Corte IDH. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.
- Comité CCPR, *Caso Kelly (Paul) vs. Jamaica*.
- Comité CCPR, *Observación General No. 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. 23 de agosto de 2007. CCPR/C/GC/32.

Comentarios al Artículo
21 de la Constitución
Política de los Estados
Unidos Mexicanos:
investigación del
Ministerio Público y
derecho de acceso
a la justicia

Javier DONDE*

* Consultor independiente en Derecho internacional y Derechos humanos.

SUMARIO: I. *Palabras preliminares*. II. *Desarrollo jurisprudencial*. III. *Desarrollo doctrinal*. IV. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la investigación de los delitos*. V. *Conclusión*

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Ministerio Público; acción penal; investigación de los delitos.

I. Palabras preliminares

El presente estudio pretende hacer un análisis de la jurisprudencia de los tribunales federales relacionada con el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") en lo relativo a la función del Ministerio Público. Esto a su vez a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") que interpreta este tratado internacional.

De conformidad con el planteamiento anterior, este comentario se dividirá de la siguiente manera: En primer lugar se hará un resumen de la jurisprudencia nacional relevante para el análisis del Ministerio Público y la investigación penal; en seguida se hará lo mismo con la doctrina dominante, es decir, aquella que es comúnmente citada por los operadores del sistema. Por último se expondrán los estándares internacionales sobre la materia.

El objetivo de este estudio es exponer el estado actual de la jurisprudencia y de la doctrina nacional, así como la aplicabilidad de los criterios internacionales en la materia. Esto responde a la obligación que tienen las autoridades mexicanas de ejercer un control de convencionalidad. Así, lo que se busca es ofrecer una guía para la interpretación del artículo 21 constitucional, por lo que a las funciones del Ministerio Público se refiere, con base en

estos estándares. Para ilustrar de mejor manera este objetivo, se ofrecen transcripciones de los párrafos más relevantes de la jurisprudencia internacional, para que el lector tenga, de primera fuente lo que se ha dicho en torno al derecho de acceso a la justicia. Esto no debe ser un sustituto para que el operador profundice sobre estos temas, es solo una herramienta ilustrativa.

Como una cuestión metodológica es importante considerar de inicio que este precepto constitucional ha sufrido reformas a lo largo de su historia y que las mismas inevitablemente han influido en el contenido de los criterios jurisprudenciales nacionales que lo han interpretado. Por lo mismo es importante fijar de inicio las reformas más relevantes en la materia.

El texto original de la Constitución de 1917 establecía lo siguiente:

La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquel.

En 1994 se agregó un párrafo para permitir la impugnación jurisdiccional de la decisión de no ejercicio y desistimiento de la acción penal. Lo importante de esta reforma es que se rompió con el llamado monopolio de la acción penal; ya que se limitaba la discrecionalidad con la que actuaba el Ministerio Público al permitir que las víctimas u ofendidos buscaran una revisión de esta determinación por los tribunales.

En 1996 se refinó el texto original de la Constitución al precisar las dos funciones que tiene el Ministerio Público en el proceso penal. Así a la persecución de los delitos se agregó la investigación de los mismos. Igualmente, se eliminó el término *policía judicial* que se prestaba a confusiones pues era común que se pensara que ésta dependía de los tribunales. Asimismo, se precisó la interacción entre ambas instituciones. Al final, el texto quedó así:

La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo la autoridad y mando inmediato.

El texto vigente que fue modificado a raíz de la incorporación del sistema procesal acusatorio a la Constitución Federal es el siguiente:

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.

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

[...]

[...]

[...]

[...]

El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

Es importante hacer notar que la impugnación del no ejercicio y desistimiento de la acción penal se reubicó en el artículo 20 apartado C. Igualmente, este precepto ya contiene la posibilidad de incorporar la acción penal privada, la cual termina con el ya desquebrajado monopolio de la acción penal.¹

II. Desarrollo jurisprudencial

Los criterios jurisprudenciales derivados del texto constitucional se han centrado en diversos temas, como son el monopolio de la acción penal, el desistimiento o no ejercicio de la acción penal y su impugnación, el fundamento de la impugnación del desistimiento o no ejercicio de la acción penal a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, el desahogo de pruebas durante la averiguación previa (ahora investigación) y la procedencia del amparo en contra de actos de autoridad derivados de la averiguación previa.

Sin embargo, la enorme cantidad de criterios derivados de estos temas han quedado obsoletos a raíz del cambio al sistema acusatorio. En efecto, encontramos una buena cantidad de

¹ Este aspecto de la función ministerial es considerado también parte del debido proceso, contemplado en el artículo 8 de la CADH, al respecto véase Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, parr. 327.

tesis que reafirman la existencia del monopolio de la acción penal, inclusive, ante la participación de las víctimas en el proceso penal.² No obstante lo anterior, la posibilidad de iniciar una acción penal privada conforme a la nueva redacción del artículo 21 constitucional hace inaplicables estos criterios.

Igualmente, las tesis que de diversas maneras tratan de interpretar el desahogo de pruebas en etapa de averiguación previa resultan inaplicables, pues con el nuevo sistema de justicia penal éste se llevará a cabo exclusivamente ante el juez de juicio oral.³ Esto es considerado ya un derecho procesal, en virtud del nuevo texto del artículo 20, apartado A, fracción III que establece que:

Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio.

En efecto, la jurisprudencia solamente se ha referido al nuevo texto del artículo 21 para precisar cuál es el fundamento constitucional para impugnar las determinaciones de desistimiento y no ejercicio de la acción penal; eso fue necesario pues como ya se explicaba este derecho se encontraba en el presente artículo, pero ahora está en el artículo 20, apartado C.⁴

El único criterio jurisprudencial que tiene todavía relevancia en la actualidad, a pesar de haberse dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2008, es el relativo al Derecho de acceso a la justicia, emitido con motivo de la investigación por violaciones a derechos humanos cometidas en San Salvador Atenco. Dicho criterio señala que el artículo

² Véase Tesis 1a. CXCI/2009, MINISTERIO PÚBLICO. ES EL ÚNICO ÓRGANO DEL ESTADO COMPETENTE PARA FORMULAR E IMPULSAR LA ACUSACIÓN PENAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 409. Reg. IUS. 165954 y Tesis XXI.1o.PA.40P (9a.), VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. EL HECHO DE QUE CON MOTIVO DE LA ADICIÓN DEL APARTADO B AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SE ELEVARAN A RANGO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES CIERTOS DERECHOS DE AQUELLOS, NO SIGNIFICA QUE SE ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO RECTOR QUE CONCIBE AL MINISTERIO PÚBLICO COMO ÚNICO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL Y ÓRGANO PERSECUTOR DE LOS DELITOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXV, mayo de 2007, p. 2244. Reg. IUS. 172280.

³ Véase Tesis III.2o.P.226P (9a.), CONFRONTACIÓN, EL MINISTERIO PÚBLICO ESTÁ FACULTADO PARA ADMITIR LA PRUEBA Y DESAHOGLARLA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 888. Reg. IUS. 166007 y Tesis I.2o.P.148 P (9a.), TESTIGOS. DEBEN COMPARECER ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ÉSTE LO REQUIERA, CON INDEPENDENCIA DE QUE NO ESTÉN OBLIGADOS A DECLARAR RESPECTO A LOS HECHOS INVESTIGADOS O DE DATOS QUE IMPLIQUEN INFORMACIÓN RESERVADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 2721. Reg. IUS. 171895.

⁴ Véase Tesis I.4o.P.60 P (9a.), ACCIÓN PENAL. SI LA RESOLUCIÓN QUE CONFIRMA SU NO EJERCICIO FUE EMITIDA CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 18 DE JUNIO DE 2008, SUBSISTE EL DERECHO ADQUIRIDO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DE IMPUGNAR, A TRAVÉS DEL AMPARO, ESTA DETERMINACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1729. Reg. IUS. 163419.

17 constitucional establece un derecho de acceso a la justicia, el cual tiene una regulación particular en materia penal previsto en el artículo 21.⁵ La importancia de este criterio obliga a analizar, no solo la tesis publicada, sino los razonamientos de la ejecutoria.

En un primer momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "la Suprema Corte") estableció que en estos hechos se habían violado diversos derechos humanos como la vida,⁶ la integridad física y la integridad sexual derivados del exceso en el uso de la fuerza por elementos policiales. Sin embargo, la violación a estos derechos no debe tomarse de forma aislada, sino que al no ser sometidos los responsables a un proceso penal hubo una denegación al acceso a la justicia,

... [cuya] importancia se explica en función de que, sin éste [derecho], La tutela normativa de los derechos humanos no pasaría de ser mera retórica sin eficacia normativa, sin exigibilidad, sin realidad que se tradujera en una vida más digna de los seres humanos.⁷

Como ya se adelantaba, la SCJN identificó el derecho de acceso a la justicia en el artículo 17 y en el 21 para lo relativo a la justicia penal. Sin embargo, precisó que si bien en un primer momento esta obligación estatal recae en los tribunales, en el proceso penal hay una corresponsabilidad con el Ministerio Público como entidad estatal encargada de la investigación y persecución de los delitos.⁸

... [Así], el mandato del acceso a la justicia desde la perspectiva de la investigación y persecución de los delitos debe entenderse dirigido a la realización de todas las acciones necesarias para que, en efecto, los perpetradores de conductas delictivas sean puestos a disposición de los tribunales competentes y eventualmente puedan ser sancionados.⁹

La SCJN explicó que se trata de una obligación positiva que atañe a derechos fundamentales violados, tal y como lo han entendido los tribunales europeo e interamericano de derechos

⁵ Véase Tesis P. LXIII/2010, DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXIII, enero de 2011, p. 25. Reg. IUS. 163168 Registro No. 163168.

⁶ Véase Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el expediente 3/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, septiembre de 2009, p. 697. Reg. IUS. 21782 (Ejecutorias).

⁷ *Ibidem*, p. 268.

⁸ *Ibidem*, pp. 270.

⁹ *Ibidem*, pp. 272.

humanos. En otras palabras, la obligación estatal no se limita a no violar estos derechos, sino que debe sancionar a quienes cometen dichas violaciones. Para lograr este fin las investigaciones penales deben realizarse de forma seria, imparcial y efectiva.¹⁰

Este último aspecto reviste una importancia metodológica adicional. Es de notarse que la SCJN identificó el derecho de acceso a la justicia en la Constitución y en su propia jurisprudencia, pero para darle contenido e identificar la dimensión positiva del derecho recurrió a la CADH y a la Corte IDH, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o "el Tribunal Europeo"). De esta forma se le dio un alcance compatible con los estándares internacionales vigentes. Esta mecánica es ejemplificativa del control de convencionalidad que deben realizar los tribunales.

No obstante este aspecto metodológico importante, llama la atención que la SCJN haya recurrido en un primer momento a casos del Tribunal Europeo que desarrollan estos temas, como el *caso McCann*¹¹ y el *caso Kelly*.¹² En el primero se estableció por primera vez el principio y en el segundo se desarrolló cómo se aplican a los casos de violaciones al derecho a la vida; lo cual posteriormente se amplió a casos de tortura en el *caso Assenov y otros*.¹³ Si bien estos casos son relevantes no deja de sorprender que la SCJN se refiera al *caso del Penal Miguel Castro y Castro*¹⁴ como único referente de la Corte IDH. En realidad, la jurisprudencia de la Corte IDH está llena de casos en los que se ha establecido la obligación de investigar, procesar y, eventualmente, sancionar a quienes comentan violaciones a los derechos humanos.¹⁵ En este sentido hubiera sido importante remitirse primeramente a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y, como complemento, remitirse a la del sistema europeo. Esta sugerencia no debe tomarse en cuenta los casos en los cuales algún aspecto del desarrollo jurisprudencial de los derechos humanos solamente exista en el ámbito europeo o tenga un desarrollo más completo en este ámbito. De ser así, es metodológicamente correcto recurrir a esta jurisprudencia de forma directa.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 275 y 276.

¹¹ TEDH. *McCann y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 27 de septiembre de 1995, App. No. 18984/91.

¹² TEDH. *Kelly y otros vs. Reino Unido*. Sentencia de 4 de mayo de 2001, App. No. 30054/96. En principio sería importante comentar cuales son los aspectos identificados en esta sentencia para llevar a cabo una investigación seria, eficaz y eficiente en materia de violaciones al derecho a la vida; pero este tema se aborda con más profundidad y de forma más directa al caso mexicano más adelante.

¹³ TEDH. *Assenov y otros vs. Bulgaria*. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 24760/94.

¹⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

¹⁵ Para una revisión de los criterios de la Corte IDH sobre esta obligación estatal véase Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111 y 113; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 298; y *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 142.

El comentario anterior no tiene como finalidad restarle mérito a la SCJN en su esfuerzo por darle una interpretación a la Constitución compatible con los derechos humanos, utilizando como herramienta la jurisprudencia, es solamente un apunte metodológico.

Aun así, estas conclusiones de la SCJN son incompletas, pues como se verá más adelante, el derecho de acceso a la justicia en la investigación penal es mucho más amplio.

III. Desarrollo doctrinal

La interpretación doctrinal de la facultad investigadora del Ministerio Público es igualmente reducida. La mayoría de los comentarios al artículo 21 constitucional versan sobre la autoridad judicial, dejando la función del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos fuera de la discusión.¹⁶

En todo caso, el único autor que aborda con mayor detalle la función ministerial es Burgoa al señalar que existe una doble garantía prevista en este precepto. Al comentar el texto anterior a la reforma de 2008, señala que el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público es una medida que fue originalmente pensada para eliminar la figura del juez de instrucción, con lo cual la autoridad judicial queda limitada en su intervención hasta que el agente ministerial no presente la acusación correspondiente.¹⁷

Adicionalmente, señala que el ejercer la acción penal no es una facultad como comúnmente se piensa, es una obligación que el Ministerio Público tiene con la comunidad así como con las víctimas y ofendidos del delito. Burgoa considera que se trata de una obligación pues en cuanto se acrediten los elementos para ejercer la acción penal está obligado a consignar; así se excluye la posibilidad de que se pueda abstener de ejercer dicha acción poniendo en peligro a la colectividad y fomentando la impunidad.¹⁸

Este análisis requiere de algunos comentarios con relación a los derechos humanos. Primero, el hecho de que se haya establecido la institución del Ministerio Público como un rechazo a los jueces inquisitivos es compatible con las bases del sistema penal acusatorio que se estableció en el 2008 en la CPEUM. Sin embargo, es importante señalar que separar la función de

¹⁶ Dentro de los autores que abordan el tema del proceso penal desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos se encuentran: Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 4a. ed., México, Porrúa, 1990; García Ramírez, Sergio, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998 y de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998.

¹⁷ Véase Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 28a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 656 y 660.

¹⁸ *Ibidem*, p. 660.

investigación y persecución de los delitos de la función de impartir justicia es un rasgo propio de la garantía de independencia e imparcialidad prevista en el artículo 8 de la CADH. Como se detallará más adelante, esto implica que el Ministerio Público no dependa del Poder Judicial y que pueda tomar sus determinaciones sin algún tipo de presión externa o que sus determinaciones dependan de otra autoridad. Es importante precisar que esto no significa que las mismas no puedan o deban ser revisadas, como parte de este sistema de pesos y contrapesos.

En segundo lugar, es importante recalcar el comentario en el sentido de que el agente del ministerio público es un representante social. Esta frase siempre ha sonado hueca, dado que el Ministerio Público es un órgano acusador.¹⁹ Sin embargo, la idea de la responsabilidad social de esta institución puede cobrar sentido tomando en cuenta los criterios de la Corte IDH, sobre todo cuando se considera la obligación de investigar, procesar y sancionar violaciones a los derechos humanos. En estos casos la responsabilidad del Ministerio Público tiene una trascendencia mayor que la de la causa en particular que debe investigar y perseguir. Lo que se verá en el siguiente apartado es cómo esta función forma parte de lo que la Corte IDH ha entendido como derecho de acceso a la justicia.

IV. Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la investigación de los delitos

La Corte IDH ha abordado el tema de la investigación de los delitos desde dos perspectivas distintas. En un primer lugar, desde la perspectiva de los derechos procesales aplicables en la investigación de los delitos. En segundo término, desde la perspectiva de las investigaciones penales por violaciones a derechos humanos. Ambos aspectos se abordarán en este apartado. Cabe aclarar que en este apartado no se abordarán en particular los derechos procesales previstos en la Constitución, ni en la CADH, por estar previstos en artículos diversos al 21.

Con respecto al primer punto, lo que resulta importante aclarar en este apartado es que las llamadas garantías procesales previstas en el artículo 8 de la CADH son aplicables también a

¹⁹ Véase Tesis Aislada, PARTES EN EL JUICIO PENAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. III, p. 230. Reg. IUS. 290156; Tesis Aislada, PERSECUCION DE LOS DELITOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. IV, p. 472. Reg. IUS. 810912; Tesis Aislada, MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. XXVI, p. 450. Reg. IUS. 315234; Tesis 1a. CCII/2009, ACCIÓN PENAL. LA INCORPORACIÓN POR PARTE DEL JUEZ EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE IMPUTACIONES DELICTIVAS DISTINTAS A LAS SEÑALADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL EJERCERLA, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 399. Reg. IUS. 166040; Tesis Aislada, SALUD, DELITO CONTRA LA ACUSADOR EN EL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, México, vol. 217-228, segunda parte, p. 63. Reg. IUS. 234006 y Tesis Aislada, MINISTERIO PÚBLICO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. XXXIV p. 2594. Reg. IUS. 313874.

la fase de investigación que realiza el Ministerio Público. De la simple lectura de este precepto no se desprende con claridad en qué fase comienzan a aplicar estas derechos del debido proceso. El artículo 8 (1) señala que el proceso penal debe llevarse a cabo ante la autoridad judicial, la cual debe ser independiente e imparcial. El siguiente apartado indica cuales son los derechos aplicables en materia penal, el encabezado indica:

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 [...].

La redacción es confusa pues abre a debate el momento en que son aplicables estos derechos. La lectura de la primera parte del encabezado hace suponer que desde el momento en que se inculpa a la persona. Por otro lado, se hace referencia al proceso penal. Aun tomados de forma aislada, hay debate entre los procesalistas para determinar el momento de la inculpación, así como el inicio del proceso. Esto se agrava ante el uso aparentemente, confuso en la redacción de este artículo.

Afortunadamente, esta confusión metodológica ha sido resuelta por la Corte IDH al considerar que los derechos procesales previstos en el artículo 8 de la CADH en su conjunto aplican a cualquier autoridad, no solamente a la judicial. Tal y como se señaló en el *caso de Tribunal Constitucional*:

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.²⁰

²⁰ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, parr. 71.

Es importante señalar que a pesar de este razonamiento que pudiera parecer ambiguo, la Corte IDH lo ha aplicado directamente en fase de investigación de los delitos en otras ocasiones,²¹ incluyendo, como se verá más adelante en los casos llevados contra el Estado Mexicano.²² De hecho, aunque hay una diversidad de casos en esta materia, se tomarán para hacer el análisis de este precepto, las sentencias contra México por ser igualmente ilustrativas que las condenas en contra de otros países, pero directamente aplicables a la investigación penal conforme al artículo 21 constitucional.

Esta interpretación amplia de la CADH tiene el efecto de reducir la ambigüedad del texto del artículo 8 y también ampliar el alcance de las garantías procesales previstas a la fase de investigación. En otras palabras, el agente del Ministerio Público está obligado a respetar durante su investigación.

La Corte IDH en su jurisprudencia ha usado otro tipo de expansión en la aplicación de los derechos humanos que es importante mencionar aquí. En diversas ocasiones ha recurrido a instrumentos internacionales como resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante "la Asamblea", "la Asamblea General de la ONU" o AGNU) u otras normas de *soft law* para explicar el contenido de los derechos previstos en la CADH. El caso más emblemático es el de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura*, para explicar el significado del derecho de ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial.²³ Es importante mencionar que en diversas ocasiones la SCJN ha usado estos instrumentos como herramienta para interpretar el propio texto constitucional, primordialmente en materia de justicia de adolescentes.²⁴

²¹ Véase Corte IDH. Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, parr. 114.

²² Véase Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, parr. 176.

²³ Véase Corte IDH. Caso *del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *supra* nota 20, parr. 73- 74; Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, parrs 145-161. En este último caso el análisis incluso versó directamente sobre la independencia de los Fiscales Navales en su función de investigación y persecución de delitos militares.

²⁴ Véase Tesis XIX.2o.P.T.3 P (10a.), MENOR DE EDAD VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA ADOLESCENTES EN MATERIA PENAL. LA OMISIÓN DE RECONOCERLE EL CARÁCTER DE PARTE Y DARLE INTERVENCIÓN DESDE SU INICIO, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO RECLAMABLE EN AMPARO DIRECTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XX, mayo de 2013, t. 3, p. 1903. Reg. IUS. 2003655; Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 8 P (10a.), DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE PERSONAS EN PRISIÓN PREVENTIVA. CORRESPONDE AL JUEZ O MAGISTRADO QUE TENGA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PROVEER LAS DILIGENCIAS NECESARIAS PARA GARANTIZARLO, INCLUSIVE CUANDO SE EJECUTE LA SENTENCIA ANTE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VIII, mayo de 2012, t. 2, p. 1857. Reg. IUS. 2000769 y Tesis I.4o.A.12 K (10a.), DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XVII, febrero de 2013, t. 2, p. 1345. Reg. IUS. 2002743.

Consecuentemente, los instrumentos de política criminal previstos en el ámbito internacional deben considerarse como parte del marco normativo. En otras palabras, el artículo 21 constitucional debe interpretarse de conformidad con los criterios previstos en los diversos instrumentos internacionales de política criminal; tal y como lo ha hecho la Corte IDH y la SCJN. En particular, deben considerarse las Directrices sobre la Función de los Fiscales²⁵ que contiene diversas disposiciones sobre la calificación, selección y capacitación de los fiscales;²⁶ la situación y condiciones de servicio;²⁷ libertad de expresión y asociación;²⁸ relaciones con otros organismos o instituciones gubernamentales²⁹ y actuaciones disciplinarias.³⁰

Sin embargo, hay una gran cantidad de Directrices directamente relevantes para el proceso penal que es importante mencionar aquí. De inició se establece que la necesidad de que los fiscales actúen de forma independiente al poder judicial.³¹

En este sentido, se establecen otros principios generales que deben regir la actuación de los fiscales en el proceso penal: "Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal".³² Estos principios se detallan a continuación al establecer una cláusula de no discriminación, su función como protectores del interés público procesal, la confidencialidad de la investigación y su relación con la víctima.³³

Además de lo anterior se señala la obligación de los fiscales de desistir de una investigación o un proceso penal cuando se "demuestre que la acusación es infundada".³⁴ De forma similar, se establece la obligación de no usar pruebas obtenidas ilícitamente o en violación a derechos humanos, como en el caso de la tortura.³⁵ De forma inversa, se plantea la obligación de procesar a los funcionarios públicos que hayan realizado dichas conductas violatorias de derechos humanos.³⁶

²⁵ AGNU, *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La Habana, Cuba. Adoptado el 7 de septiembre de 1990.

²⁶ *Ibidem*, directrices 1-2.

²⁷ *Ibidem*, directrices 3-7.

²⁸ *Ibidem*, directrices 8-9.

²⁹ *Ibidem*, directriz 20.

³⁰ *Ibidem*, directrices 21-22.

³¹ *Ibidem*, directriz 10.

³² *Ibidem*, directriz 12.

³³ *Ibidem*, directriz 13.

³⁴ *Ibidem*, directriz 14.

³⁵ *Ibidem*, directriz 16.

³⁶ *Ibidem*, directrices 15-16.

En las Directrices se encuentran dos disposiciones de especial interés para la implementación del sistema acusatorio. La primera está directamente ligada al principio de oportunidad; es decir, a la facultad discrecional para ejercer acción penal. Al respecto la Directriz 17 establece que dicha facultad debe limitarse para evitar decisiones arbitrarias. Al respecto señala: "En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en el proceso de acusación, incluido el ejercicio de la acción o la renuncia al enjuiciamiento."

Igualmente, se especifica que las medidas de alternativas de solución de controversias deben establecer un equilibrio entre los intereses de los inculpados y las víctimas, pero en todo caso las alternativas al enjuiciamiento tienen la finalidad de "evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión".³⁷

Estas dos últimas directrices son en realidad mandamientos dirigidos al legislador, quien tendrá la obligación de establecer límites a la discrecionalidad del Ministerio Público. Sin embargo, también pueden interpretarse en el sentido de que constituyen parámetros para la toma de decisión de los agentes ministeriales al tomar las decisiones correspondientes al no ejercicio de la acción penal, con base en el principio de oportunidad, y la elección de optar por medidas alternativas para la solución de conflictos penales. Así, aun en ausencia de legislación al respecto, el Ministerio Público debe fundar y motivar este tipo de determinaciones.

Ahora bien, desde la perspectiva de las investigaciones penales, como ya se adelantaba la Corte IDH no especifica cómo deben llevarse a cabo las indagatorias. Sin embargo, la Corte ha establecido algunos parámetros comunes a todas las investigaciones que debe realizar, en el caso de México, el agente del Ministerio Público.

Se reitera constantemente que la investigación de las violaciones a derechos humanos es una obligación estatal de medios, no de resultados. La cual no debe establecer una formalidad que de inicio esté condenada al fracaso, sino que debe constituir una serie de pasos destinados a lograr, como finalidad la determinación de la verdad y la eventual sanción de los responsables.³⁸ Es importante que las investigaciones tengan como finalidad restablecer a las víctimas u ofendidos en sus derechos y combatir la impunidad.³⁹ También se ha señala-

³⁷ *Ibidem*, directriz 18.

³⁸ Véase Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 15, párr. 192.

³⁹ *Ibidem*, párr. 212.

do que en casos como desaparición forzada de personas la investigación también debe estar encaminada a establecer patrones sistemáticos de violaciones a derechos humanos.⁴⁰ Para cumplir con estas obligaciones

...los Estados [deben] de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁴¹

No obstante lo anterior, en ocasiones ha detectado irregularidades concretas, como se ilustra en el siguiente párrafo extraído de la sentencia del *Caso "Campo Algodonero"*:

Conforme a la prueba aportada, las irregularidades en las investigaciones y en los procesos incluyen la demora en la iniciación de las investigaciones, la lentitud de las mismas o inactividad en los expedientes, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas, pérdida de información, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público, y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género.⁴²

Dado que los casos en los cuales existe la obligación de iniciar investigaciones penales corresponde a violaciones a derechos humanos, la Corte IDH se apoya en los instrumentos internacionales donde se detallan protocolos de investigación penal. En los casos en los cuales se presenta una muerte, para determinar o descartar la posibilidad de que se trate de una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria debe seguirse lo establecido en el Protocolo de Minnesota.⁴³ En los casos en los cuales hay violencia en contra de la persona o se alega que hubo tortura se debe recurrir a los lineamientos establecidos en el Protocolo de Estambul, como se señaló en el caso *Cabrera y Montiel Flores*.⁴⁴ Es importante recalcar que el Protocolo de Estambul⁴⁵ también debe ser empleado en los casos de violencia sexual en contra de

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 206.

⁴¹ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 236.

⁴² *Ibidem*, párr. 150.

⁴³ AGNU. Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

⁴⁴ Véase Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 113, 129 y 136.

⁴⁵ AGNU. *Protocolo de Estambul, Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Nueva York y Ginebra, 2004.

mujeres.⁴⁶ En estos casos el protocolo de investigación que se debe seguir es el mismo, solamente que además de la violación al artículo 8 de la CADH también se podría actualizar una violación a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante "la Convención de Belém do Pará").⁴⁷ Por la importancia que reviste en particular las situaciones de violencia sexual, es importante transcribir los pasos que en particular deben seguir los Estados en sus investigaciones penales:

Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso.⁴⁸

Mientras que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias y la tortura cuentan con protocolos de criminalística para su investigación, otra de las comunes violaciones a derechos humanos, la desaparición forzada de personas no cuenta con un instrumento internacional de apoyo similar para su prevención o investigación. En términos generales, en los casos en los cuales no hay protocolos definidos en el ámbito internacional la Corte IDH ha señalado:

En otras oportunidades esta Corte ha especificado los principios rectores que es preciso observar en investigaciones penales relativas a violaciones de derechos

⁴⁶ Véase Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*, supra nota 22 párr. 194; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, supra nota 41, párr. 502.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, supra nota 44, párr. 190.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, supra nota 22, párr. 194.

humanos y que pueden incluir, inter alia: recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones, y determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar análisis en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.⁴⁹

V. Conclusión

El artículo 21 de la Constitución establece el derecho de acceso a la justicia dentro del marco de los procesos penales. Esta afirmación la ha realizado la SCJN al considerar que dicho derecho fue violado por la ineffectividad de las investigaciones realizadas con motivo de los hechos violentos en San Salvador Atenco. Como parte de su argumentación, la SCJN estableció que existe una obligación de investigar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación a diversos derechos humanos. Es importante señalar que en dicho caso, se ejemplifica el control de convencionalidad que ha sido la premisa de este comentario, pues se tomaron en consideración los criterios de los tribunales regionales de derechos humanos para interpretar y darle un alcance compatible al mencionado precepto constitucional.

Cabe mencionar que en la doctrina dominante también hay aspectos de interpretación que se pueden considerar compatibles con los estándares internacionales.

De lo que carece la jurisprudencia y la doctrina nacional, al estudiar el artículo 21 constitucional es profundidad en el análisis de la jurisprudencia internacional. Los referentes son escasos y en ocasiones incompletos, lo cual deja la motivación de las resoluciones y la fuerza de los argumentos truncados.

En realidad este precepto es de gran importancia pues además de contener el derecho de acceso a la justicia también establece la investigación y persecución de los delitos por parte del Ministerio Público. Es aquí donde se encuentra el fundamento para considerar que todos los derechos procesales previstos en la Constitución y en la CADH son aplicables en la etapa de investigación penal. También es aquí donde encontramos el fundamento para la obligación estatal de investigar las violaciones a derechos humanos. En otras palabras, el artículo 21 de la CPEUM debe interpretarse de conformidad con el artículo 8 de la CADH y la rica juris-

⁴⁹ *Idem.*

prudencia que ha establecido el alcance del debido proceso legal y de la amplia gama de criterios que establecen la obligación de investigar de manera seria, efectiva y eficiente las violaciones a derechos humanos.

Esto sin olvidar la aplicación de otros instrumentos internacionales como los protocolos de investigación y las directrices que como herramientas de interpretación también establecen los estándares internacionales a los que México está obligado. Es justamente, el equiparar los estándares constitucionales con los internacionales que es el fondo del control de convencionalidad.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

Dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el expediente 3/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, septiembre de 2009, p. 697. Reg. IUS. 21782 (Ejecutorias).

Tesis 1a. CCII/2009, ACCIÓN PENAL. LA INCORPORACIÓN POR PARTE DEL JUEZ EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE IMPUTACIONES DELICTIVAS DISTINTAS A LAS SEÑALADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL EJERCERLA, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 399. Reg. IUS. 166040.

Tesis I.4o.P.60 P (9a.), ACCIÓN PENAL. SI LA RESOLUCIÓN QUE CONFIRMA SU NO EJERCICIO FUE EMITIDA CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 18 DE JUNIO DE 2008, SUBSISTE EL DERECHO ADQUIRIDO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DE IMPUGNAR, A TRAVÉS DEL AMPARO, ESTA DETERMINACIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 1729. Reg. IUS. 163419.

Tesis III.2o.P.226P (9a.), CONFRONTACIÓN, EL MINISTERIO PÚBLICO ESTÁ FACULTADO PARA ADMITIR LA PRUEBA Y DESAHOGARLA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 888. Reg. IUS. 166007.

Tesis XXVII.1o.(VIII Región) 8 P (10a.), DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE PERSONAS EN PRISIÓN PREVENTIVA. CORRESPONDE AL JUEZ O MAGISTRADO QUE TENGA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PROVEER LAS DILIGENCIAS NECESARIAS PARA GARANTIZARLO, INCLUSIVE CUANDO SE EJECUTE LA SENTENCIA ANTE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro VIII, mayo de 2012, t. 2, p. 1857. Reg. IUS. 2000769.

Tesis I.4o.A.12 K (10a.), DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XVII, febrero de 2013, t. 2, p. 1345. Reg. IUS. 2002743.

Tesis P. LXIII/2010, DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONSTITUYEN UNA OBLIGACIÓN PROPIA DEL ESTADO QUE DEBE REALIZARSE DE FORMA SERIA, EFICAZ Y EFECTIVA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXXIII, enero de 2011, p. 25. Reg. IUS. 163168 Registro No. 163168.

Tesis XIX.2o.P.T.3 P (10ª), MENOR DE EDAD VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA ADOLESCENTES EN MATERIA PENAL. LA OMISIÓN DE RECONOCERLE EL CARÁCTER DE PARTE Y DARLE INTERVENCIÓN DESDE SU INICIO, ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO RECLAMABLE EN AMPARO DIRECTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, libro XX, mayo de 2013, t. 3, p. 1903. Reg. IUS. 2003655.

Tesis Aislada, MINISTERIO PÚBLICO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. XXXIV p. 2594. Reg. IUS. 313874.

Tesis 1a. CXCIII/2009, MINISTERIO PÚBLICO. ES EL ÚNICO ÓRGANO DEL ESTADO COMPETENTE PARA FORMULAR E IMPULSAR LA ACUSACIÓN PENAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXX, noviembre de 2009, p. 409. Reg. IUS. 165954.

Tesis Aislada, MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. XXVI, p. 450. Reg. IUS. 315234.

Tesis Aislada, PARTES EN EL JUICIO PENAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. III, p. 230. Reg. IUS. 290156.

Tesis Aislada, PERSECUCION DE LOS DELITOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, México, t. IV, p. 472. Reg. IUS. 810912.

Tesis Aislada, SALUD, DELITO CONTRA LA ACUSADOR EN EL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, México, vol. 217-228, segunda parte, p. 63. Reg. IUS. 234006.

Tesis I.2o.P.148 P (9a.), TESTIGOS. DEBEN COMPARECER ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ÉSTE LO REQUIERA, CON INDEPENDENCIA DE QUE NO ESTÉN OBLIGADOS A DECLARAR RESPECTO A LOS HECHOS INVESTIGADOS O DE DATOS

QUE IMPLIQUEN INFORMACIÓN RESERVADA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXVI, julio de 2007, p. 2721. Reg. IUS. 171895.

Tesis XXI.1o.PA.40P (9a.), VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. EL HECHO DE QUE CON MOTIVO DE LA ADICIÓN DEL APARTADO B AL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SE ELEVARAN A RANGO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES CIERTOS DERECHOS DE AQUÉLLOS, NO SIGNIFICA QUE SE ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO RECTOR QUE CONCIBE AL MINISTERIO PÚBLICO COMO ÚNICO TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL Y ÓRGANO PERSECUTOR DE LOS DELITOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXV, mayo de 2007, p. 2244. Reg. IUS. 172280.

2. Internacionales

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

TEDH. Assenov y otros vs. Bulgaria. Sentencia de 28 de octubre de 1998, App. No. 24760/94.

TEDH. Kelly y otros vs. Reino Unido. Sentencia de 4 de mayo de 2001, App. No. 30054/96.

TEDH. McCann y otros vs. Reino Unido. Sentencia de 27 de septiembre de 1995, App. No. 18984/91.

Artículo 21. El sistema de seguridad pública y los derechos humanos

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

SUMARIO: I. *Contenido del artículo 21 bajo la perspectiva de los derechos humanos.* II. *Alcances del análisis.* III. *Contexto situacional.* IV. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* V. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Seguridad; Seguridad Pública; Seguridad Ciudadana; Sistema Nacional de Seguridad Pública; Uso de la Fuerza; Autoridad competente.

I. Contenido del artículo 21 bajo la perspectiva de los derechos humanos

El artículo 21 constitucional se encuentra dentro del capítulo I, Título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) que conforme a las recientes reformas se denomina de los derechos humanos y sus garantías¹ y por lo tanto, en principio, debe leerse bajo el enfoque de una disposición que consagra derechos humanos. Por otro lado el artículo ha recibido diversas modificaciones a lo largo de su vigencia que han modificado de manera sustancial su contenido. Las más relevantes son las de 1994 cuando se establece la concurrencia de la facultad en materia de seguridad pública, se establece la función como tal a nivel constitucional² y se crea el sistema nacional de seguridad pública. La otra reforma de gran calado al artículo 21 es la del 2008 en la que se crea el nuevo sistema nacional de seguridad pública, especificando sus principios, características y las bases mínimas para el funcionamiento de este sistema.³ Cabe señalar que en el 2005, se realizó una reforma puntual a dicho artículo para incrustarle una disposición de adhesión condicional a la Corte Penal Internacional que poco tiene que ver con dicha disposición.

¹ Cfr. Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

² Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1994.

³ Diario Oficial de la Federación del 18 de junio del 2008.

Conforme a este itinerario de reformas, el actual artículo 21 constitucional consta de las siguientes partes:

- a) La facultad de investigación compartida por la policía y el ministerio público.
- b) La facultad del ministerio público de ejercer la acción penal y la participación de los particulares.
- c) La facultad de imponer penas privativas de libertad exclusivamente al poder judicial.
- d) Las sanciones de carácter administrativo y sus límites.
- e) La facultad del Ejecutivo, con aprobación del Senado de reconocer (*ad casum*) la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
- f) La función de seguridad pública como una facultad concurrente.
- g) Bases del funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Como puede observarse, esta disposición aunque no establece un derecho humano constitucional específico, sino que regula la actuación de las autoridades fundamentalmente en materia de seguridad y en lo tocante a la aplicación de sanciones,⁴ tiene un gran impacto en el goce y ejercicio de diversos derechos humanos que se relacionan con esta materia. Por ello puede considerarse que su ubicación en este capítulo constitucional es adecuada.

II. Alcances del análisis

Tomando en cuenta el contenido del artículo y su relación con otras disposiciones constitucionales que regulan igualmente la actuación de las autoridades policiales y ministeriales de manera más específica, en estos comentarios nos avocaremos fundamentalmente a lo referente al sistema nacional de seguridad pública y a los criterios generales sobre la intervención de las fuerzas de seguridad.

⁴ En algún tiempo esta disposición sirvió de base para que la Suprema Corte de Justicia justificara la existencia de Reglamentos administrativos autónomos, es decir sin fundamento específico en Ley, que detallaban directamente disposiciones constitucionales. Esto se aplicó fundamentalmente en el Distrito Federal hasta la reforma política en la que se le dotó a esta entidad de un órgano legislativo propio.

III. Contexto situacional

No obstante que el presente análisis versa sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), aplicable a las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos, cabe mencionar algunos puntos de contexto que nos permiten entender con mayor claridad la importancia que tienen los criterios vertidos, los que podrán tomar mucho mayor sentido si se contextualizan con las motivaciones que han originado los cambios en el texto constitucional.

Como tal el sistema de seguridad pública surge hasta el año 1994 con la creación de la Coordinación de Seguridad Pública de la Nación, que fue creado por decreto presidencial como un mecanismo de respuesta al crecimiento exponencial de la delincuencia. En el mismo año esta decisión se llevó a nivel constitucional a través de la creación del sistema nacional de seguridad pública, esto dentro de la reforma constitucional integral que se hizo al poder judicial por iniciativa del Presidente de la República entrante.

A partir de entonces se acuñó como un tema de competencia constitucional la regulación del sistema nacional de seguridad pública, definiendo como una premisa indispensable el que la facultad sería concurrente entre la Federación, Estados y Municipios. Hay que tener presente que este tipo de facultades son una excepción en nuestro sistema federal y sólo se aplica este régimen para aquellas materias de especial trascendencia en las que se implica una particular necesidad de coordinación entre las autoridades del país. Es evidente que la demanda de atención a la seguridad pública, que hasta entonces era una facultad de la Federación y de los Estados, cada uno en el propio ámbito de su competencia, requería que este sistema tuviera una base constitucional.

Desde entonces la problemática de seguridad no ha hecho sino crecer, por lo cual lo que simplemente fue una mención a la existencia de un sistema de seguridad pública, se tradujo en la necesidad de definir con puntualidad el esquema que debería seguir este sistema y sus principios de actuación.

No está de más anticipar que uno de los principales debates que surgieron alrededor de esta constitucionalización del sistema de seguridad pública, fue el tema de la posible incorporación de las fuerzas armadas en la actuación del sistema, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales que restringen la actuación de las autoridades militares en las tareas de seguridad pública. Este debate, que se resolvió en la acción de inconstitucionalidad 1/96,

la cual planteó esta problemática, es sin duda que es una de las cuestiones de mayor relevancia en el análisis de la jurisprudencia aplicable a este artículo en materia de derechos humanos. Cabe hacer la aclaración, tanto en este caso como en los que se cite jurisprudencia de la SCJN, que la misma se puede ver modificada o incluso derogada en razón del mandato constitucional que obliga a realizar una interpretación conforme y aplicar el principio *pro persona*.

De entonces a la fecha la problemática de seguridad se ha agudizado y eso ha propiciado el ensanchamiento constitucional de la regulación en materia de seguridad. Sin embargo la presión social no sólo ha impulsado el fortalecimiento del sistema en su esquema operativo, buscando hacerlo cada vez más funcional, sino que ha propiciado el reconocimiento de los derechos humanos como uno de los principios que lo deben encuadrar. En ese sentido uno de los datos más notables de la modificación constitucional en el 2008, fue la de incorporar a los *derechos humanos*, como uno de los principios de actuación de las autoridades en la materia, quedando redactado de la siguiente manera: "... 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".

Cabe señalar que este principio requiere de un proceso de aplicación, tanto legislativa como administrativa, proceso que aún no se ha realizado, para que el mandato constitucional sea realmente normativo.

IV. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Partiendo del mandato constitucional de realizar una interpretación conforme y de aplicar el principio *pro persona* cuando se apliquen normas de derechos humanos, es fundamental que el juzgador tenga presente, junto con las normas sustantivas aplicables, cuál es la interpretación respecto de esta norma. En el caso del artículo 21 que nos ocupa, éste se refiere al derecho a la seguridad pública, que es uno de los componentes del derecho a la seguridad que contempla la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en los artículos 4 y 5 en relación con los artículo 1 y 2, que señalan que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y integridad física, psíquica y moral, esto en relación con el deber de los Estados de respetar estos derechos y de llevar a cabo las acciones tanto legislativas, como de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este sentido, para poder estar en posibilidad de cumplir con este imperativo constitucional al momento de realizar una interpretación por parte de los operadores judiciales, estos deben atender a cuatro criterios, a saber: al texto constitucional, a las normas de la CADH, a la interpretación de la SCJN y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Cabe hacer una aclaración importante, y es el hecho de que los parámetros para la integración de la jurisprudencia es diferente en la SCJN y en la Corte IDH, ya que en el caso de la primera existe el principio de reiteración para la conformación de un principio jurisprudencial, y así se deben distinguir las tesis aisladas de la jurisprudencia en sentido estricto, en el caso de la Corte IDH la jurisprudencia se forma de manera uniforme con cada una de sus resoluciones. Advertimos que en el presente análisis no haremos tales distinciones, buscando con ello enfatizar más los aspectos de contenido que los de forma, tomando en cuenta, además, que si bien las tesis aisladas de la SCJN no tienen fuerza obligatoria, constituyen cada vez más criterios orientadores. En ese sentido omitiremos distinguir entre tesis aisladas y jurisprudencia y de manera indistinta nos referiremos a la jurisprudencia, en sentido general.

Con el objeto de presentar de una manera esquemática los puntos más relevantes sobre derechos humanos, que se contienen en este cuadrante, dividiremos el análisis en cinco apartados fundamentales:

- a) La función y el derecho a la seguridad pública.
- b) Órganos competentes de intervenir en las acciones de seguridad pública.
- c) El uso de la fuerza.
- d) La intervención de los particulares en la seguridad pública.
- e) Principios y funciones dentro de la función de seguridad pública.

1. La función y el derecho a la seguridad pública

Lo primero que puede destacarse en la jurisprudencia de la SCJN y de la Corte IDH es el reconocimiento que se hace de la seguridad pública como un derecho humano y no solamente como una función a cargo del Estado. Esto supone como consecuencia que no puede haber contraposición entre las acciones de seguridad y el respeto a los derechos humanos.

En el caso de la SCJN podemos citar la siguiente resolución del año 2000:

SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así

como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.⁵

⁵ Tesis P./J. 35/2000. SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 557. Registro No. 192083.

En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH debe añadirse además el concepto de seguridad ciudadana, con el que se da pleno sentido al contenido de este derecho y se refuerza la relación esencial que existe entre seguridad y derechos humanos.⁶

Un aspecto importante a subrayar es el referente al alcance de las obligaciones que asumen los Estados en materia de seguridad pública, los cuales son aplicables en cualquier circunstancia y no se extinguen cuando las circunstancias se tornan difíciles o cuando las medidas que se requieren sean de carácter extraordinario, es importante remarcar que en todos estos casos las obligaciones en materia de seguridad persisten y las limitantes derivadas de la ley y del respeto a los derechos y libertades no se modifican. Dicho de otra forma la regulación en materia de seguridad pública no tiene un tratamiento excepcional desde la perspectiva de derechos humanos. Esto se expresa en el siguiente párrafo de *Zambrano Vélez y otros vs Ecuador*:⁷

96. La Corte observa que la amenaza "delincuencial", "subversiva" o "terrorista" invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.

Es importante recalcar esta perspectiva que se encuentra en varias de las sentencias de la Corte IDH, ya que en ellas se subraya el verdadero sentido que tiene esta función de seguridad pública y que es la de salvaguardar, de manera integral, el derecho a la seguridad de todos. Una perspectiva distinta es la que origina equivocaciones al interpretar esto como un derecho de carácter excepcional. Al respecto puede citarse *Cantoral Benavides vs Perú*:⁸

(...) La Corte Interamericana ha advertido que la circunstancia de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona. Específicamente, la Corte ha señalado

⁶ Para profundizar en el análisis de este concepto de *seguridad ciudadana* se recomienda: OEA-CIDH, OEA/Ser.L/V/II DOC 57 *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 31 de Diciembre de 2009.

⁷ Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 96.

⁸ Corte IDH. Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. párr. 96.

que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (...) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.

Con esta interpretación la Corte obliga a los Estados a utilizar la regulación aplicable a los Estados de Excepción como la vía para la restricción al ejercicio de derechos y no a las acciones en materia de seguridad. Con esto se pretende evitar que se configuren situaciones de excepción *de facto* con el nombre de seguridad pública.

2. Órganos competentes de intervenir en las acciones de seguridad pública

Un tema importante en materia de seguridad pública es el referente a las autoridades que debe intervenir en las acciones concretas que conlleva preservar la seguridad pública. De él se han derivado importantes tesis de jurisprudencia tanto en la SCJN, como de la Corte IDH. En el caso de las resoluciones emitidas por la SCJN la problemática ha estado centrada en dos puntos fundamentales: por un lado la distribución de competencias según los principios del federalismo mexicano y por otro, los límites a la intervención de las fuerzas militares. Es en este último punto donde la interpretación de la Corte IDH ha sido más recurrente, tomando en cuenta los movimientos de militarización que ha habido en el continente durante las últimas décadas del siglo pasado y el inicio del presente.

Respecto a lo primero, es decir la distribución de facultades dentro de la Constitución, se establece el principio de concurrencia, entre la Federación, los Estados y los Municipios, al tenor de los criterios que se incluyen por ejemplo en la siguiente tesis:

SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENTE EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. *El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, los cuales deben coordinarse, en los términos señalados por la ley, para fijar un sistema nacional de seguridad pública. Por su parte, el artículo 73, fracción XXIII, constitucional, prevé la facultad del Congreso de la Unión para establecer las bases de dicha coordinación en una ley general, de donde deriva que aquélla debe entenderse no sólo en referencia al ámbito administrativo, sino también*

*al legislativo. Así, el Congreso de la Unión puede coordinar legislativamente mediante una ley general en la que se distribuyan las facultades competenciales de los distintos niveles de gobierno, por ende, la seguridad pública constituye una materia concurrente inserta en el contexto del federalismo cooperativo, en la que existe la obligación constitucional para todas las instancias de gobierno de coordinar esfuerzos para la consecución del fin común de combate a la delincuencia, bajo una ley general expedida por el Congreso de la Unión.*⁹

En cuanto a lo segundo, es decir a qué autoridades les compete intervenir en la seguridad pública, hay que comenzar por advertir que en la Constitución no se señala nada al respecto, ya que el artículo 21 simplemente establece que deberá atenderse por todas las autoridades conforme a la distribución de competencias. El propio artículo hace mención al papel que le corresponde a la policía y al ministerio público en las tareas de investigación. Sobre lo que no hay una definición es sobre la posible intervención de las fuerzas armadas y su delimitación, por ello se tiene que hacer una interpretación sistemática acudiendo a otras disposiciones constitucionales (art. 89, 129) a la interpretación de la SCJN y a las disposiciones de la normatividad interamericana.

A este respecto debe tenerse muy presente la definición que se tomó a partir de la Acción de Inconstitucionalidad 1/96, que se interpuso a raíz de la expedición de la primera ley reglamentaria del artículo 21 constitucional.

En dicha resolución de carácter constitucional se establecen los límites de la intervención de las fuerzas militares en las acciones de seguridad, considerándolas –bajo estos límites– constitucionales.

Por un lado la resolución de la Corte considera que no es inconstitucional que las autoridades militares participen en el Consejo Nacional de Seguridad Pública:

SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACION DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PUBLICA, NO VIOLA EL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.– La Interpretación gramatical y causal teleológica de la adición del artículo 21 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, en cuanto

⁹ Tesis P. IX/2009. SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENT EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXIX. Abril de 2009; pag. 1296. Registro IUS 167365.

dispone la coordinación de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en un Sistema Nacional de Seguridad Pública, lleva a la conclusión de que el precepto no excluye a ninguna autoridad que, de acuerdo con sus atribuciones, tenga alguna relación con ella y que su propósito es lograr una eficiente coordinación entre todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, para lograr dicha seguridad pública en todas sus dimensiones, entre ellas, enfrentar con mayor capacidad la delincuencia organizada. El Consejo Nacional de Seguridad Pública es una instancia consultiva que no usurpa facultades constitucionales, ni legales, de ninguna autoridad; por ello, no existe razón para considerar como violatoria del numeral 21 de la Ley Fundamental, la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, como lo ordenan las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 1995, tomando en consideración, además, que las Leyes Orgánicas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y de la Armada, señalan, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública, por lo que la participación en el referido Consejo de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, que dirigen esos cuerpos, se justifica, puesto que aun cuando no tenga funciones ejecutivas, se tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública.¹⁰

Este criterio sin embargo no define cuál debe ser la actuación específica de las fuerzas armadas, ni cuáles son sus limitaciones. En la misma acción de inconstitucionalidad, se aborda este punto específico:

EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA. SU PARTICIPACION EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACION DEL ARTICULO 129 DE LA CONSTITUCION).– La interpretación histórica, armónica y lógica del artículo 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las auto-

¹⁰ Tesis P/J. 39/2000. **SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACION DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PUBLICA, NO VIOLA EL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.** *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo III, Abril de 2000, pág.: 470, REGISTRO IUS 192 079.

ridades competentes y la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Pública de los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, quienes por disposición de los artículos 29, fracción I, y 30, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tienen a su mando al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no atenta contra el numeral señalado del Código Supremo. Además, la fracción VI del artículo 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior. Por estas razones, no es indispensable la declaratoria de suspensión de garantías individuales, prevista para situaciones extremas en el artículo 29 constitucional, para que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea intervengan, ya que la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones que no justifiquen el estado de emergencia, pero que ante el peligro de que se agudicen, sea necesario disponer de la fuerza con que cuenta el Estado mexicano sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables.¹¹

La participación en *auxilio, de forma complementaria*, como se subraya en este punto debe entenderse además limitado por el respeto a los derechos constitucionales de debido proceso, de legalidad y de seguridad jurídica.

EJÉRCITO, FUERZA AEREA Y ARMADA. LA DETERMINACION DE CUALES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMATICO DE LA CONSTITUCION Y, POR LO MISMO, LA COMPRENSION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PUBLICA, CONFORME AL REGIMEN JURIDICO VIGENTE.- Para determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar el instituto armado, integrado por esos cuerpos, es preciso atender al estudio sistemático de la Constitución en la que destacan las garantías individuales consagradas en el Título Primero y, en especial, la garantía de legalidad prevista en el artículo 16, en cuanto a que no puede molestar a las personas sino por autoridad competente; de lo que se sigue que toda autoridad, especialmente tratándose de seguridad pública, tiene dos claras limitaciones, a saber: no vulnerar dichas garantías y no rebasar las atribuciones que las leyes le confieren. Dentro de este marco es preciso que la solución de ese problema se haga conforme a la aplicación del derecho y su estricto acatamiento, que deben respaldar todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, encontrando una fórmula equilibrada que suponga necesariamente la

¹¹ Tesis P/J. 38/2000, EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA. SU PARTICIPACION EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACION DEL ARTICULO 129 DE LA CONSTITUCION). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril 2000, página: 549. Registro IUS 192080.

existencia y eficacia de mecanismos de defensa en favor de los gobernados, para así prevenir y remediar todo tipo de abuso por parte de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, o en la extralimitación en éste, en particular, cuando ello sucede en el delicado campo de la seguridad pública interior.¹²

Este punto resulta muy relevante ya que si bien la interpretación que ha seguido la SCJN en México justifica la participación de las fuerzas militares en la materia de seguridad pública, esto no significa de ninguna manera el crear un régimen de excepción, sino que estas autoridades deben actuar con las limitaciones con las que se desempeñan las demás autoridades de seguridad pública. Con esto se muestra los criterios fundamentales en materia de intervención de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública.

Este es uno de los puntos precisamente donde la jurisprudencia de la Corte IDH parece separarse definitivamente de lo señalado por el tribunal mexicano. La Corte IDH ha sido categórica en recomendar la limitación de las actividades de seguridad pública a las autoridades civiles o policiales y excluir a las militares. Al respecto pueden citarse los siguientes párrafos del *Caso Cabrera Montiel vs México*:¹³

86. Al respecto, la Corte considera que, en algunos contextos y circunstancias, la alta presencia militar acompañada de intervención de las Fuerzas Armadas en actividades de seguridad pública, puede implicar la introducción de un riesgo para los derechos humanos. Así, por ejemplo, organismos internacionales que han analizado las implicaciones de permitir que cuerpos militares realicen funciones de policía judicial, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, han manifestado su preocupación por el hecho de que los militares ejerzan funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio de civiles, y han indicado que "[l]as funciones de la policía judicial deberían estar exclusivamente a cargo de una entidad civil. [...] De esta forma se respetaría la independencia de las investigaciones y se mejoraría mucho el acceso a la justicia por parte de las víctimas y testigos de violaciones de derechos humanos, cuyas denuncias suelen

¹² Tesis. P/J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AEREA Y ARMADA. LA DETERMINACION DE CUALES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMATICO DE LA CONSTITUCION Y, POR LO MISMO, LA COMPRESION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PUBLICA, CONFORME AL REGIMEN JURIDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril de 2000, pág. 550. Registro IUS 192084.

¹³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

ser investigadas actualmente por las mismas instituciones a las que acusan de perpetrar esas violaciones".

87. De otra parte, esta Corte ya ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción". Así, el Tribunal ha enfatizado en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común.

88. Tal como ha señalado este Tribunal, los Estados deben limitar al máximo el uso de las Fuerzas Armadas para el control de la criminalidad común o violencia interna, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar un objetivo legítimo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo a cargo de las autoridades internas.

89. La Corte considera que la posibilidad de otorgar a las Fuerzas Armadas funciones dirigidas a la restricción de la libertad personal de civiles, además de atender a los requisitos de estricta proporcionalidad en la restricción de un derecho, debe responder, a su vez, a criterios estrictos de excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, teniendo en cuenta, como ha sido señalado (supra párrs. 86 y 87), que el régimen propio de las fuerzas militares al cual difícilmente pueden sustraerse sus miembros, no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles.

Como puede observarse se trata de una elaboración detallada, fruto del análisis de las circunstancias del caso, pero en el que se define con claridad que diversas circunstancias, de la única alternativa que deja abierta la Corte para una posible intervención de las fuerzas militares en las funciones de seguridad pública, es una intervención que la cual se debe desarrollar siempre de manera limitativa y excepcional.

Tratando de resolver la presente discrepancia debe advertirse que en realidad lo que sucede en México es que esta intervención al no estar expresamente regulada y ante la generalidad de los principios constitucionales, la decisión final de la intervención de las fuerzas armadas y de sus limitaciones en tiempo y circunstancias queda a discreción de las autoridades admi-

nistrativas superiores, es decir del Presidente de la República como Jefe de las Fuerzas Armadas y a los propios mandos militares. Por lo anterior es muy factible que se configure en una determinación que permitiera la intervención genérica o indefinida de las fuerzas armadas y con dicha decisión se produzca una violación a los derechos humanos.

Siguiendo la línea de argumentación de la propia Corte IDH, debería concluirse en la necesidad que existe de regular con precisión sobre lo que ha de significar la intervención excepcional y limitada de las autoridades militares en materia de seguridad pública y los controles legales y ciudadanos a los que debe quedar sujeta esta decisión.

3. El uso de la fuerza

Uno de los temas más controvertidos relacionados con el derecho a la seguridad pública es el del uso de la fuerza. Hay que comenzar por recordar que en la doctrina de los derechos humanos la utilización de la fuerza en las acciones de seguridad está legitimada y de ninguna manera existe prohibición para que se haga uso de ella en determinadas circunstancias y bajo principios particulares. En el caso de la Constitución mexicana esto no se encuentra expresamente regulado, sin embargo debe entenderse como parte de la prohibición que se contiene en el artículo 22 respecto a los tratos crueles inhumanos o degradantes. Sin embargo sí existen algunos precedentes importantes en las resoluciones de la SCJN al respecto. Uno de ellos es el referente a la resolución 3/2006 que emitió en el caso de *San Salvador Atenco*, que aunque no se trata de una resolución vertida en un procedimiento de índole jurisdiccional, en dicho caso la Corte mexicana analizó de manera amplia la utilización de la fuerza conforme al ordenamiento interno.

Cabe hacer la aclaración de que esta resolución se dictó en el marco de la llamada facultad de investigación que correspondía a la SCJN en ese momento, conforme al artículo 97 y que posteriormente fue derogada y transferida a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Dicha facultad no tenía la naturaleza jurisdiccional y sus efectos resultaban declarativos.

Sin embargo se trata de una resolución de gran contenido ya que partiendo de los principios constitucionales que deben regir a las autoridades de seguridad pública, hace un análisis sobre los principios de racionalidad, proporcionalidad y necesidad en el uso de la fuerza y sobre los momentos en que esta decisión se toma y se ejecuta. La conclusión a la que llegó la Suprema Corte en este caso fue la de considerar que las autoridades en este caso violaron flagrantemente los derechos humanos de las personas involucradas en los hechos.¹⁴

¹⁴ Para mayor abundamiento de este caso puede recurrirse a la versión oficial sobre la sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia en la que se aprobó dicho dictamen (Sesión Pública No. 22 del 12 de febrero de 2009). Es de llamar la atención que en la discusión del pleno los Ministros vincularon los principios de actuación aplicables a las

En cuanto a la Corte IDH el tema ha sido estudiado en diversas ocasiones, como parte de una historia donde las intervenciones militares se convirtieron en verdaderos regímenes de Estado, lo que conllevó una normalización del uso de la fuerza.

Una de las resoluciones en las que con más amplitud se trata la cuestión del uso de la fuerza es en el *Caso Zambrano y otros vs Ecuador*:¹⁵

83. Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad:

El uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida.

El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos

fuerzas de seguridad pública con la necesidad de regular y establecer principios para la utilización del uso de la fuerza, como sucede en el resumen del caso que expuso el Presidente de la Corte en su intervención final: *El Pleno ha llegado al final de un muy importante proceso deliberativo y de una muy trascendente determinación, ha sido verdaderamente profunda la tarea reflexiva que hemos llevado a cabo, porque desde la admisión del asunto comprendimos la seriedad y relevancia de la investigación y de nuestra decisión; sobre todo, avizoramos la oportunidad de valorar los hechos pasados con la mirada puesta en el futuro, para dar utilidad práctica a nuestra facultad de investigación, desde el inicio de esta deliberación el lunes pasado insistí en traer a la mesa las razones y propósitos que tuvimos al determinar el ejercicio de esta facultad de investigación.*

Primero. – Cerciarnos de la verdad documentada, asegurarnos de que tanto los afectados como la sociedad y los propios órganos del Estado, cuenten con elementos veraces para tomar las decisiones políticas, administrativas, civiles y penales y para hacer las valoraciones que a cada uno les correspondan. Segundo. Para contar con criterios ciertos para el uso de la fuerza pública, porque dijimos servirían como parámetros y referentes para pronunciarnos sobre la existencia o no de violaciones graves de las garantías individuales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que algunos de los hechos ocurridos en los poblados de Texcoco y San Salvador Atenco, en el Estado de México, en 2006, constituyen violaciones graves a las garantías individuales, motivada esta decisión por los datos que aporta la investigación y con fundamento en las disposiciones que rigen a la fuerza pública en México, particularmente el artículo 21 constitucional, a partir de su interpretación directa.

Considero que hemos establecido referentes y criterios que deben de ser útiles para la autoridad y también para la sociedad, no se trata de una sentencia ni de una determinación obligatoria que resulte vinculante para ninguna instancia pública, tampoco pretende explicar la forma de hacer una intervención de policía, son más bien criterios y orientaciones desde y para el Estado mexicano y que cada órgano puede asumir de acuerdo a sus propias competencias y responsabilidades. Los Poderes Legislativos, el Federal y los Estatales, tienen la potestad de normar el ejercicio de la fuerza pública y la forma en que las corporaciones deben relacionarse entre sí y con la sociedad a la que deben proteger y respetar, los Poderes Ejecutivo, Federal, Estatales y Municipales, deben adoptar medidas administrativas y políticas públicas para que los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, tengan vida práctica y un resultado benéfico y útil para nuestro Estado democrático y de derecho, los Poderes Judiciales y Estatales, habremos de interiorizar estos criterios en sentencias y en la jurisprudencia porque constituyen parte esencial de las garantías fundamentales de los habitantes de nuestra nación, todo este trabajo institucional que nos ha llevado meses de dedicación a la Comisión Investigadora y al señor ministro ponente, intensas horas de debate a este honorable Pleno; todo este trabajo institucional no tiene por objeto desalentar el uso de la fuerza pública so pretexto de temores de quienes deban tomar esas difíciles decisiones.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. *supra* nota 7.

y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras.

Existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza

La legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma.

87. Planificación del uso de la fuerza - Capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales.

Una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la cuestión de si debería recurrirse al uso de armas de fuego y en qué circunstancias, debe decidirse sobre la base de disposiciones legales claras y entrenamiento adecuado. Es imprescindible que los agentes del Estado conozcan las disposiciones legales que permiten el uso de las armas de fuego y que tengan el entrenamiento adecuado para que en el evento en que deban decidir acerca de su uso posean los elementos de juicio para hacerlo.

Control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza

La prohibición general a los agentes del Estado de privar de la vida arbitrariamente sería ineficaz si no existieran procedimientos para verificar la legalidad del uso letal de la fuerza ejercida por agentes estatales. La Corte ha entendido que la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, contiene la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Esta obligación general se ve especialmente acentuada en casos de uso de la fuerza

letal. Una vez que se tenga conocimiento de que sus agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, el Estado está obligado a iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva. Esta obligación constituye un elemento fundamental y condicionante para la protección del derecho a la vida que se ve anulado en esas situaciones.

La Corte observa que la amenaza "delincuencia", "subversiva" o "terrorista" invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción. Las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.

En conclusión, determinado el uso ilegítimo de la fuerza en el operativo realizado el 6 de marzo de 1993 por las Fuerzas Armadas ecuatorianas en el barrio Batallón de la Ciudad de Guayaquil; la falta de una explicación satisfactoria y convincente por parte del Estado acerca de la justificación del uso letal de la fuerza con armas de fuego; y el incumplimiento de la obligación de garantizar efectivamente el derecho a la vida por la vía de una investigación de lo ocurrido, la Corte considera que las presuntas víctimas fueron ejecutadas extrajudicialmente por agentes.

Como puede observarse en el presente caso la razón por la que la Corte IDH condenó a la República del Ecuador no fue por el uso de la fuerza sino por haberla utilizado de manera ilegítima, es decir fuera de los principios que la misma refiere en su resolución y por lo tanto considera que en la actuación del Estado se configura una violación contra el derecho a la vida.

4. La intervención de los particulares en la seguridad pública

Otra de las temáticas que se relaciona en esta materia y sobre la que existe jurisprudencia vertida, tanto por la Suprema Corte Mexicana como por la Corte IDH, es la relativa a la participación de los particulares en la función de seguridad pública. Al respecto cabe señalar que si bien la interpretación es consistente en señalar que se trata de una función pública esto no obsta para que, de acuerdo con una supervisión estricta del propio Estado, los particulares puedan participar en una necesaria coadyuvancia. Bajo este principio se entiende también la

obligación que tiene el Estado de evitar que se formen grupos de seguridad privada –para-militares por ejemplo– que lleven a cabo funciones de seguridad de facto.

La siguiente tesis de la SCJN confirma que la seguridad privada forma parte del sistema de seguridad pública:

SERVICIOS DE SEGURIDAD PRESTADOS POR EMPRESAS PRIVADAS. SON PARTE DEL SISTEMA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y, POR TANTO, PARA LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA LEGISLAR RESPECTO DE AQUÉLLAS DEBE ESTARSE A LA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN.

La seguridad pública, entendida como la actividad dirigida a la protección de las personas y de los bienes, así como al mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano, incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad: custodia del bien jurídico así definido. De esta manera, los servicios de seguridad prestados por empresas privadas junto con las instituciones de seguridad pública, forman parte de un sistema de seguridad pública que funciona por la colaboración entre éstas y aquéllas, las cuales, sin subsumirse en las funciones del Estado, coadyuvan con él. En este contexto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no distingue entre la actividad de seguridad pública y la de seguridad privada, sino sólo hace diferencias respecto del sujeto que presta el servicio. En efecto, el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso i), constitucional, confiere a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la facultad de legislar sobre los servicios de seguridad prestados por empresas privadas, sin referirse a la seguridad privada. Así pues, los servicios de seguridad prestados por el Estado o por particulares son dos expresiones de una misma actividad y, por tanto, en la distribución de competencias para legislar respecto de empresas de servicios de seguridad privada debe estarse a la ley general expedida por el Congreso de la Unión, en términos de los artículos 21 y 73, fracción XXIII, de la Ley Suprema.¹⁶

Reiteramos nuestra visión de que, no obstante se trata de una resolución que se refiere a la distribución de competencias, en ella se sienta con claridad el criterio de que los servicios de

¹⁶ Tesis P. X/2009. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. México, Tomo XXIX, abril de 2000. p. 1299. Registro IUS 167 360.

seguridad privada son parte del sistema de seguridad nacional o integral y que deben ser regulados por el Estado.

A este respecto y como un fenómeno que se ha experimentado especialmente en nuestra región en momentos de especiales dificultades en materia de seguridad es el surgimiento de grupos de particulares que se toman atribuciones propias del Estado y desempeñan acciones de seguridad pública y de combate a las organizaciones criminales. Cuando esto se da se generan especiales obligaciones para el Estado dirigidas a evitarlas e impedir su operación. Un Estado no puede condescender con ellas y tolerarlas, ya que con su acción extralegal se generan situaciones de grave riesgo para los derechos humanos. Un caso paradigmático en este tema es el *Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia*:¹⁷

78. Este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas. Además, ha declarado la responsabilidad de Colombia por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares. Asimismo, en varias oportunidades la Corte ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública.

(...)

82. En cuanto al contexto normativo, la Corte recuerda que, al haberse producido en enero de 1989, los hechos de este caso se enmarcan en el contexto analizado por este Tribunal en el caso 19 Comerciantes, cuyos hechos acaecieron en octubre de 1987. Esta Corte se pronunció sobre la responsabilidad de Colombia por haber emitido, en el marco de la lucha contra grupos guerrilleros, una normativa legal a través de la cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilita-

¹⁷ Corte IDH. *Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008 Serie C No. 175.

res. Dicho marco legal se encontraba vigente en la época de la masacre de La Rochela. El Estado otorgaba a los miembros de tales grupos permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico.

83. Asimismo, diversas investigaciones judiciales realizadas denotan la relación existente entre grupos paramilitares y miembros de la fuerza pública en la época de los hechos del presente caso. Además, en su informe sobre la visita que realizó a Colombia en octubre de 1989, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias señaló que:

84. Desde "la década de los ochenta del siglo XX, principalmente a partir de 1985, se hace notorio que muchos `grupos de autodefensa´ cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados 'paramilitares'". Sin embargo, no fue sino hasta enero de 1988 que el Estado empieza a adoptar medidas. La emisión del Decreto 0180 de 27 de enero de 1988, que tipificó algunas conductas como delitos, es la norma que diferencia el presente caso del caso 19 Comerciantes.

86. Fue tres meses después de ocurridos los hechos del presente caso que Colombia emitió el Decreto 815, mediante el cual se suspendió la vigencia del mencionado parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398, teniendo en cuenta la interpretación que "algunos sectores de la opinión pública" habían hecho en el sentido de tomar las referidas normas de 1965 y 1968, como "una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes".

87. De esta forma, fue después de la masacre de La Rochela que el Estado dejó sin efecto el marco legal que había dado fundamento a la creación de tales grupos de civiles armados.

Resulta especialmente relevante el análisis que realiza la Corte ya que en el se vincula directamente la obligación del Estado por hacer prevalecer las condiciones de seguridad pública con evitar las violaciones a derechos humanos que surjan por parte de grupos de particulares organizados, ya sea en cuerpos de delincuencia organizada o bien a través de corporativos de seguridad.

5. Otros criterios sobre principios y funciones dentro de la función de seguridad pública

Dentro de este último rubro a analizar encontramos dos puntos específicos en los que se han vertido resoluciones por parte de los tribunales mexicanos e internacionales. Primeramente

esta el derecho al acceso a la información en materia de seguridad pública, que aunque es materia de otro dispositivo constitucional (art. 6o.) tiene una especial relevancia en esta materia. Al respecto puede citarse la resolución del *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*¹⁸ en la que se subraya la obligación que tiene el Estado de salvaguardar este derecho:

106. A criterio de este Tribunal, el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso. Alegar ante un requerimiento judicial, como el aquí analizado, la falta de prueba sobre la existencia de cierta información, sin haber indicado, al menos, cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho. Cabe destacar que el Primer Juzgado Federal ordenó a la Unión el 30 de junio de 2003 la entrega de los documentos en un plazo de 120 días, pese a lo cual pasaron seis años, en los que la Unión interpuso varios recursos, hasta que la misma se hizo efectiva lo que resultó en la indefensión de los familiares de las víctimas y afectó su derecho de recibir información, así como su derecho a conocer la verdad de lo ocurrido.

El otro aspecto a mencionar es el referente a la facultad de imponer sanciones que le corresponde a la autoridad administrativa y sobre lo que la SCJN ha emitido resoluciones justificando que las autoridades administrativas puedan dictar una sanción de arresto no obstante que el artículo constitucional señala que será conmutable por multa:

ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. El citado precepto reglamentario que prevé el arresto

¹⁸ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

como única sanción por incurrir en los supuestos a que se refieren los artículos 99 y 100 del Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal, estableciendo un mínimo de 20 horas y un máximo de 36 como límites para la imposición de dicha sanción, otorgándole el carácter de inmutable, no viola el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala: "pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas", toda vez que se ajusta a lo dispuesto en el indicado precepto constitucional, en el sentido de otorgar a la autoridad administrativa la facultad de sancionar la infracción de alguna disposición del Reglamento mencionado, concretamente la circunstancia de que una persona conduzca un vehículo en estado de ebriedad o bajo la influencia de algún psicotrópico, en los grados ahí establecidos. Esto es, como el artículo 21 constitucional permite a la autoridad valorar la gravedad de la infracción y, en esa medida, imponer como sanción una multa o, en su caso, un arresto que no exceda de 36 horas, es evidente que el primer párrafo del artículo 102 del Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal cumple cabalmente con el espíritu del referido precepto constitucional, pues la imposición de esa sanción supone el ejercicio por parte de la autoridad administrativa de la facultad de optar por la multa o por el arresto, como lo dispone el artículo 21 constitucional. Además, la circunstancia de que el citado artículo 102 otorgue el carácter de inmutable a la sanción de arresto ahí prevista no conlleva una violación al referido precepto constitucional, merced a que, en primer lugar, la última parte del primer párrafo del artículo 21 constitucional no supone un derecho de opción a favor del infractor, sino la facultad de la autoridad administrativa de conmutar la multa por el arresto, con la finalidad de que no quede sin sanción la infracción cometida al Reglamento respectivo; y, en segundo, la autoridad administrativa puede calificar la gravedad de la infracción para determinar la sanción pertinente.¹⁹

Contradicción de tesis 98/2007-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Décimo Quinto, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 20 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Delgado Durán. Tesis de jurisprudencia 117/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinte de junio de dos mil siete.

¹⁹ Tesis 2a./J. 117/2007, ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, julio de 2007, página 277. Registro IUS 172103.

V. Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte IDH y de la SCJN relacionada con la seguridad pública, como puede advertirse, es consistente en reconocer la seguridad pública como un derecho humano fundamental, que implica obligaciones muy específicas para las autoridades.

En este sentido la evolución de esta jurisprudencia ha adquirido cada vez más realce tomando en cuenta las demandas crecientes de seguridad ante el incremento de la violencia y de las diferentes formas que está ha adoptado en la actual sociedad globalizada.

En este contexto un punto relevante es lograr la armonización con un sistema de seguridad cada vez más eficaz y contundente y, por otro, con un pleno respeto de los derechos humanos, bajo la premisa de que no existe verdadera seguridad que se finque en una violación, aunque sea solamente por la tolerancia de las autoridades, a los derechos humanos.

Quedan muchos puntos sobre los que debe seguir avanzando el análisis jurisprudencial, tanto en México como en el sistema interamericano, particularmente en aspectos en los que un sistema de seguridad debe apoyarse y operar, deben reforzarse en nuestra opinión los principios sobre los que debe articularse este sistema, algunos de los cuales son, por ejemplo: el acceso a la información sobre la situación de inseguridad, la obligación de generar políticas públicas de prevención, la obligación de transparentar el ejercicio del gasto en la materia, etc. De alguna manera el concepto de seguridad ciudadana, al que nos hemos referido, que se ha generado al interior del sistema interamericano, responde a estas exigencias.

1. Criterios Nacionales

- Tesis P./J. 35/2000. SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; Tomo XI, Abril de 2000; Pág. 557. Registro No. 192083.
- Tesis P. IX/2009. SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENTE EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXIX. Abril de 2009; pag. 1296. Registro IUS 167365.
- Tesis P./J. 39/2000. SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACION DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PUBLICA, NO VIOLA EL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo III, Abril de 2000, pág.: 470, REGISTRO IUS 192079.
- Tesis P./J. 38/2000, EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AEREA. SU PARTICIPACION EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACION DEL ARTICULO 129 DE LA CONSTITUCION). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XI, Abril 2000, página: 549. Registro IUS 192080.
- Tesis. P./J. 34/2000. EJÉRCITO, FUERZA AEREA Y ARMADA. LA DETERMINACION DE CUALES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMATICO DE LA CONSTITUCION Y, POR LO MISMO, LA COMPRESION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PUBLICA, CONFORME AL REGIMEN JURIDICO VIGENTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, México, Tomo XI, Abril de 2000, pág. 550. Regsitro IUS192084.
- Tesis 2a./J. 117/2007, ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Tomo XXVI, julio de 2007, página 277. Registro IUS 172103.

2. Criterios Internacionales

- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008 Serie C No. 175.
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Pena de muerte
y ejecuciones
extrajudiciales

Graciela RODRÍGUEZ MANZO*

* Profesora de la Cátedra de Derechos Fundamentales en la Escuela Libre de Derecho y Directora de Litiga, Organización de Litigio Estratégico de Derechos Humanos, A. C. (Litiga OLE).

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Pena de Muerte*. III. *Ejecuciones Extrajudiciales*.

PALABRAS CLAVE: Pena de Muerte; Ejecuciones Extrajudiciales; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I. Consideraciones preliminares

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

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 que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

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

a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.

b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.

c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.

d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.

III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

El artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") vigente señala, en términos generales, cuáles son las penas proscritas en el orden jurídico mexicano. En ese sentido, prevé, por un lado, la prohibición de las penas de muerte, mutilación, infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquier otra pena que sea inusitada y trascendental, señalando al mismo tiempo, la necesidad de que las mismas sean proporcionales al delito que se cometa y al bien jurídico que se afecte.

En ese orden, delimita el contenido de lo que debe entenderse por confiscación de bienes, excluyendo de dicho tipo de pena, a la confiscación que se lleve a cabo para el pago de multas o impuestos o bien, del monto por concepto de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito que sea declarada por autoridad judicial. Asimismo, excluye de la confiscación de bienes al decomiso ordenado por autoridad judicial en caso de enriquecimiento

ilícito, a la aplicación de bienes asegurados y abandonados a favor del Estado y, a la extinción de dominio de bienes, declarada por sentencia. Finalmente, establece las bases y características que debe reunir el procedimiento de extinción de dominio, así como las causales de procedencia y los recursos a disposición de las personas afectadas para demostrar la procedencia lícita de sus bienes.

Como puede notarse, son diversas las cuestiones reguladas por este artículo, por lo que es preciso señalar desde ya, que el presente comentario se enfocará en el estudio específico de una sola de las penas que el mismo prohíbe, esto es, la pena de muerte.

Lo anterior, en razón de que tratándose de los tipos de penas restantes, podría concluirse que se encuentran íntimamente relacionados con la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes,¹ o bien, con el derecho a la propiedad privada; temas todos éstos que tendrían que ser abarcados, en todo caso, en los comentarios relativos a los artículos constitucionales enfocados principalmente en la regulación de estos derechos.

Ahora bien, resulta necesario advertir también desde este momento, que el presente comentario realizará, asimismo, un estudio relativo al tema de la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales que ha tenido un amplio desarrollo en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, no obstante que la referencia a este tema no se encuentre expresamente prevista en la redacción del artículo constitucional que se comenta.

La justificación para ello se encuentra principalmente en tres razones: 1. las ejecuciones extrajudiciales constituyen la otra cara de la pena de muerte, en tanto que son llevadas a cabo sin orden judicial de por medio, a diferencia de la pena de muerte que es impuesta por sentencia judicial y después de un proceso que asegure todas las garantías judiciales; 2. ambas comprometen o se encuentran relacionadas con el derecho a la vida, por lo que su desarrollo jurisprudencial se encuentra precisamente en el desarrollo de los alcances y límites de

¹ A esa conclusión puede arribarse, si se toman en cuenta las definiciones jurisprudenciales que el Poder Judicial de la Federación ha dado respecto de las penas inusitadas, infamantes y trascendentales. En ese sentido, por pena inusitada "...debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad"; por pena infamante "...aquella que se impone para deshonrar o degradar al responsable"; y, por pena trascendental aquella que puede "...afectar de modo legal y directo a terceros extraños no inculcados." Sobre el particular, véanse Tesis: P/J. 127/2001 (9a.), PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIV, Octubre de 2001; p. 15. Reg. IUS.188542; Tesis: II. 1o. 122 P (8a.), PENAS INFAMANTES. INUSITADAS Y TRASCENDENTES. LOS ARTÍCULOS 235, 239 Y 241 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, NO ESTABLECEN, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIV, Agosto de 1994; p. 643. Reg. IUS. 210884; Tesis: 1a./J. 29/2002 (9a.), PENAS TRASCENDENTES. CONCEPTO DE ELLAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Mayo de 2002, p. 17. Reg. IUS. 186895.

este derecho y 3. conforme al mandato del artículo 1 constitucional, el derecho a la vida, su contenido y alcances, debe interpretarse a la luz de los contenidos constitucionales e internacionales, lo que implica acudir a los tratados internacionales de los México forme parte que prevean el derecho a la vida, así como a la doctrina jurisprudencial internacional que sobre dicho derecho haya sido desarrollada, misma que incluye tanto la prohibición de la pena de muerte como de las ejecuciones extrajudiciales.

Hechas las anteriores aclaraciones demos paso, pues, al estudio del desarrollo de la pena de muerte en México.

II. Pena de muerte

El artículo 22 de la CPEUM ha sido reformado en cinco ocasiones desde 1917, aunque respecto a la pena de muerte sólo en una ocasión por la que quedó definitivamente abolida. Así, la redacción original de dicho artículo preveía lo siguiente:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos y multas.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, el plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Como puede observarse, en México la aplicación de la pena de muerte siempre fue limitada. Así, desde el origen quedó prohibida en materia de delitos políticos y su imposición sólo se previó para los delitos de traición a la patria en guerra extranjera, de parricidio, de homicidio con alevosía, premeditación y ventaja y para las personas incendiarias, plagiarias, salteadoras de caminos, piratas y que hayan cometido delitos graves del orden militar.

Con este texto vigente y los alcances en su aplicación, el Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención

Americana") el 24 de marzo de 1981 y con ello, se comprometió a respetar y garantizar la aplicación de la pena de muerte, en los términos en que se encuentra redactada en el artículo 4 de la Convención Americana, a saber:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Del artículo transcrito puede advertirse que la regulación convencional de la pena de muerte marca una clara tendencia abolicionista que se desprende de la prohibición de restablecerla en caso de ya haber sido abolida, de la limitación en su aplicación y del señalamiento expreso de la obligación de los Estados de permitir su conmutación, amnistía o indulto. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") en su jurisprudencia, especialmente en la opinión consultiva OC-03/83, en la que consideró que el texto del artículo 4 de la CADH revela una tendencia limitativa inequívoca tanto en la imposición como en la aplicación de la misma y, si bien no la prohíbe

tajantemente, ni resulta incompatible² *per se* con la Convención Americana, ésta adopta una posición progresiva, tendiente a su supresión final, de tal forma que cuando un Estado decide abolirla, esta decisión se convierte en definitiva e irrevocable³. Inclusive ha establecido expresamente que las disposiciones convencionales sobre la pena de muerte deben interpretarse conforme al principio *pro persona*⁴ que, en este caso, al restringir el derecho a la vida, implica llevar a cabo la interpretación más restringida en relación a su aplicación hasta alcanzar su supresión final.

Tratándose de los Estados parte que no han abolido la pena de muerte aún, la Corte Interamericana encuentra tres grupos de limitaciones para su imposición y aplicación. Primero, se encuentra sujeta al

...cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital.⁵

De esta forma, los Estados parte adquieren las siguientes obligaciones en la materia:

- Su aplicación sólo en relación con los delitos más graves y en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente, de conformidad con una ley previa que contemple dicha pena.
- Prohibición de extenderla a delitos para los cuales no estuviera prevista antes de adherirse a la CADH.
- Prohibición de restablecerla en caso de haber sido ya abolida.
- Prohibición de aplicarla en relación con delitos políticos y delitos comunes conexos con aquéllos.

² Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 47.

³ Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 52 y 56-57.

⁴ Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*..., *supra* nota 2, párr. 49.

⁵ *Ibid.*, párr. 55.

- Prohibición de aplicarla a menores de 18 años y mayores de setenta, así como a mujeres embarazadas.
- Prever la posibilidad de solicitar amnistía, indulto o conmutación de la pena en todo caso y la prohibición de aplicar la pena de muerte, en tanto dichas solicitudes estén pendientes de decisión por parte de la autoridad que resulte competente.

Ahora bien, algunas de las consecuencias del incumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados parte en la Convención Americana que actualizarían su responsabilidad internacional, también han sido desarrolladas ampliamente por la propia Corte Interamericana. En ese sentido, si no se aplicara exclusivamente a los delitos más graves, o aplicándose sólo respecto de éstos, no se considerara el grado de culpabilidad, la participación de la persona inculpada, ni las circunstancias particulares del delito, se estaría frente a una privación arbitraria de la vida en términos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Esto es, frente a una pena de muerte legal, pero arbitraria.⁶

Ello, independientemente de que si la ley de la materia en el Estado parte previera la imposición de la pena de muerte a rajatabla, sin hacer este tipo de distinciones, conllevaría a la violación *per se* del artículo 2 de la CADH que establece la obligación por parte de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno acordes con los estándares de la misma y de suprimir aquellas vigentes que sean contrarios a ella.⁷ Esto es, la sola existencia de una ley como la que se describe sería violatoria del artículo 2 convencional, independientemente de su aplicación concreta.⁸

En relación con las garantías del debido proceso previas a la imposición y aplicación de la pena de muerte, la Corte Interamericana también ha establecido importantes criterios. En la opinión consultiva 16/99,⁹ solicitada por México justamente para determinar las garantías judiciales mínimas y el debido proceso a observarse en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a

⁶ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 57.

⁷ Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados...*, *supra* nota 2, párrs. 58 y 68.

⁸ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 117; y Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 4.

⁹ La solicitud de esta opinión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de México tuvo como antecedente las gestiones bilaterales que realizó en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, y habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América.

comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad, dicho tribunal determinó que de la tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte que se percibe en el artículo 4 de la Convención Americana y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hasta su supresión final, se desprende "...el principio internacionalmente reconocido de que los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar, sin excepción, el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales en estos casos...".¹⁰

En ese sentido, "...si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana".¹¹ Y "...siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales...".¹² De lo contrario, se estaría en presencia de una privación arbitraria de la vida.¹³

Finalmente, en cuanto a la obligación de los Estados parte de prever en su orden jurídico interno, la posibilidad de que las personas a quienes se les ha impuesto la pena de muerte soliciten amnistía, indulto o conmutación de la pena, la Corte Interamericana ha considerado que su contravención viola el *corpus iuris* internacional y las obligaciones generales de respeto y garantía, así como la relativa a adoptar disposiciones de derecho interno acordes a la CADH.¹⁴

Es así como, de la jurisprudencia interamericana en materia de imposición y aplicación de la pena de muerte se desprenden ciertas líneas generales que los Estados parte en la Convención Americana deben observar. La primera y punto de partida del resto de las interpretaciones, se refiere al reconocimiento de la tendencia limitativa con miras a la supresión definitiva que se desprende del texto del artículo 4 de la CADH. De ahí, que las prohibiciones de extenderla a otros delitos no previstos o bien, a restablecerla una vez abolida sean consideradas absolutas. De dicha tendencia también, se desprende que la falta de respeto y garantía del

¹⁰ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 134-135.

¹¹ *Ibid.*, párr. 135.

¹² *Ibid.*, párr. 136.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 109; y Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párrs. 83-90.

debido proceso durante los juicios que culminen en su imposición, así como la no definición detallada de las circunstancias y modalidades de su aplicación, siempre dentro del marco de delitos de mayor gravedad, sean consideradas motivo suficiente para equiparar la pena de muerte a una privación arbitraria de la vida, inclusive siendo legal. Finalmente, derivada de dicha tendencia abolicionista también, es que la no previsión en el orden jurídico interno de medidas como la amnistía, el indulto o la conmutación de penas es considerada una violación del corpus iuris internacional.

Ahora bien, como puede advertirse, en el caso mexicano, la regulación interna de la pena de muerte vigente en México hasta finales de 2005, se ajustaba, en términos generales, a lo previsto por la Convención Americana, toda vez que de los artículos 14 y 22 de la CPEUM se desprendía que la misma estaba prevista para delitos graves, que tenía que ser decretada por sentencia ejecutoriada de tribunal competente y en cumplimiento de una ley que la estableciera con antelación; y que estaba prohibida su aplicación respecto de derechos políticos.

Así, las nuevas obligaciones adquiridas por México al adherirse a la Convención Americana consistieron en prohibir la extensión de su aplicación para delitos conexos con los políticos y a otros, respecto de los cuales no estuviera ya prevista; en detallar las circunstancias y modalidades en las que podía ser aplicada en el marco de la comisión de delitos graves; en prohibir expresamente su aplicación a mujeres embarazadas, menores de 18 y mayores de setenta años; y, finalmente, en contemplar expresamente la posibilidad de su conmutación, amnistía o indulto.

No obstante lo anterior, dentro del Estado mexicano desde mucho antes de adherirse a la CADH, se percibía una clara tendencia abolicionista de la pena de muerte que se hizo patente en la abolición que paulatinamente tuvo lugar en los códigos penales de diversas entidades federativas.¹⁵ Pero quizá también influyó la situación de los mexicanos condenados a pena de muerte en diversos estados de la Unión Americana que dieron pie a que el Estado mexicano emprendiera una estrategia de defensa legal ante instancias internacionales. Ya se hacía mención con anterioridad, al impulso que México dio a la solicitud de opinión consultiva OC-16/99, cuyo objetivo principal fue justamente que la Corte Interamericana reconociera a la asistencia consular como un derecho humano que debe ser respetado y garantizado como parte de las garantías judiciales a ser observadas en un proceso que culmine con la imposición y aplicación de la pena de muerte.

¹⁵ Sobre el particular, véase Islas De González Mariscal, O. "La pena de muerte en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, Año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, p. 909.

Dicha Opinión Consultiva sirvió, posteriormente, de base argumentativa para la defensa del Estado mexicano en la controversia que instauró contra los Estados Unidos de América (en adelante EUA) ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el *Caso Avena* en enero de 2003, por violaciones del derecho de información sobre asistencia consular de 52 mexicanos condenados a la pena de muerte en los EUA. El resultado fue la confirmación por parte de la CIJ de la existencia del derecho de toda persona detenida a ser informada, sin demora, sobre su derecho a la asistencia consular y la determinación de responsabilidad internacional de los EUA por incumplir sus obligaciones internacionales respecto del derecho a la asistencia consular, en los casos de los mexicanos condenados a muerte. Asimismo, ordenó a los EUA, llevar a cabo una revisión judicial tanto del grado de culpabilidad como de la imposición de la pena de muerte, tomando en consideración el peso que tuvo la falta de notificación consular, en la decisión final de las cortes estatales.¹⁶

Hacia 2005, la pena de muerte sólo quedaba vigente en el código castrense y respecto de delitos graves que atentaran contra la seguridad nacional o el orden militar. Sin embargo, no se aplicaba. Desde los años setenta, el Presidente de la República conmutaba la pena por prisión de 20 años. No es claro cuándo fue que se aplicó por última vez en el fuero militar, pues los datos existentes establecen que fue entre 1957 y 1961.¹⁷ Con este panorama, la pena de muerte quedó definitivamente derogada y fue sustituida por pena de prisión de 30 a 60 años, con la reforma al Código de Justicia Militar publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de julio de 2005.

Un mes antes de dicha publicación, en el Congreso de la Unión ya se discutía la idoneidad de abolir la pena de muerte desde la Constitución. Entre las consideraciones a favor de la abolición de la pena de muerte señaladas en el Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión sobre el "Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 14 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"¹⁸ se encuentran las de tipo histórico, social e internacional.

En ese sentido, como argumento histórico a favor de su abolición, nuevamente se alaba la tendencia a desaparecerla, palpable en su nula aplicación durante los 43 años anteriores, y en su derogación en materia penal y militar. Desde el punto de vista social, se insistía en que estudios sociológicos y criminológicos demostraban que la imposición de la pena de muer-

¹⁶ ICJ. *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Summary of the judgement of 31st. March 2004.

¹⁷ Islas De González Mariscal..., *op. cit.*, p. 912-913.

¹⁸ Gaceta Parlamentaria, año VIII, número 1782, jueves 23 de junio de 2005.

te, no reducía la comisión de delitos y en que la única forma de reducir la tasa de criminalidad era atendiendo a sus causas, así como también en el hecho de que la imposición y aplicación de dicha pena contrariaba el principio de readaptación social que tiene su base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, pues eliminaba a la persona antes de readaptarla, vulnerando con ello el artículo 18 constitucional. Finalmente, se argumentó que la abolición de la pena de muerte era un tema pendiente en el ámbito de los derechos humanos; que en el ámbito internacional existía una tendencia abolicionista y que, consecuentemente, la legislación mexicana debía estar acorde con la protección internacional de los derechos humanos.

Meses después, el 9 de diciembre de 2005, la pena de muerte quedó abolida definitivamente en México, al derogarse, por una parte, el cuarto párrafo del entonces vigente artículo 22 constitucional e incluirse en su párrafo primero, como una más de las penas prohibidas, conforme a la redacción transcrita al principio del presente comentario; y, por la otra, al reformarse el segundo párrafo del artículo 14 constitucional para excluir a la vida como bien constitucional susceptible de ser privado a las personas "...mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Prohibida constitucionalmente, el Estado Mexicano se adhirió al Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, el 28 de agosto de 2007, reafirmando con ello su compromiso de no aplicar la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción y a no restablecerla nunca más.¹⁹

II. Ejecuciones extrajudiciales

Como se adelantó al principio del presente comentario, la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales es la otra cara que compromete el derecho a la vida. Un amplio desarrollo jurisprudencial sobre la prohibición de esta práctica ha tenido lugar en sede interamericana y parte, específicamente, de la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana que, como se recordará, establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹⁹ OEA. *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*. Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990. Entró en vigor el 28 de agosto de 1991.

Pues bien, sobre el contenido del derecho a la vida en relación al tema de ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana lo ha considerado como el presupuesto del goce de todos los demás derechos, pues si no se respeta, los demás derechos carecen de todo sentido.²⁰ Comprende el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, así como el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna, sin importar que las personas estén privadas de la libertad, pues el Estado se encuentra respecto de ellas en una situación especial de garante.²¹ Es así como puede advertirse que la protección interamericana primordial del derecho a la vida busca evitar su privación arbitraria, así como garantizar condiciones de vida dignas.

En relación con el tema de las ejecuciones extrajudiciales, el enfoque de protección del derecho a la vida que interesa es el primeramente mencionado, esto es, evitar la privación de la vida de forma arbitraria. En ese sentido, es importante resaltar que la prohibición de la práctica las ejecuciones extrajudiciales es incluso considerada una norma de *ius cogens*.²² Así, como obligaciones correlativas específicas del derecho a la vida a cargo de los Estados parte, se encuentran tanto la de no privar de la vida a una persona de forma arbitraria, como la de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, por lo que en esta última tarea se ve involucrado no sólo el Poder Legislativo de los Estados, sino toda institución estatal, incluidas especialmente, las que tienen encomendado el resguardo de la seguridad, es decir, sus fuerzas de policía y sus fuerzas armadas.²³

Y dentro de las medidas que los Estados parte deben adoptar, para garantizar el derecho a la vida de las personas, se encuentra justamente la de prevenir las ejecuciones extrajudiciales²⁴ que son consideradas privaciones ilegales de la vida, toda vez que se entienden como homicidios dolosos perpetrados o consentidos "...por personas cuya ilegítima actuación se apo-

²⁰ Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153. Ello no quiere decir que se trate de un derecho absoluto, pues admite restricciones como la pena de muerte bajo ciertos supuestos. Sobre el particular véase sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 147/2007. Ejecutoria: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421, Reg. IUS. 21469.

²¹ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; y Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 171.

²² Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 96; y Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128.

²³ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 153.

²⁴ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. . . , *supra* nota 23; y Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. . . , *supra* nota 20, párr. 154.

ya, de manera inmediata o mediata, en las potestades del Estado".²⁵ Así, no se equiparará a una ejecución extrajudicial a aquella privación de la vida que se lleve a cabo en legítima defensa, en combate dentro de un conflicto armado o bien, en uso racional, necesario y proporcional de la fuerza por aquellas personas encargadas de hacer cumplir la ley.

Respecto del uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad de los Estados, la Corte Interamericana ha sido muy enfática en que éstos deben vigilar especialmente que aquéllos respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Para ello, resulta necesario que el uso de la fuerza sea excepcional, planeado y limitado por las autoridades. Es decir, sólo puede hacerse uso de la fuerza cuando se hayan agotado y fracasado los demás medios de control. Tratándose del uso de armas de fuego contra las personas, éste debe estar prohibido por regla general y su uso excepcional deberá estar previsto en ley, ser interpretado restrictivamente y ser racional, necesario, humano y proporcional a la fuerza o amenaza que pretende enfrentar.²⁶

No obstante lo anterior, resulta importante resaltar que las ejecuciones extrajudiciales no solamente pueden ser cometidas por agentes del Estado para ser consideradas como tales. En realidad, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado ampliamente las situaciones en las que incluso habiendo sido cometidas por particulares, terminan por comprometer la responsabilidad internacional de los Estados. Este tema se encuentra estrechamente ligado a la obligación general de garantía a cargo de los Estados prevista en el artículo 1.1 dela Convención Americana. En ese sentido, la Corte Interamericana desde los primeros casos en la materia, ha señalado como contenido del derecho a la vida también, la obligación a cargo de los Estados de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones a ese derecho y especialmente, impedir que sus agentes atenten contra el mismo, pues la privación arbitraria de la vida por parte de éstos es de suma gravedad.²⁷

De esta forma, los Estados responden por los actos de sus agentes, realizados al amparo de su carácter oficial, por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno²⁸ y

²⁵ Al respecto véase *Consideraciones sobre la investigación y el juzgamiento de conductas punibles constitutivas de graves violaciones de los derechos humanos o de crímenes de guerra*. OACNUDH, 2005-09-14. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=75&cat=24> (21 de julio de 2012).

²⁶ Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 49; Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador...*, *supra* nota 22, párrs. 81, 83-84, 86 y 88; y Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 66-68 y 75.

²⁷ Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala...*, *supra* nota 21, párrs. 144-145; Corte IDH. *Caso Myrna Mack vs. Guatemala...*, *supra* nota 23, párr. 153; y Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Panigua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 174.

²⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 108.

...también por actos cometidos por particulares, ya que tienen las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las disposiciones de la CADH en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones se proyectan más allá de las relaciones de sus agentes con particulares y van a relaciones entre particulares también. La responsabilidad del Estado por actos de particulares puede darse cuando por acción u omisión sus agentes no cumplen con las obligaciones erga omnes del 1.1 y 2.²⁹

Sin embargo, es importante aclarar que el Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos cometida entre particulares, sino que también depende del conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato y de las posibilidades razonables de prevenir o evitar el riesgo.³⁰

En consecuencia, a partir de la obligación de garantía a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar aquellas privaciones ilegales de la vida, por lo que si los agentes estatales practicaron ejecuciones extrajudiciales directamente, toleraron su práctica por parte de particulares, o bien no previnieron que dicha práctica se llevara a cabo por su parte o por particulares, comprometen en todo caso la responsabilidad internacional del Estado.³¹

La jurisprudencia de la Corte Interamericana hace especial énfasis en la obligación de investigar las ejecuciones extrajudiciales, pues ha considerado que la ausencia de una investigación seria puede tener como intención encubrir a los responsables.³² Así, ha sido contundente al señalar que

...en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de

²⁹ *Ibid.*, párr. 111.

³⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143.

³¹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 98; Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*... *supra* nota 27, párr. 91.

³² Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 42.

los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.³³

En el desarrollo de la investigación, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación.³⁴

Ahora bien, el papel de las víctimas y familiares durante el proceso de investigación y trámite judicial debe ser activo, esto es, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación. No obstante, la investigación debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.³⁵ En ese sentido, si los hechos no son investigados con seriedad, se entenderían tolerados por parte del poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Y al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar efectivamente, en su caso, a los responsables, el Estado viola sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Con-

³³ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia...*, *supra* nota 30, párr. 143.

³⁴ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 119.

³⁵ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán...*, *supra* nota 28, párr. 219; y Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...*, *supra* nota 30, párr. 144.

vención Americana a la presunta víctima y sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.³⁶ Así, la falta de investigación y sanción de los responsables genera impunidad y con ella, los Estados incumplen con su obligación de prevenir que los hechos se repitan en el futuro y no garantizan a las víctimas y familiares protección alguna contra dichos actos.

Finalmente, adquiere especial relevancia el hecho de que la práctica de ejecuciones extrajudiciales se derive de un patrón reiterado y sistemático impulsado o tolerado por parte de los Estados, pues en ese contexto, la exigencia en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía y, en consecuencia, de las de prevención, investigación y sanción de las personas que resulten responsables, así como la obligación de reparar a las víctimas y sus familiares es mucho mayor.³⁷ Ello, independientemente de que la mera existencia del patrón sea totalmente contraria a las obligaciones de respeto y garantía del derecho a la vida.³⁸

³⁶ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán...*, *supra* nota 28, párr. 238; Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri...*, *supra* nota 22, párr. 130; Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala...*, *supra* nota 23, párr. 156; y Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...*, *supra* nota 30, párrs. 145-146.

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello...*, *supra* nota 30, párr. 139.

³⁸ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala...*, *supra* nota 23, párr. 154.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Acción de Inconstitucionalidad 147/2007. Ejecutoria: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421, Reg. IUS. 21469.
- Tesis: P./J. 127/2001 (9a.), PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XIV, Octubre de 2001; p. 15. Reg. IUS.188542.
- Tesis: II. 1o. 122 P (8a.), PENAS INFAMANTES. INUSITADAS Y TRASCENDENTES. LOS ARTÍCULOS 235, 239 Y 241 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, NO ESTABLECEN, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIV, Agosto de 1994; p. 643. Reg. IUS. 210884.
- Tesis: 1a./J. 29/2002 (9a.), PENAS TRASCENDENTES. CONCEPTO DE ELLAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Mayo de 2002, p. 17. Reg. IUS. 186895.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
- Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
- Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Corte IDH. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152.
- Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- Corte IDH. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204.
- Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

- Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
- Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.
- Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.
- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- ICJ. *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Summary of the judgement of 31st. March 2004.

El principio *ne bis in
idem* a la luz de la
jurisprudencia de la
Suprema Corte de Justicia
de la Nación y de la
Corte Interamericana de
Derechos Humanos*

Isabel MONTROYA RAMOS**

* El presente artículo fue publicado por primera vez, con el nombre "El principio ne bis in idem en la jurisprudencia interamericana" en la revista *Criminogénesis* No. 10, sobre "Criminologías especializadas: signo de los nuevos tiempos" en junio de 2013.

** Maestra en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Universidad de Ginebra, Suiza y Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. La autora agradece los valiosos comentarios de Carlos Uriel Salas Segovia, pasante de la Licenciatura en Derecho.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los juicios criminales no deben tener más de tres instancias. III. La práctica de absolver de la instancia. IV. El principio *ne bis in idem* y la institución de la cosa juzgada. V. La aplicación del principio *ne bis in idem* en relación a sentencias dictadas por tribunales extranjeros. VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: *Ne bis in idem*; Cosa juzgada; Suprema Corte de Justicia de la Nación; *ius puniendi*; *non reformatio in peius*; principio *pro persona*; cosa juzgada fraudulenta; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos; Corte Penal Internacional; *aut dedere aut judicare*.

I. Introducción

El artículo 23 constitucional es una de las piedras angulares del procedimiento penal mexicano ya que engloba los principios de seguridad jurídica necesarios en cualquier Estado de derecho y pone fin a los juicios criminales. Para realizar el presente análisis, dicho precepto se dividirá en tres partes que exponen cuestiones distintas, pero que se encuentran estrechamente relacionadas, a saber: el derecho a que los juicios no tengan más de tres instancias; la prohibición de absolver de la instancia y el principio *ne bis in idem*. Igualmente, se expondrá cómo aplica dicho principio cuando se trata de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Debido a la relevancia del principio de seguridad jurídica *ne bis in idem* y a su estrecha relación con la institución de la cosa juzgada, el presente comentario versará principalmente sobre ambas figuras. Para estudiarlas, primeramente se describirá la manera en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o Corte) las ha interpretado. Posteriormente, se analizará la regulación que existe en el derecho internacional sobre estas figuras. Una vez obtenidos los marcos teóricos de los dos ámbitos, se realizará un análisis comparativo que busca determinar si la regulación del principio *ne bis in idem* en el derecho doméstico se encuentra acorde con el derecho internacional. A través de dicho análisis también se estudiarán algunas cuestiones que podrían ser problemáticas respecto de la regulación de dicho principio. Por último, se presentarán las conclusiones del presente trabajo.

II. Los juicios criminales no deben tener más de tres instancias

La función principal de la primer parte del artículo 23 constitucional es limitar la duración de los juicios penales ya que no podría existir una impartición de justicia eficaz, justa y expedita si los juicios se prolongaran indefinidamente. Esto es particularmente importante en los procesos penales, porque son determinantes en la vida del ser humano pues su libertad, honra y patrimonio pueden ser limitados o perjudicados por el *ius puniendi* del Estado.

El precepto claramente indica que en los juicios *criminales* no habrá más de tres instancias. Por "instancia" se entiende "el conjunto de actos procesales comprendidos a partir del ejercicio de una acción en juicio y la contestación que se produzca hasta dictarse sentencia definitiva".¹ De esta manera, en el proceso penal mexicano la primera instancia termina con la sentencia, la segunda está constituida por la apelación y la tercera por el amparo, aunque algunos autores aluden a la problemática derivada de la clasificación del juicio de amparo como una tercera instancia o como un juicio autónomo.²

III. La práctica de absolver de la instancia

El artículo 23 constitucional evita que el individuo sea juzgado a través de la práctica de absolver de la instancia. Esta figura se daba cuando el juez no tenía datos suficientes para juzgar, por lo que absolvía al inculpado, pero dicha resolución no alcanzaba el estado de cosa juzgada ya que solamente terminaba con esa etapa del procedimiento. Por lo tanto, si posteriormente existían mejores elementos para juzgar, se podía intentar una nueva acusación, lo cual atentaba en contra de la seguridad jurídica que el principio *ne bis in idem* otorga. Actualmente, esta figura se encuentra prohibida pues los jueces tienen la obligación de dictar sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, y terminar con los procedimientos penales.

IV. El principio *ne bis in idem* y la institución de la cosa juzgada

1. Regulación en el ámbito interno

Ne bis in idem es un principio de seguridad y de certeza jurídica que señala que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. La SCJN ha elaborado de manera clara el

¹ Barajas Montes de Oca, Santiago, "Instancia", *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, UNAM / Porrúa, 2004, t. IV, p. 563

² Véase García Ramírez, Sergio, "Artículo 23", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18a. ed., México, UNAM/Porrúa, t.I, 2004, p. 419; Carbonell, Miguel, *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM/Porrúa/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007, p. 211.

contenido y los alcances del este principio procesal. Así, para el máximo tribunal, el principio textualmente significa "no dos veces por la misma cosa", por lo tanto si un sujeto ha sido sentenciado "mediante una resolución que ha causado estado, no puede ser encausado nuevamente en un proceso en el que se le juzgue por los hechos respecto de los cuales ya fue discernido si era o no responsable".³

Al referirse a este principio, la Corte ha indicado que

las sentencias firmes sobre el fondo, no pueden atacarse por un nuevo proceso, de tal manera que el condenado injustamente, queda condenado; en tanto que el absuelto injustamente, queda absuelto. Así pues, la pendencia de un proceso obstaculiza otro sobre el mismo objeto ante el mismo y otro tribunal, en razón de que dos procesos sobre un mismo objeto son evidentemente inconvenientes y llevan anexo, además, el peligro de dos resoluciones contradictorias. Este principio puede enunciarse con el lema latino 'non bis in idem', pero se limita normalmente su alcance a la prohibición de un segundo proceso sucesivo, no extendiéndola a la de un segundo proceso simultáneo, por diverso delito.⁴

El principio *ne bis in idem* "también prohíbe que pueda imponerse a una misma conducta una doble penalidad, es decir, prohíbe la recalificación de las conductas, evitando que un mismo hecho se sancione penalmente más de una vez".⁵

Por ejemplo, la Corte ha indicado que el delito contra la salud de posesión de sustancias psicotrópicas no puede recalificarse por el delito de transportación de las mismas. La transportación de estupefacientes no debe considerarse como modalidad autónoma en caso de que quien los transporta sea "su propietario o poseedor originario, pues se estaría recalificando la conducta considerándola desde un ángulo como constitutiva de posesión y, por la otra, de transportación".⁶ De ser así, se estaría violentando el principio *ne bis in idem* que prohíbe la imposición de una doble penalidad por una sola conducta.

³ Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 119/2002-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO EN CONTRA DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Julio de 2004, p. 27. Reg. IUS. 18169.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ejecutoria: 1a./J. 158/2007 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 36/2007-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 68. Reg. IUS. 20660.

⁶ *Ibidem*.

En otro caso, la SCJN indicó que la posesión de cartuchos de uso exclusivo del ejército es un tipo penal autónomo. Sin embargo cuando los cartuchos se encuentran integrados al funcionamiento de un arma de fuego de uso exclusivo del ejército, corresponden a su calibre y no exceden la cantidad necesaria para abastecer su cargador, no se actualiza el delito de posesión de cartuchos ya que el de portación de arma lo engloba.⁷ En caso contrario, se violaría el principio *ne bis in idem* al recalificar la conducta, pues no puede afirmarse que se hubiesen cometido dos conductas distintas.

Por otro lado, en el ámbito procesal, el principio *ne bis in idem* trasciende como "cosa juzgada" ya que para que éste aplique, es necesario que una sentencia sea inimpugnable. En este sentido, la Corte ha indicado que la cosa juzgada está contenida en el artículo 17 de la Constitución, el cual señala que las leyes determinarán los remedios necesarios para la ejecución de las sentencias. Así, dicha figura procesal se encuentra implícita en el precepto, ya que la plena ejecución de las sentencias solamente se logra a través de la cosa juzgada, la cual resulta de un juicio regular en el que se han agotado todas las instancias y que se encuentra completamente terminado.

Para la SCJN, la cosa juzgada es "la autoridad y eficacia adquiridas por una sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y que tiene como atributos la coercibilidad, la inmutabilidad y la definitividad (o irrevisibilidad en otro proceso posterior)".⁸ Esta institución se clasifica en dos: la cosa juzgada formal y material. La primera constituye una expresión de la institución jurídica de la preclusión, al apoyarse en la inimpugnabilidad de la resolución respectiva.⁹ La segunda es la más importante ya que es la que se encuentra contenida en el precepto constitucional. Ésta consiste en que una sentencia produce efectos "no sólo en relación con el proceso en que ha sido emitida, sino también en relación con todo proceso posterior sobre la misma cosa, de manera que una vez juzgado un litigio en definitiva no puede instaurarse un nuevo juicio para discutirlo".¹⁰

En efecto, la cosa juzgada tiene límites subjetivos que afectan principalmente a las personas que intervinieron en el procedimiento. Sin embargo, también produce consecuencias gene-

⁷ Ejecutoria: 1a./J. 55/2007 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2006-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO Y CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO, ACTUAL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL MISMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, México, Tomo XXVI, Agosto de 2007, p. 79. Reg. IUS. 20285.

⁸ Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.)..., *supra* nota 3.

⁹ Ejecutoria: P./J. 96/2008 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2004 Y SU ACUMULADA 12/2004. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA TERCERA LEGISLATURA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL Y PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 564. Reg. IUS. 20570.

¹⁰ Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.)..., *supra* nota 3.

rales al afectar a terceros que no intervinieron en el mismo, ya que por medio de esta figura, la actividad jurisdiccional se desarrolla una sola vez al culminar con una sola sentencia definitiva y firme.

La cosa juzgada es una forma de materializar la seguridad y certeza jurídicas que resultan de un proceso penal que termina en una sentencia firme, que establece, con carácter rígido, la verdad legal del caso concreto".¹¹ Esta institución se funda en la necesidad imperiosa de poner fin a las controversias del orden penal como resultado de la justicia impartida por el Estado.

Es importante tomar en cuenta que existen resoluciones firmes que no adquieren el estado de cosa juzgada ya que pueden ser modificadas cuando cambien las circunstancias que existían al emitirse la decisión. Ejemplos de este tipo de resoluciones son las medidas precautorias o las pronunciadas en interdictos, al igual que las resoluciones firmes en materia de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción y jurisdicción voluntaria, de conformidad con el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por otro lado, para que la cosa juzgada se configure, es necesario que existan ciertos requisitos. Sobre éstos, la Corte ha indicado que la cosa juzgada sólo se configura cuando existe "un pronunciamiento de derecho entre las mismas partes, sobre las mismas acciones, la misma cosa y la misma causa de pedir; por tanto, debe existir identidad de partes, identidad de cosa u objeto materia de los juicios de que se trate, e identidad en la causa de pedir o hecho jurídico generador del derecho que se haga valer".¹² De esta manera, para que la cosa juzgada surta sus efectos en un juicio distinto, es necesario que el juicio anterior haya resuelto el mismo fondo sustancial que se trata de controvertir en el nuevo juicio.

Respecto del ámbito material de la cosa juzgada, anteriormente se indicó que ésta y el principio *ne bis in idem* se encuentran limitados a la materia penal, es decir, protegen en contra del doble enjuiciamiento en diversos juicios del orden penal. Así, es posible juzgar por la vía penal ciertos hechos y paralelamente juzgarlos por la vía civil o laboral.¹³ Sin embargo, la propia Corte ha indicado que la cosa juzgada también aplica en materia administrativa.¹⁴

¹¹ Ejecutoria: P/J. 96/2008 (9a.)..., *supra* nota 9, Considerando 8.

¹² *Ibidem*.

¹³ Reconocimiento de Inocencia 5/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, febrero de 1999 (Registro IUS No. 5445). Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntoID=3665>> (19 de junio de 2013).

¹⁴ Tesis: I.4o.A.749 A (9a.), PRINCIPIO DE COSA JUZGADA MATERIAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON UNA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA DE AMPARO,

La SCJN ha concluido que:

la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que la seguridad jurídica se funda, por lo cual, debe respetarse con todas sus consecuencias jurídicas la verdad legal que deriva de la cosa juzgada, la cual, en su inmutabilidad, eficacia y ejecutabilidad, materializa respecto a quienes fueron parte en el juicio, sus garantías de seguridad y certeza jurídica.¹⁵

Consideramos importante resaltar que en el análisis de la jurisprudencia de la SCJN sobre el principio *ne bis in idem* se notó un cambio importante, pues durante la Quinta, Sexta y Séptima Épocas su postura respecto de los juicios dictados por un tribunal incompetente era que en éstos no operaba el principio en comento, ya que todo lo que un juez incompetente resolviera era considerado nulo por lo que no existía cosa juzgada. En dichos casos, la Corte solía conceder el "amparo para efectos", para que la autoridad responsable dejara insubsistente todo lo actuado, declarara su incompetencia y remitiera los autos a la autoridad competente y ésta repusiera en su totalidad el procedimiento.

Sin embargo, a partir de la Octava Época, la Corte determinó que en los asuntos decididos por jueces incompetentes era incuestionable que existía una violación al derecho de ser juzgado por juez competente. Ante esto, de conformidad con los principios *ne bis in idem* y *non reformatio in peius* se debía conceder el amparo en "forma lisa y llana, pues de otorgársele para que se repusiera el procedimiento y se remitieran los autos al Juez competente para que conociera de la causa, se correría el riesgo de que al quejoso se le juzgara dos veces por el mismo delito e incluso de que las penas que se le llegasen a imponer en el nuevo juicio fueren mayores, lo que no es jurídicamente correcto".¹⁶

De esta manera la SCJN evita que el amparo resulte perjudicial para la persona que lo interpone y evita el dictado de sentencias contradictorias o una sentencia que sea más elevada que la anteriormente dictada, lo cual sería contrario a la intención de proteger que se encuentra implícita en el amparo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Julio de 2011, p. 2160. Reg. IUS. 161515.

¹⁵ Ejecutoria: P./J. 96/2008 (9a.)..., *supra* nota 9.

¹⁶ Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.)..., *supra* nota 3; Véase también la Tesis: 1a./J. 21/2004 (9a), AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE CONCEDE CUANDO EL TRIBUNAL RESPONSABLE QUE EMITE LA SENTENCIA RECLAMADA ES INCOMPETENTE POR RAZÓN DE FUERO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 26. Reg. IUS. 181222.

2. Regulación en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, el principio *ne bis in idem* se encuentra contenido en diversos instrumentos internacionales de los que México es parte. Para los propósitos de este estudio, solamente se analizarán tres tratados internacionales, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Pacto),¹⁷ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)¹⁸ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ER).¹⁹

El Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de la interpretación del Pacto y del monitoreo del cumplimiento de los derechos contenidos en dicho instrumento, ha indicado que el principio *ne bis in idem* "prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito".²⁰ Agrega que este principio "no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio",²¹ lo cual, tal como se expuso anteriormente, para la SCJN sí constituye una violación al principio *ne bis in idem* y al derecho a ser juzgado por un tribunal competente.

El Comité de Derechos Humanos –al igual que la SCJN– determinó que el principio *ne bis in idem* se encuentra limitado a ofensas del orden penal²² y que no opera cuando se trata de investigaciones, ya que solamente se refiere a juzgamientos que terminaron con una sentencia sobre hechos que hayan sido juzgados con anterioridad.²³

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") también ha interpretado y analizado el principio *ne bis in idem*. En este co-

¹⁷ AGONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, art. 14.7.

¹⁸ OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor para México el 24 de marzo de 1981, art. 8.4.

¹⁹ *Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*. Adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (A/CONF.183/9), enmendado por los procèsverbaux 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. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002, art. 20.

²⁰ Comité CCPR. *Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. CCPR/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 54.

²¹ *Ibid.*, párr. 56.

²² Comité CCPR. *Comunicación No. 1001/2001. Gerardus Strick v. los Países Bajos* (CCPR/C/76/D/1001/2001). 1 de noviembre de 2002, párr. 7.3

²³ Comité CCPR. *Comunicación No. 277/1988. Terán Jijón v. Ecuador*. (CCPR/C/44/D/277/1988). 26 de marzo de 1992, párr. 6.4.

mentario se hará alusión, entre otros asuntos, a dos casos paradigmáticos que ocurrieron en Perú en un contexto de conflicto armado no internacional entre el Gobierno y varios grupos armados. En la década de los 90s, los tribunales militares juzgaron a los miembros de grupos armados por el crimen de traición a la patria. Una vez que el fuero militar absolvía al acusado por la comisión de este delito, se remitía el expediente al fuero civil que juzgaba por el crimen de terrorismo.

Bajo este contexto, en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, la señora María Elena Loyza Tamayo fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) por su supuesta membresía en el grupo armado Sendero Luminoso. Al ser absuelta por el delito de traición a la patria por el Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar, su caso fue remitido al fuero civil.

La Corte Interamericana determinó dos distintas violaciones al principio *ne bis in idem*. Primeramente, indicó que era indudable que el tribunal del fuero militar no se había declarado incompetente, tal como argumentaba el Estado peruano, sino que había conocido de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del caso, mismos que valoró hasta llegar a la absolución de la señora Loayza Tamayo. Posteriormente, dicho tribunal, remitió el caso al fuero civil en el que se juzgó a la víctima por el delito de terrorismo, por lo tanto, el Estado violó el artículo 8.4 que contiene el principio *ne bis in idem*.²⁴

La segunda violación de dicho principio se debió a que "[a]mbos decretos-leyes se refer[ían] a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que pudieron ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro".²⁵ A través de dichos decretos, el crimen de traición a la patria y el de terrorismo podían ser fácilmente recalificados pues se basaban en los mismos hechos.

La Corte IDH agregó que "el principio *ne bis in idem* busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos".²⁶ Igualmente, indicó que a diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto, que utiliza la palabra "delito", la CADH utilizaba la expresión "mismos hechos" que es un término que beneficia más a la víctima.²⁷

²⁴ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párrs. 76-77.

²⁵ *Ibid.*, párr. 68.

²⁶ *Ibid.*, párr. 66.

²⁷ *Ibidem*.

De forma muy similar, en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*—que se desarrolló en el mismo contexto del caso expuesto con anterioridad— el señor Luis Alberto Cantoral Benavides fue arrestado por la DINCOTE por ser sospechoso de los delitos de traición a la patria y terrorismo. El señor Cantoral fue absuelto por el delito de traición a la patria por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Sin embargo, éste ordenó la remisión de todas las actuaciones al fuero ordinario para que fuera juzgado por el delito de terrorismo, sin importar que la sentencia que lo absolvía hubiera alcanzado el estado de cosa juzgada ya que había sido confirmada por el mismo consejo. Además, bajo el marco legal de aquellos años, en contra de las sentencias absolutorias dictadas por jueces del fuero militar o del fuero común, no procedía el recurso de revisión.

En este caso, la Comisión Interamericana indicó que bajo el principio *ne bis in idem* un individuo tiene el derecho "a no ser sometido, luego de ser absuelto por una sentencia firme, a un nuevo juicio por los mismos hechos".²⁸ Añadió que el efecto del artículo 8.4 de la CADH es *erga omnes* ya que "impide el enjuiciamiento por los mismos hechos independientemente de la calificación de la figura abstracta que defina la ley".²⁹ Así, en el caso del señor Cantoral Benavides, "lo que fue absuelto como delito de terrorismo en la figura de traición a la patria no puede ser materia de un nuevo proceso por el delito de terrorismo con base en los mismos hechos".³⁰

Por su parte, la Corte Interamericana indicó que el artículo 8.4 regula la situación en la que se realiza un primer juicio que culmina con una sentencia firme. En su análisis, señaló que la falta de independencia e imparcialidad que se da cuando un civil es procesado ante cortes militares impide que se configure el tipo de procedimiento penal al que se refiere dicho precepto, ya que el proceso penal no se lleva a cabo con las debidas formalidades del procedimiento contenidas en el artículo 8.1 de la CADH sobre juez competente, independiente e imparcial.

Ahora bien, la Corte IDH ha analizado la institución de la cosa juzgada desde otras perspectivas. En este sentido, García Ramírez estudió el significado del término "cosa juzgada fraudulenta" utilizado en el caso *Carpio Nicolle y otros Vs Guatemala* y repetido en el caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. En el segundo caso, él indica que la cosa juzgada fraudulenta se refiere a sentencias que fueron dictadas de manera engañosa y que en realidad no pretenden hacer justicia sino simularla. En la "cosa juzgada fraudulenta", el juicio está viciado y por lo tanto no

²⁸ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 107.

²⁹ *Ibid.*, párr. 134.b).

³⁰ *Ibidem*.

existe un auténtico proceso, por lo que la sentencia que éste produce no es genuina. Así, el enjuiciamiento posterior "por los mismos hechos y en contra de las mismas personas no sería un nuevo juicio ni se desatendería el principio *ne bis in idem*".³¹

El mismo autor señala que

...es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podría actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos.³²

En efecto, actualmente se puede poner en duda la calidad absoluta de la cosa juzgada, debido a la estrecha interacción de las cortes nacionales y las internacionales, que en gran medida son activadas por la impunidad que impera en las jurisdicciones domésticas. Un claro ejemplo de esto, es la regulación del principio *ne bis in idem* en el ER, otro referente a nivel internacional de este principio.

El artículo 20 de dicho instrumento internacional contiene la institución de la cosa juzgada, pero su regulación es un tanto especial³³ ya que el principio *ne bis in idem* opera en tres ámbitos: respecto de sentencias dictadas por la propia Corte Penal Internacional (en adelante CPI) ante ella misma; respecto de sentencias emitidas por la CPI que se encuentren ante otro tribunal y respecto de sentencias que se emitieron por otro tribunal que se encuentran ante la CPI.

Así, el ER reconoce que nadie puede ser juzgado por la CPI por conductas que constituyan crímenes de su competencia si la persona ya hubiere sido absuelta o condenada por ésta. El precepto añade que nadie será procesado por cualquier otro tribunal si la CPI ya lo hubiere hecho. Contrariamente, la CPI no procesará a nadie que ya haya sido enjuiciado por otro tribunal por hechos que constituyan crímenes de su competencia, a menos de que el proceso en el otro tribunal se hubiere llevado a cabo para sustraer a la persona de su responsabilidad

³¹ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 21.

³² *Ibid.*, párr.19.

³³ Cryer, Robert, et al., *An introduction to International Criminal Law and Procedure [Introducción al Derecho Penal Internacional y sus Procedimientos]*, 2a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2010, p. 82.

penal, o el juicio no hubiere sido imparcial o independiente o hubiere sido de manera tal que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de llevar a la persona a la acción de la justicia.

3. Análisis comparativo entre el derecho mexicano y el derecho internacional respecto del principio *ne bis in idem*

Con base en la descripción desarrollada con anterioridad, es posible determinar que la regulación del principio *ne bis in idem* es similar en el ámbito doméstico y en el internacional. Sin embargo, es pertinente analizar con más profundidad las cuestiones que se plantean a continuación.

a. *El principio ne bis in idem se refiere a hechos, no a delitos*

El artículo 23 constitucional claramente usa la expresión "mismo delito". En el ámbito internacional, el Pacto utiliza la misma frase; la CADH y en la Corte IDH, como se desprende de los casos analizados, siempre se refieren a los "mismos hechos" y –en una articulación un poco más complicada–, el ER en el artículo 20 se refiere indistintamente a los términos "conductas", "crímenes" y "hechos".

A primera vista, podría parecer que la diferencia de términos no crea problema alguno, pero la utilización incorrecta de los términos podría traer resultados no deseados. Si el juzgador prestare atención al tipo penal o al delito, el resultado sería que un tribunal puede juzgar a un mismo individuo, por los mismos hechos, pero por diferentes delitos o por diferentes tipos penales. Esto minaría gravemente la seguridad jurídica propia de los Estados de Derecho ya que se podría juzgar de manera indefinida ciertos hechos a la luz de diferentes calificaciones legales. Por otro lado, si los jueces analizan si los hechos ya fueron juzgados, aunque la calificación de los mismos encuadre en otro tipo penal, decidirán –correctamente– que no puede hacerlo porque esto es contrario al principio *ne bis in idem*.

Ahora bien, si literalmente el artículo 23 constitucional se refiere a "delitos" y no a "hechos", ¿esto sería motivo para considerar que el sistema jurídico mexicano, en relación con el principio *ne bis in idem*, contradice el derecho internacional analizado? Consideramos que no, ya que la interpretación y aplicación del principio *ne bis in idem* en México cumple con los requerimientos internacionales.

Primeramente, creemos que la interpretación de la ley no se agota en la interpretación literal, sino que es necesario acudir a la interpretación realizada por la SCJN y verificar los orde-

namientos secundarios sobre el tema, tales como el Código Penal Federal (en adelante CPF) y el Código Federal de Procedimientos Penales (en adelante CFPP).

Así, atendiendo a una interpretación literal, pero de algunos ordenamientos secundarios, encontramos que el artículo 118 del CPF indica que "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito". Esta afirmación se matiza en la segunda parte del precepto que se refiere a los "mismos hechos". De manera similar, el CFPP en el artículo 560 sobre el reconocimiento de inocencia, indica que éste se dará, entre otros casos, "cuando el sentenciado hubiese sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos". Al pronunciarse sobre el reconocimiento de inocencia, la SCJN indicó que un sujeto no puede ser "*condenado dos veces por el mismo delito respecto de los mismos hechos*".³⁴

Ahora bien, atendiendo a la interpretación jurisprudencial, a lo largo del análisis del principio *ne bis in idem* presentado con anterioridad, la SCJN se ha referido indistintamente a las frases, "misma cosa", "mismos hechos", "misma base fáctica" y "mismas acciones", por lo que la propia Corte obliga al juzgador a poner atención a los hechos más que a la calificación legal de la conducta.

Al hablar de la recalificación, se ejemplificó con los casos de posesión/transportación de drogas y el de cartuchos de uso exclusivo del ejército, en los que la SCJN claramente analizó los hechos, más que al tipo penal. Estudio si a la "misma base fáctica" se le aplicaría una doble penalidad, y en caso de que así fuera, esto hubiera resultado en la recalificación de los mismos hechos y hubiera producido una violación al principio *ne bis in idem*.

Por otro lado, se ha comentado que de conformidad con la jurisprudencia, para que exista cosa juzgada debe haber "identidad de partes, identidad de cosa u objeto materia de los juicios de que se trate, e identidad en la causa de pedir o hecho jurídico generador del derecho que se haga valer". Así, en el análisis que hagan los tribunales, es imperante estudiar si la misma base fáctica del delito que se alega en un segundo juicio, coincide con la del primero. De esta manera, la obligación de atender a "los mismos hechos" –más que al delito– se encuentra implícita en el tercer requisito para configurar a la cosa juzgada, que es articulado por la SCJN como "la misma causa de pedir o hecho jurídico generador del derecho que se haga valer".

Por lo anterior, consideramos que sin importar la denominación que se encuentre en las leyes, el principio *ne bis in idem* se refiere a "los mismos hechos". La esencia del principio es la

³⁴ Reconocimiento de Inocencia 5/95..., *supra* nota 13 (énfasis de la autora).

protección de un doble enjuiciamiento respecto de los mismos hechos y no respecto de los mismos delitos. Una conclusión contraria traería resultados absurdos en los que la justicia penal no podría funcionar.

De esta manera, aunque el artículo 23 constitucional literalmente se refiera al "mismo delito" más que a los "mismos hechos", con base a la interpretación sistemática de otros ordenamientos legales y a la interpretación realizada por la SCJN, podemos concluir que respecto del principio *ne bis in idem* el sistema jurídico mexicano se encuentra en armonía con el sistema jurídico internacional. Sin embargo, sería deseable la eliminación de la expresión "mismo delito" y tener una descripción literal exacta de lo que busca proteger el principio.

b. Incompetencia y doble enjuiciamiento

Anteriormente se señaló que existe un cambio en la jurisprudencia de la SCJN sobre esta materia, ya que anteriormente, si el tribunal que había dictado la sentencia no era competente, el amparo se dictaba para "efectos" de realizar la reposición del procedimiento por el tribunal competente, ya que se consideraba que todo lo actuado era nulo. Esta decisión contraponía dos cuestiones: por un lado, la necesidad de cumplir con una de las formalidades del procedimiento: el derecho a ser juzgado por un tribunal competente; por otro lado, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. En aquél entonces, la SCJN se inclinó por remediar la violación al derecho de ser juzgado por juez competente, aunque dicha decisión afectara al principio *ne bis in idem*.

Sin embargo, a partir de la Octava Época la SCJN concluyó que no es posible realizar un nuevo juicio en contra de una persona que ya fue juzgada por un tribunal incompetente o de lo contrario se vulneraría el artículo 23 constitucional. Consideramos que este cambio favorece al individuo ya que evita que se le someta a un doble proceso, evitando la angustia y molestias que esto provoca. Así, se permite que la cosa juzgada se configure aunque provenga de un procedimiento que se llevó a cabo por un juez incompetente, siempre y cuando el segundo juicio provoque la transgresión de otros derechos del acusado, como el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito.

Este criterio fue motivado por la doble violación de derechos que ocurría en estos asuntos. En su análisis, la SCJN colocó al individuo en el centro de la cuestión y veló por sus derechos, ya que antiguamente, no solamente se transgredía el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, sino que al momento de reponer el procedimiento, también se transgredía el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. Al pronunciarse a favor del individuo, podemos discernir una argumentación jurídica con base en el principio *pro persona*, mismo que ha sido definido por la SCJN como:

un criterio hermenéutico 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.³⁵

De este modo, la SCJN favorece al individuo ya que evita que se vea afectado por el juicio de amparo que ha interpuesto e impide que tenga que volver a pasar por el proceso penal, que evidentemente afecta su vida y la de sus familiares. Igualmente, evita que —aunque raramente se daría el caso— se llegue al extremo de reabrir un asunto en el que la persona ya esté cumpliendo su condena y vuelva a ser juzgado, al alegar que la cosa juzgada nunca existió. Esto resultaría en una violación al principio *non reformatio in peius* que prohíbe la revisión de un caso en perjuicio del acusado.

Sin embargo, es necesario atender a otras consecuencias que pudieran resultar de este nuevo criterio. Así, surge la siguiente cuestión, ¿qué pasaría si la persona juzgada fue un soldado que cometió un delito en contra de un civil y el juzgamiento se llevó a cabo en el fuero militar con la intención de sustraerlo de la acción de la justicia?

Para resolver el problema, atendamos al artículo 13 constitucional, que claramente indica que "los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda". Por otro lado —y para complicar más el problema— el artículo 57 del Código de Justicia Militar indica que dentro de los delitos del orden militar se incluyen "los del orden común o federal cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo."

Entonces, tenemos a un soldado que de conformidad con el artículo 13 de la Constitución debió haber sido juzgado por un tribunal del fuero civil; pero de conformidad con el artículo 57 del Código de Justicia Militar, el tribunal competente era el del fuero militar. Sobre este problema se pronunció el caso *Rosendo Radilla Vs. Estados Unidos Mexicanos*, al señalar que existe incompatibilidad entre ambos preceptos.³⁶

³⁵ Tesis: I.4o.A.441 A (9a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Octubre de 2004, p. 2385. Reg. IUS. 180294; Tesis: I.4o.A.464 A (9a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, Febrero de 2005, p. 1744. Reg. IUS. 179233.

³⁶ Véase, Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 336-341.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo, en el sistema jurídico mexicano la jurisprudencia es obligatoria, por lo tanto, el nuevo criterio que estableció la SCJN en la Octava Época sobre la violación del principio *ne bis in idem* en los procesos llevados ante jueces incompetentes,³⁷ aplicaría al caso hipotético que planteamos en este estudio. Sin embargo, es preciso que se cumpla con lo establecido por la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos y con los criterios sentados por la Corte IDH en sus sentencias; por lo tanto, tendría que estudiarse si el uso de la jurisdicción militar es legal. Sobre este respecto, en el caso *Radilla Pacheco*, la Corte IDH indicó que:

en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.³⁸

En el mismo caso se consideró que el fuero militar no es el apropiado para conocer de violaciones de derechos humanos, ya que se ven afectados diversos derechos como: el derecho al juez natural, al juez competente, independiente e imparcial y el derecho de acceder a la justicia.³⁹

También indicó que cuando un Estado es parte de la CADH, es preciso que armonice su derecho interno a las disposiciones del tratado internacional. Aún más, es necesario que las prácticas estatales conlleven una verdadera observancia de los derechos y libertades contenidos en dicha convención.⁴⁰ Por lo tanto, es indispensable que "la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestaciones del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención":⁴¹ la homologación del derecho interno con el contenido de la CADH.

El caso *Radilla Pacheco* también indicó que "las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en

³⁷ Véase *supra*, nota al pie 3 y 16.

³⁸ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco*..., *supra* nota 37, párr. 271; véase Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215 y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

³⁹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco*..., *supra* nota 37, párr. 272.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 337.

⁴¹ *Ibidem*.

México, se [deben adecuar] a los principios establecidos en la jurisprudencia⁴² de la Corte IDH. En atención a esto, la SCJN indicó que la interpretación del artículo 13 de la Constitución debía ser realizada en concordancia con el artículo 2 de la CADH y debía ser coherente con los principios constitucionales del debido proceso y del acceso a la justicia.⁴³

Aunado a esto, el caso *Radilla Pacheco* ordena al Estado mexicano la aplicación de un control de convencionalidad, al señalar que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴⁴

Por lo tanto, es necesario que los jueces ejerzan un control de convencionalidad para asegurar que la aplicación e interpretación del derecho cumple con los principios de la CADH. En este mismo sentido, el artículo 1 de la Constitución señala que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".⁴⁵

A pesar de la obligatoriedad de la jurisprudencia, es necesario ver si dicha interpretación de la ley coincide con los principios de la CADH. En el problema planteado –que versa sobre la posibilidad de juzgar nuevamente a un soldado que cometió un delito en contra de un civil

⁴² *Ibid.*, párr. 340.

⁴³ Véase Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183, párrs. 39 y 42.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco*. ..., *supra* nota 37, párr. 339.

⁴⁵ En este sentido, la SCJN indicó que se debe realizar un control de constitucionalidad sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar para que sea compatible con el artículo 2 de la CADH y el artículo 13 de la Constitución, Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.)..., *supra* nota 44, párr. 38.

y el juzgamiento se llevó a cabo ante un tribunal militar— no debería aplicarse la nueva jurisprudencia sobre la prohibición del doble juzgamiento cuando éste sea llevado por un juez incompetente debido a que el juicio ante el fuero militar es claramente violatorio de los estándares establecidos por la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y el artículo 1 de la Constitución.⁴⁶

Aunado a esto, consideramos que este nuevo criterio es bondadoso y en él permea el principio *pro persona*, pues favorece al individuo frente al *ius puniendi* ejercido por el Estado. Por lo tanto, consideramos que dicho criterio no se debe utilizar para beneficiar a un individuo que busca evitar la acción de la justicia, ya que esto sería completamente contrario a las razones que lo motivaron.

En tercer lugar, el problema planteado se refiere al juzgamiento de un soldado por un juez militar que no era competente y que llevó a cabo el enjuiciamiento con la intención proteger a dicho soldado. En este caso, encontramos elementos de un juicio fraudulento, ya que dicha sentencia no tenía la intención de hacer justicia, sino solamente la simuló. Así, se configura la cosa juzgada fraudulenta por lo que no puede existir una violación al principio *ne bis in idem* en caso de que se juzgara nuevamente a dicho individuo. Continuemos con el análisis de esta figura.

c. La cosa juzgada fraudulenta

Si bien este es un concepto que cobra más relevancia en el ámbito internacional, específicamente en las cortes de derechos humanos y de derecho penal internacional, la SCJN resolvió una acción de inconstitucionalidad cuya litis principal fue la cosa juzgada fraudulenta.

⁴⁶ Después de que se emitiera el caso *Radilla Pacheco* en noviembre de 2009, la Corte IDH emitió tres sentencias más en contra de México que versan sobre la jurisdicción militar y el control de convencionalidad, a saber: el caso *Fernández Ortega y Otros*, dictado el 30 de agosto de 2010; el caso *Rosendo Cantú y Otras*, dictado el 31 de agosto de 2010 y el caso *Cabrera García y Montiel Flores* de noviembre de 2010. Como consecuencia de estas sentencias dictadas a nivel internacional, la SCJN ya señaló que cuando miembros del ejército cometan delitos contra civiles, los tribunales competentes son los del fuero común y declaró la inconventionalidad e inconstitucionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar, véase: Amparo en Revisión 133/2012. Sentencia definitiva de 21 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136182>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 134/2012. Sentencia definitiva 30 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136200>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 217/2012. Sentencia definitiva 6 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137593>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 252/2012. Sentencia definitiva 11 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137983>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo 15/2012. Sentencia definitiva 22 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137642>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 61/2012. Sentencia definitiva 3 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135500>> (19 de junio de 2013); Amparo en Revisión 63/2012. Sentencia definitiva 3 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135502>> (19 de junio de 2013).

Esta acción de inconstitucionalidad versó sobre la "acción de nulidad de juicio concluido" contenida en los artículos 737 A *et seq* del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En el procedimiento se argumentó, entre otras cosas, que la acción de nulidad era contraria al principio *ne bis in idem* ya que planteaba la posibilidad de abrir los juicios que ya hubieren constituido cosa juzgada, vulnerando la seguridad jurídica que esta institución otorga. Se añadió que a través de la "acción de nulidad de juicio concluido" se rompía con el principio de inmutabilidad de la sentencia firme o la institución de la cosa juzgada ya que permitía la promoción de un nuevo juicio fundado en el fraude existente en el juicio natural, aun y cuando ya existiera sentencia o ésta hubiera causado ejecutoria. Contrariamente, se argumentó que la cosa juzgada no es absoluta ya que tiene excepciones y una de ellas se da cuando el procedimiento se tramitó en forma fraudulenta.⁴⁷

Por mayoría de votos la SCJN concluyó que "la inmutabilidad de la cosa juzgada es absoluta, es decir, no admite excepción alguna, porque da seguridad y certeza jurídica en todo procedimiento jurisdiccional".⁴⁸ Sin embargo, la minoría del Pleno de la SCJN indicó que la inmutabilidad de la cosa juzgada no era absoluta, por lo que para estudiar la acción de inconstitucionalidad, era necesario determinar si en cada supuesto normativo se justificaba vulnerar una sentencia firme para atender a un principio de justicia, esto es, determinar hasta qué punto la admisión de la mutación de una sentencia firme lograba los beneficios perseguidos con la acción presentada.⁴⁹

Ese fue el criterio en el que la Corte se fundó para decidir el asunto. Así, finalmente estimó parcialmente procedente y fundada la acción de inconstitucionalidad y concluyó que la "acción de nulidad de juicio" concluido procede únicamente en dos supuestos: 1) cuando el fallo se funda en pruebas reconocidas o declaradas de cualquier modo falsas con posterioridad a la resolución, o que la parte vencida ignoraba que se había reconocido o declarado como tales antes de la sentencia y 2) cuando existiere colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes litigantes, en el juicio cuya nulidad se pide, en perjuicio del actor.

Con esta decisión, la Corte analizó cada supuesto de procedencia de la acción de nulidad (que en un principio eran siete) y los acotó a los supuestos que contienen fraude en el juicio. Así, la Corte limitó la acción de nulidad de juicio concluido y tomó en cuenta que existen procedimientos que pudieron haber sido decididos con base en elementos fraudulentos y

⁴⁷ Ejecutoria: P./J. 96/2008 (9a.)... , *supra* nota 9, Considerando 5o.

⁴⁸ *Ibid.*, Considerando 7.

⁴⁹ *Ibidem*.

que esto atenta contra la justicia. En dichos casos, es posible vulnerar dichas resoluciones aunque hayan alcanzado el estado de cosa juzgada.

La Corte estimó que la institución de la cosa juzgada no es absoluta, por lo que tiene algunas excepciones. Sin embargo, ella misma establece ciertos límites a dichas excepciones dado que una sentencia firme únicamente podrá ser vulnerada cuando se encuentre en juego un principio de justicia. En concordancia con esto, creemos que para vulnerar una sentencia que ha alcanzado el estado de cosa juzgada se debe realizar un análisis detallado de todas las circunstancias del caso; de las consecuencias que resultarían de la apertura del juicio y si la apertura del mismo provocaría violaciones a los derechos del acusado y de la víctima. Esto en razón de que es innegable que la institución de la cosa juzgada continúa siendo un pilar en los procedimientos penales pues prohíbe el doble enjuiciamiento por los mismos hechos, lo cual otorga seguridad jurídica a la persona.

En relación con la cosa juzgada fraudulenta, podemos concluir que tanto la SCJN y la Corte IDH reconocen que la cosa juzgada no es absoluta y que cuando existe fraude, dicha institución procesal no se configura. Por lo tanto, el sistema jurídico mexicano se encuentra en concordancia con el derecho internacional.

4. El principio *ne bis in idem* en la Corte Penal Internacional

Uno de los motivos para crear una CPI complementaria de los tribunales nacionales es evitar y prevenir la impunidad. Los crímenes competencia de la CPI, generalmente son cometidos por personas con altos mandos en el Gobierno o en grupos armados, por lo tanto, son personas que gozan de poder. Así, estos individuos suelen no ser investigados o juzgados, y cuando esto ocurre, hay casos en los que en realidad se protege a la persona y se le sustrae de la acción de la justicia.

Por otro lado, México es parte del ER,⁵⁰ por lo tanto, al firmar y ratificar dicho tratado internacional, el Estado mexicano aceptó el contenido del mismo, incluyendo la regulación especial sobre el principio *ne bis in idem* que dicho instrumento internacional posee. El eje rector de la CPI es el principio de complementariedad, por lo que ésta únicamente podrá conocer de un caso cuando el Estado que tenga jurisdicción no tenga voluntad o capacidad para resolverlo.

⁵⁰ México firmó el ER el 7 de septiembre del año 2000; lo ratificó el 28 de octubre de 2005; se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre del mismo año y entró en vigor para México el 1 de enero de 2006.

Para determinar si existe falta de voluntad, la CPI deberá estudiar diferentes criterios como la negativa a no enjuiciar a la persona. En este caso, se deberán analizar los motivos de dicha negativa para verificar que la decisión no tiene el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal. Igualmente, deberá tener en cuenta la inactividad⁵¹ del Estado para iniciar la acción penal o la demora injustificada durante el juicio, que bajo las circunstancias del caso, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia. Del mismo modo, deberá analizar si el proceso se está llevando a cabo de manera independiente o imparcial y verificar si esto provoca que la persona sea sustraída de la acción de la justicia.

De esta forma, observamos que en los supuestos de falta de voluntad contenidos en el ER, se aprecian algunos que se refieren al principio *ne bis in idem*. Consecuentemente, la CPI podrá conocer de un caso juzgado por un tribunal mexicano cuyo objetivo haya sido evitar que la persona fuera juzgada de manera genuina.⁵² Así, bajo el sistema de la CPI, la cosa juzgada no es inmutable. Ésta se encuentra sujeta al principio de complementariedad, ya que siempre se verificará si el procedimiento en los tribunales mexicanos –o de otros Estados– se llevó a cabo para sustraer al acusado de su responsabilidad penal. Dicha verificación la realizará la CPI, más no los Estados.

V. La aplicación del principio *ne bis in idem* en relación a sentencias dictadas por tribunales extranjeros

La aplicación del principio *ne bis in idem* a nivel internacional es un tema que aún genera mucho debate y en el que no hay nada definido. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que dicho principio "únicamente prohíbe que se procese a alguien dos veces por el mismo delito sólo respecto de delitos enjuiciados en un Estado dado".⁵³

La práctica de los Estados ha llegado a ser polarizada: algunos Estados simplemente hacen caso omiso de la existencia de un juicio anterior y realizan un nuevo procedimiento penal. Otros Estados reconocen las sentencias anteriores, pero de manera limitada pues generalmente suelen tomar en cuenta el tiempo que el acusado haya estado privado de su libertad con motivo del cumplimiento de su sentencia.⁵⁴

⁵¹ CPI. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application of for a warrant of arrest, Article 58, 10 de febrero de 2006, párrs. 30-40.

⁵² *Ibid.*, párr.32.

⁵³ Comité CCPR, *Comunicación No. 692/1996, A.R.J v. Australia*. (CCPR/C/60/D/692/1996). 28 de julio de 1997, párr. 6.4.1.

⁵⁴ Cryer, Robert, *et al...*, *op. cit.*, nota 33, pp. 80-81.

De conformidad con el artículo 4 del CPF, México tiene jurisdicción para conocer de los delitos cometidos en territorio extranjero cuando el agente activo sea un mexicano; y también cuando el agente pasivo del crimen sea un nacional. Igualmente, con base en el artículo 1 de dicho ordenamiento, las cortes mexicanas tienen jurisdicción sobre los delitos "que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República".

Durante el análisis de la jurisprudencia emitida por la SCJN, se notó que el tema de la aplicación del principio *ne bis in idem* respecto de sentencias emitidas en el extranjero, no ha sido ampliamente abordado por la Corte. Solamente ha indicado que cuando el crimen se cometió por un mexicano o en contra de un mexicano, los tribunales de México podrán conocer del caso, siempre y cuando no haya habido juzgamiento en el país en el que se cometió el crimen.⁵⁵

Sin embargo, en qué medida los tribunales mexicanos se encuentran obligados a respetar el principio *ne bis in idem* cuando la sentencia emitida por el tribunal extranjero contiene elementos de fraude. Es decir, cuando el tribunal extranjero ha juzgado con la intención de proteger a la persona a través de un juicio fraudulento. Consideramos, que –tal y como ya lo hemos analizado– no operaría la cosa juzgada, por ser fraudulenta, por lo que en caso de realizar un nuevo procedimiento, no habría violación al principio *ne bis in idem*.

Este panorama obligaría al juez mexicano a revisar la sentencia emitida por el tribunal extranjero, pero ¿los tribunales mexicanos están facultados para revisar las sentencias emitidas por los tribunales de otro país? De conformidad con el artículo 2.1 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se basa en la igualdad soberana de sus miembros.⁵⁶ De esta forma, la estructura de la comunidad internacional es horizontal y no vertical como la estructura interior de los Estados. Los tribunales mexicanos y los de cualquier otro país son iguales y sus resoluciones valen lo mismo.

A pesar de esto, a través de la evolución del derecho internacional, el individuo actualmente ya es considerado como un sujeto de derechos y obligaciones, y la comunidad internacional

⁵⁵ Tesis (6a.), NON BIS IN IDEM (DELITO COMETIDO EN TERRITORIO EXTRANJERO), *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XII, Segunda Parte, p. 158, citada en Donde Matute, Javier, "Non bis in idem: Mexican regulation and international standards", *Justice in Mexico, Working paper series*, Issue number 1, 2006. Disponible en: <http://justiceinmexico.files.wordpress.com/2010/07/3-donde_non_bis_in_idem_mexican_regulation_international_standards.pdf última visita 18 de enero de 2012, p. 6> (19 de junio de 2013).

⁵⁶ Véase Seara Vázquez, Modesto, "Introducción. La Organización de las Naciones Unidas: diagnóstico y tratamiento" en Seara Vázquez, Modesto (comp.), traducción de José Esteban Calderón y Juan José Utrilla, *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 24-25.

—con el afán de proteger al individuo de crímenes internacionales y de violaciones sistemáticas de derechos humanos— ha aceptado ciertas excepciones a esta regla. Por lo tanto, actualmente existen las cortes internacionales de derechos humanos; las jurisdicciones penales internacionales; las cláusulas *aut dedere aut judicare* y la jurisdicción universal (aunque ésta es una figura muy discutida a nivel internacional, ya que entre sus principales críticas se encuentra la violación a la soberanía de los Estados).

Así, cuando se trate de sentencias fraudulentas que busquen sustraer de la acción de la justicia a personas que hayan cometido violaciones sistemáticas de derechos humanos o crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, los tribunales nacionales pueden revisar las sentencias y no habría violación al principio de horizontalidad que rige a la comunidad internacional.

Apoyamos esta postura porque este tipo de violaciones trascienden a los Estados en los que se cometieron y se vuelven una cuestión de orden internacional por la gravedad que representan, por lo tanto, existen mecanismos para que estas conductas no queden en la impunidad y dejen de repetirse. De esta manera, el combate a la impunidad que puede derivar de la comisión de crímenes internacionales y violaciones sistemáticas de derechos humanos, se erige como un valor de la comunidad internacional y en estos casos, se permite la revisión y apertura de un asunto cuya sentencia es fraudulenta, aunque sea dictada por un tribunal de otro país. Esto no provocaría una violación del principio *ne bis in idem*.

VI. Conclusiones

A través del desarrollo de este trabajo, se determinó que de conformidad con la interpretación hecha por la SCJN, el artículo 23 constitucional contiene el principio *ne bis in idem* y que éste protege en contra del doble enjuiciamiento por los mismos hechos y pone fin a los procedimientos del orden penal. Asimismo, se indicó que el principio *ne bis in idem* aplica principalmente a la materia penal, pero que la Corte ha indicado que también surte sus efectos en materia administrativa. Igualmente se concluyó que dicho principio no solamente garantiza a la persona no ser juzgada dos veces por los mismos hechos, sino que también evita que se imponga una doble penalidad por la misma conducta, es decir, prohíbe la recalificación.

En el ámbito internacional, el principio *ne bis in idem* es interpretado de manera muy similar por lo que se concluye que la regulación que la ley mexicana desarrolla sobre dicho principio cumple con los requerimientos internacionales. Sin embargo, también se encontraron algunas diferencias, por ejemplo: el Comité de Derechos Humanos señala que no existe violación

al principio *ne bis in idem* cuando la sentencia fue dictada por tribunal incompetente. De forma contraria, la SCJN determinó que en dichos casos si hay violación a dicho principio.

Otra conclusión importante, es la relativa a la inmutabilidad de la cosa juzgada. Comprobamos que actualmente dicha figura ya no es absoluta y tiene excepciones. Esto fue aceptado tanto por la SCJN, como por la Corte IDH y el ER. Así, tanto en la ley mexicana, como para la Corte IDH, las excepciones de la cosa juzgada se dan cuando hay elementos de fraude en el juicio. En la CPI, las excepciones a dicha figura procesal se encuentran relacionadas con el principio de complementariedad que rige a dicho tribunal internacional, ya que ésta podrá conocer de un caso que ya haya sido juzgado, cuando se verifique que el enjuiciamiento previo fue realizado con la intención de sustraer a la persona de la acción de la justicia. Esta misma razón es la que permitiría que un tribunal mexicano volviera a juzgar a un individuo cuando esté ante un caso que ya fue juzgado por un tribunal extranjero. Esto, sin que se pueda alegar una violación al principio *ne bis in idem*. El fraude en el juicio anterior, sea en el ámbito nacional o en el internacional, constituye la mayor excepción a la cosa juzgada.

1. Nacionales

- Amparo en Revisión 133/2012. Sentencia definitiva de 21 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136182>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 134/2012. Sentencia definitiva 30 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136200>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 217/2012. Sentencia definitiva 6 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137593>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 252/2012. Sentencia definitiva 11 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137983>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo 15/2012. Sentencia definitiva 22 de agosto de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=137642>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 61/2012. Sentencia definitiva 3 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135500>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 63/2012. Sentencia definitiva 3 de septiembre de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135502>> (19 de junio de 2013).
- Ejecutoria: 1a./J. 55/2007 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2006-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO Y CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO, ACTUAL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL MISMO

CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Agosto de 2007, p. 79. Reg. IUS. 20285.

- Ejecutoria: 1a./J. 21/2004 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 119/2002-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO Y EL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO EN CONTRA DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO Y DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Julio de 2004, p. 27. Reg. IUS. 18169.
- Ejecutoria: 1a./J. 158/2007 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 36/2007-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 68. Reg. IUS. 20660.
- Ejecutoria: P./J. 96/2008 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2004 Y SU ACUMULADA 12/2004. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA TERCERA LEGISLATURA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL Y PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 564. Reg. IUS. 20570.
- Reconocimiento de Inocencia 5/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, febrero de 1999 (Registro IUS No. 5445). Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=3665>> (19 de junio de 2013).
- Tesis: I.4o.A.749 A (9a.), PRINCIPIO DE COSA JUZGADA MATERIAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON UNA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN CUMPLIMIENTO DE UNA EJECUTORIA DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Julio de 2011, p. 2160. Reg. IUS. 161515.
- Tesis: 1a./J. 21/2004 (9a.), AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN QUE SE CONCEDE CUANDO EL TRIBUNAL RESPONSABLE QUE EMITE LA SENTENCIA RECLAMADA ES INCOMPETENTE POR RAZÓN DE FUERO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Julio de 2004, p. 26. Reg. IUS. 181222.

- Tesis: I.4o.A.441 A (9a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XX, Octubre de 2004, p. 2385. Reg. IUS. 180294.
- Tesis: I.4o.A.464 A (9a.), PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXI, Febrero de 2005, p. 1744. Reg. IUS. 179233.
- Ejecutoria: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. EL MECANISMO RELATIVO DEBE SER ACORDE CON EL MODELO GENERAL DE CONTROL ESTABLECIDO CONSTITUCIONALMENTE, EL CUAL DERIVA DEL ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS ARTÍCULOS 1o. Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (VARIOS 912/2010. 14 DE JULIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, p. 313, Reg. IUS. 23183.
- Tesis (6a.), NON BIS IN IDEM (DELITO COMETIDO EN TERRITORIO EXTRANJERO), *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, México, Volumen XII, Segunda Parte, p. 158.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

- Comité CCPR. *Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.* CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- Comité CCPR. *Comunicación No. 1001/2001. Gerardus Strick v. los Países Bajos* (CCPR/C/76/D/1001/2001). 1 de noviembre de 2002.
- Comité CCPR. *Comunicación No. 277/1988. Terán Jijón v. Ecuador.* (CCPR/C/44/D/277/1988). 26 de marzo de 1992.
- Comité CCPR, *Comunicación No. 692/1996, A.R.J v. Australia.* (CCPR/C/60/D/692/1996). 28 de julio de 1997.
- CPI. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application of for a warrant of arrest, Article 58, 10 de febrero de 2006, párrs. 30-40.

Derechos

• patrimoniales
y familiares

Estándares
jurisprudenciales sobre
derechos patrimoniales
y familiares

I. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica debe entenderse como la capacidad para ejercer de manera libre los derechos de cada persona y su violación atenta contra la dignidad humana. Este derecho debe hacerse extensivo a los extranjeros en México para recibir un trato igualitario en el ejercicio de los derechos y no debe de condicionarse a comprobar una estancia legal en el país.

La personalidad jurídica se relaciona con otros derechos, como el derecho a la nacionalidad que debe considerarse como el prerequisite del derecho a la personalidad jurídica. En los casos de desaparición forzada este derecho es violado pues se deja a la víctima en una situación jurídica indeterminada que imposibilita, obstaculiza o anula, la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos.

II. Derecho al nombre propio

Es un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. En el derecho de familia y desde la perspectiva del *interés superior de la niñez*, este derecho debe de comprenderse como un elemento del derecho a la identidad que les garantice a los menores tener nombre y apellidos desde su nacimiento, así como una nacionalidad y origen. Además, los Estados

tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento. El derecho al nombre se ve vulnerado cuando se le otorga y se registra al niño/a con un nombre y un apellido distinto al que su familia biológica le hubiese asignado a no ser por la privación arbitraria del medio familiar del que fue víctima. También la supresión de la identidad de niños/as se consideró también violatoria del derecho en cuestión. En razón del principio de interdependencia este derecho también debe considerarse como parte del núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica.

Respecto del derecho a un nombre propio y a una personalidad jurídica, debe considerarse que estos derechos deben vincularse con la idea que cada una de las personas tenga de sí misma. Esto implica el derecho a tener un nombre acorde al género con el que cada persona se identifique y por lo tanto si una persona ha modificado su entorno como persona ante la sociedad, debe de tener el derecho de modificar sus documentos públicos que le permitan identificarse como tal.

Respecto al derecho a la identidad debe considerarse que éste presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales. La importancia de este derecho es fundamental ya que se ha considerado que sin la identidad propia no puede considerarse como persona o individuo. La persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad.

III. Derecho a la indemnización por error judicial

El derecho a la indemnización por error judicial no se reconoce en la CPEUM sino en la Ley General de Víctimas como una medida de compensación, ya que el error judicial puede considerarse como una violación a los derechos humanos. En la misma Ley establece que las compensaciones derivadas por error judicial serán cubiertas con el presupuesto del Poder Judicial correspondiente.

Por vía de la interpretación, este derecho se ha analizado respecto a la legislación de Coahuila en la que se considera que sería procedente una indemnización por error judicial, cuando se cause un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona de manera directa e indiscutible, pero no cuando en uso de su arbitrio judicial las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses algún litigio.

IV. Derecho a la protección a la organización y desarrollo de la familia

El derecho de protección de la familia debe entenderse como una protección legal de la organización y desarrollo de la familia y la preservación del núcleo fundamental de la sociedad, así como de las personas que la conforman, orientado hacia el crecimiento personal y social de sus miembros, en el más elevado plano humano y su consecuente participación activa en la comunidad.

Por otro lado, este derecho tiene dimensión individual cuyos alcances establecen que toda persona tiene el derecho de fundar una familia; de contraer matrimonio; de participar en condiciones de igualdad dentro del núcleo familiar; de proteger a su familia frente a actuaciones arbitrarias e injustificadas que la lesionen; y de permanecer en dicho núcleo social perpetuando los vínculos afectivos, así como los derechos y responsabilidades en relación con los miembros que la componen.

El Derecho de protección de la familia debe interpretarse bajo los principios de igualdad y no discriminación por lo que se debe de reconocer a cualquier persona física en términos del artículo 1o. constitucional quinto párrafo. Por lo tanto si se va a analizar la constitucionalidad de una legislativa que busca equiparar u homologar las relaciones entre personas, para comprobar si se trata de una medida discriminante o no debe basarse en un análisis de razonabilidad que permita verificar:

- a) Si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos; y,
- b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente.

En el contexto del derecho a la protección de la familia en sociedades democráticas, el concepto *familia* debe entenderse como un concepto sociológico cuyo contenido esencial debe ser mínimo y abierto al tiempo; como realidad social en todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente. Esta protección no se encuentra determinada por un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. La imposición de un concepto único de familia puede ser una injerencia arbitraria contra la vida privada y violentar el núcleo familiar. Para la interpretación de este derecho el concepto de

vida familiar debe entenderse más allá del matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

Independientemente de la diversidad de sus formas se ha reconocido la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado. Por esta razón, el Estado debe de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En el contexto de los derechos de la niñez, el derecho de la familia se ha interpretado en el sentido de que la niña o el niño tiene derecho a vivir con su familia que a su vez está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Ello refuerza el estándar de protección de toda estructura u organización familiar y su desarrollo, porque ésta incide totalmente en la protección de los derechos de la niñez, como es el crecer dentro de una familia. En ese mismo sentido, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar ya que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia.

En términos generales, la jurisprudencia señala que el Estado al ser responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.

Algunos elementos específicos que protege este derecho son los lazos de filiación y parentesco o lo que puede nombrarse como vida familiar. Esta vida familiar es fundamental para que se constituye un núcleo familiar a través de la convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre los padres o las madres, su pareja y los hijos propios y los hijos comunes. La vida familiar que implica un concepto mucho más amplio, flexible y acorde con los derechos y libertades.

En este ánimo de reforzar la vida familiar, la jurisprudencia considera que en consecuencia el derecho de visitas y convivencias entre madres, padres, hijos e hijas no es solamente un asunto de política gubernamental, sino que se trata de un tema de política de Estado cuya protección alcanza el rango de orden público e interés social, pues el renovado interés por su regulación se evidencia a la luz de los valores que están de por medio para encontrar un equilibrio dinámico de relaciones que propicien vínculos paterno-filiales más provechosos, de ser necesario incluso a través del consejo o de la asistencia profesional.

1. Derecho al matrimonio

El derecho al matrimonio se establece en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y desarrollado en la Constitución mexicana como una garantía institucional para la protección de la familia.

El concepto de matrimonio no se trata de un concepto inmodificable debido a que la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común. De acuerdo con la jurisprudencia debe considerarse que no tiene como finalidad la procreación, y tampoco debe referirse únicamente a un hombre y una mujer.

El derecho a contraer matrimonio debe considerarse desde la perspectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad y comprende: la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo o en su caso disolverlo; de procrear hijos y la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida. Sin embargo, en ciertas circunstancias el derecho a la identidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe prevalecer sobre el derecho a la protección de la familia.

Dentro del matrimonio debe de prevalecer una relación de igualdad entre los cónyuges y de ninguna manera debe de establecerse una relación de subordinación entre las partes ni existen diferencias o roles de género entre los cónyuges. Esto último puede hacerse extensivo a todos los integrantes de una familia (hijas e hijos).

V. Derechos sexuales y reproductivos

1. Derecho a una vida libre de violencia sexual

Los Estados tienen obligaciones positivas de respuesta ante la violencia contra la mujer perpetrada por actores privados. La violencia de género constituye discriminación en contra de la mujer. En esa línea argumentativa debe considerarse que la violación sexual –por medio de uso de la violencia o con cualquier elemento coercitivo en la conducta– constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres y una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

La violación sexual puede constituir tortura y una violación a la integridad personal cuando se dan los siguientes requisitos: i) ser intencional; ii) causar severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) cometerse con determinado fin o propósito. Por último, se ha establecido que la excepción marital al delito de violación es inconstitucionales al ser violatorios del derecho a la integridad física y de la libertad sexual de las mujeres.

a. La interrupción legal del embarazo

Sobre el aborto eugenésico se ha establecido que la excusa absolutoria basada en malformaciones genéticas o congénitas es constitucionalmente válida pues la norma impugnada no autoriza la privación de la vida del producto de la concepción, sino sólo contempla la posibilidad de que no se sancione el delito de aborto. Las prohibiciones totales al aborto que excluyen la posibilidad de tener un aborto eugenésico, están prohibidas pues implican la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida en potencia del producto de la concepción, y el consiguiente sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

La despenalización del aborto antes de las doce semanas de gestación fue declarada constitucional pues se consideró necesaria para combatir los problemas de salud pública asociados al aborto clandestino, la voluntad de mejorar los servicios para las mujeres de bajos ingresos para lograr la igualdad en el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, y la voluntad de concentrar las interrupciones cuando representan un riesgo bajo para la salud de la mujer y cuando aún no se desarrollan las facultades sensoriales y cognitivas del concebido. No hay obstáculo constitucional expreso para la despenalización incluso puede considerarse una medida idónea para salvaguardar la libertad, la salud y la vida de las mujeres.

Sobre la constitucionalización de la protección de la vida desde el momento de la concepción se ha determinado que no ésta no incluye elemento alguno que permita constatar la existencia de limitación alguna a los derechos de las mujeres.

VI. Derecho de propiedad

El derecho de propiedad se manifiesta en dos ámbitos: la propiedad privada individual y la propiedad colectiva de los pueblos. En ningún caso puede considerarse un derecho absoluto y admite restricciones como puede ser la expropiación.

Para que la expropiación sea viable y no constituya una violación del derecho de propiedad debe existir causa pública e indemnización adecuada. Las causas de utilidad pública se refieren

a que haya un beneficio colectivo o una causa de interés general como la protección del medio ambiente, por lo tanto no se puede considerar como válida una expropiación hecha en beneficio de un particular. Respecto de la indemnización por una expropiación debe hacerse en un plano razonable y el monto debe fijarse claramente y que no de lugar a incertidumbres jurídicas o fácticas del titular del bien expropiado.

Es importante resaltar que ha sido motivo de interpretación el derecho de audiencia previa como garantía del debido proceso en casos de expropiación y se ha concluido que sería inconstitucional un decreto de expropiación en el que previamente a su emisión no se haya respetado la garantía de audiencia del propietario expropiado.

El derecho de propiedad debe proteger no solo de las expropiaciones o privaciones totales de bienes materiales. Este derecho también debe proteger de afectaciones indirectas a la propiedad y alcanza también los bienes inmateriales como la propiedad accionaria y los derechos de autor.

La interpretación jurisprudencial del derecho de propiedad ha reconocido los derechos colectivos sobre el territorio de una comunidad indígena. En estos casos, el derecho consuetudinario de estos pueblos debe considerarse y a partir de ello se ha establecido que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas tiene un carácter comunal y colectivo en el que existe una relación omnicomprehensiva con la tierra y tiene importancia espiritual y colectiva, además de ser fundamental para su supervivencia económica. La supervivencia económica implica también una relación de la tierra con la caza, pesca y recolección necesaria también para la cultura de esos pueblos.

La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas protege tanto bienes materiales, recursos naturales y bienes inmateriales como: tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. Todo esto constituye un patrimonio cultural inmaterial.

Cuando el derecho colectivo de propiedad y el derecho individual de este se confronten se ha determinado que es posible restringir la propiedad privada de particulares para lograr el objetivo de preservar identidades culturales, pagando una justa indemnización. Esto no implica la prevalencia de la propiedad colectiva pues también existe la posibilidad del ofrecimiento de tierras alternas o indemnización, en el caso de que el Estado no pueda restituir las tierras a las comunidades.

Como criterios generales del derecho de propiedad de comunidades indígenas se ha establecido que:

- a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- b) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- c) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe;
- d) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Es importante señalar como parte de la protección al derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas se debe de respetar el derecho a la consulta en cuanto a proyectos de concesiones para la explotación de recursos naturales en sus territorios y así como en los casos en que sus territorios sean considerados para declararlos "reserva natural".

Derivado de algunas interpretaciones jurisprudenciales el derecho a la propiedad se ha ampliado al considerar que las violaciones al domicilio, las destrucciones y privaciones de vivienda (como en caso de desplazamientos forzados) violan también el derecho de propiedad.

En otros aspectos, la jurisprudencia ha considerado también el derecho de propiedad en relación con las pensiones del sistema de seguridad social y respecto del salario. En ambos casos, se ha señalado que se debe extender la definición de propiedad al salario y otros productos del trabajo como las pensiones. En todo caso, si hay restricciones al derecho de propiedad en estos casos, como la reducción de una pensión, éstas son válidas siempre y cuando, esas restricciones tengan por objeto el bienestar general dentro de una sociedad democrática y en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Por último, se ha considerado que en términos generales la mera posesión probada es suficiente para acreditar la propiedad y que no se requieren otros títulos en estos casos.

VII. Derechos humanos de los contribuyentes

1. Proporcionalidad y capacidad contributiva

Respecto a la proporcionalidad y equidad de los impuestos se ha reconocido como una garantía de protección al contribuyente que la decisión sobre éstas no recaer solamente en el Poder Legislativo sino que el Poder Judicial Federal está capacitado para revisar que se cumplan con dichos principios.

La proporcionalidad como principio en el tema de los derechos humanos de los contribuyentes se refiere a que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Esto implica que las cargas fiscales deban fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo.

La capacidad contributiva debe entenderse como la real aptitud para el pago de contribuciones de una manera justa y adecuada correspondiente a sus ingresos, utilidades, rendimientos o la manifestación de la riqueza gravada. La capacidad contributiva se configura de forma distinta de acuerdo con la naturaleza y características de cada contribución por lo tanto debe gravarse diferencialmente conforme a tarifas progresivas y en proporción a los ingresos obtenidos.

De la capacidad contributiva se deriva el derecho a un mínimo vital que constituye una garantía fundada en la dignidad humana y presupuesto del Estado democrático. Es considerado un límite ante la facultad impositiva del legislador y exige analizar si la persona que no disponga de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria. Se considera que los causantes deben concurrir al levantamiento de las cargas públicas con arreglo a su capacidad contributiva, en la medida en la que ésta exceda un umbral mínimo. La acepción negativa del derecho al mínimo vital se erige como un límite que el Estado no puede traspasar en materia de disposición de los recursos materiales necesarios para llevar una vida digna.

2. Equidad tributaria

El principio de equidad radica en la igualdad ante ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo: un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación,

acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etc. En otras palabras los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula, debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad contributiva y el principio de proporcionalidad.

Por razón de este derecho el legislador no puede dar un trato diferenciado a dos situaciones o presupuestos de hecho que debieron regularse de la misma manera o con las mismas consecuencias jurídicas. En todo caso, este trato diferenciado siempre debe obedecer a finalidades avaladas por la Constitución, entre las que cabe mencionar las que derivan de la aplicación de fines extrafiscales los cuales el legislador los confecciona como deducciones, exenciones, aminoraciones o reducciones en la tasa para modificar o incentivar el comportamiento del contribuyente, o al contrario, establece sobretasas o crea contribuciones con fines redistributivos.

3. Principio de legalidad tributaria

Este principio se refiere a que los impuestos deben de tener una base de legalidad. De acuerdo con esto, la delegación indebida de las facultades en materia tributaria en autoridades administrativas que provoque una indeterminación de los elementos configuradores de la contribución atenta contra este derecho de los contribuyentes y es violatorio del principio de legalidad tributaria.

4. Gasto público

La proporcionalidad y equidad tributaria se reflejan en el destino del gasto público. De acuerdo con la interpretación, la progresividad del sistema tributario y su intrínseca justicia pueden garantizarse si éste resulta coherente e integrado con el gasto público. De ahí que la desigualdad cualitativa se vuelva indispensable para cumplir con el principio constitucional de proporcionalidad tributaria, y ésta se realiza mediante la progresividad global del sistema fiscal en que se alienta la aspiración a la redistribución de la renta, propósito que puede conseguirse a través de la tributación diferenciada, y también mediante el reparto diferenciado del gasto público.

El gasto público debe cubrirse con los impuestos por lo que la obligación de contribuir es considerada un deber de solidaridad con los menos favorecidos y está prohibido que se dediquen a otra cosa que no sea en beneficio de la colectividad o al interés general. De acuerdo con la interpretación, el concepto de "gasto público", tiene un sentido social y un alcance de

interés colectivo porque se destina a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales, o a los servicios públicos.

Es importante que en la consideración del destino de los impuestos y el gasto público se tome en cuenta la transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos con el objeto de garantizar a los ciudadanos que los recursos recibidos por el Estado se destinan a los fines para los cuales fueron recaudados.

5. Responsabilidad patrimonial del Estado

La interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado ha determinado que no se puede establecer un límite máximo que establezca los montos indemnizatorios a que puede ser condenado el Estado por daño moral en una legislación porque con ello se viola el derecho a una indemnización por el daño moral producido por la actividad administrativa irregular del Estado.

La responsabilidad patrimonial del Estado debe entenderse como un derecho sustantivo constitucional, el cual no es absoluto, sino al contrario tiene sus restricciones, pero estas restricciones no pueden ser arbitrarias: deben ser admisibles dentro del ámbito constitucional; necesarias para asegurar la obtención de los fines y debe ser proporcional entre el fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos.

La jurisprudencia ha señalado que las indemnizaciones ordenadas a favor de la víctima, de sus familiares y de sus abogados por la Corte IDH están exentas de gravamen, se harán de forma íntegra y efectiva.

Principales referentes jurisprudenciales

- Corte IDH Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179.
- Corte IDH. Caso Invher Bornstein vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. No. 74.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de febrero de 2005, Serie C. No. 124.
- Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C. No. 125.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.
- Corte IDH, Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C, No. 235.
- Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003. serie C. No. 98.
- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 176-179.

- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 192.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 131.
- Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No.221, párr. 125.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo, 2010.
- Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 5.
- Tesis aislada. IMPUESTOS, PROPORCION Y EQUIDAD DE. *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. Época, México, Tomo LI, p. 333.

- 7a.) IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, Vol. 199-204, Primera Parte, p. 144. Reg. IUS. 232197.

- Tesis. P./J. 10/2003 (9a.). PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. DEBE EXISTIR CONGRUENCIA ENTRE EL TRIBUTO Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS CAUSANTES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Pleno, t. XVII, Mayo de 2003, p. 144. Reg. IUS. 184291.

- Tesis Aislada.1a. XCVIII/2007. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXV, Mayo de 2007, p. 792. Reg. IUS. 172546.

- Tesis P./J. 42/97 (9a.). EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Junio de 1997, p. 36. Reg. IUS. 198402.

- Tesis. P./J. 20/97 (9a.). VALOR Y MEJORÍA ESPECÍFICA DE LA PROPIEDAD, IMPUESTO SOBRE EL AUMENTO DEL ARTÍCULO 6o. DEL DECRETO 208 DE LA LEGISLATURA DE NUEVO LEÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, México, Pleno, t. V, Marzo de 1997, p. 64. Reg. IUS. 199232.

- Tesis Aislada. II.A.56 A. RADICACIÓN IMPUESTO SOBRE. EL ARTÍCULO 83 BIS-H DE LA LEY DE HACIENDA MUNICIPAL DEL ESTADO DE MÉXICO, VIGENTE EN 1993, VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 31 FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, T.C.C., t. 76, Abril de 1994, p.14. Reg. IUS. 194469.

- Tesis Aislada. 2a. LXXXII/2000. AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL ESTADO DE QUINTANA ROO. EL ARTÍCULO 9o. DEL DECRETO 31, PUBLICADO EL VEINTINUEVE DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO, QUE FACULTA A LA COMISIÓN CORRESPONDIENTE PARA CELEBRAR CONVENIOS EN LOS QUE SE DÉ UN TRATO ESPECIAL A UNOS CONTRIBUYENTES Y PARA CREAR DISCRIMINACIONALMENTE NUEVAS CATEGORÍAS ES VIOLATORIO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial*

de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Segunda Sala, t. XII, Agosto de 2000, p. 359. Reg. IUS. 191342.

- Tesis Aislada. P. LXXXVIII/97. IMPUESTO PREDIAL, SON INCONSTITUCIONALES LAS LEYES QUE FACULTAN A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS ACTUALIZAR, POR MEDIO DE TABLAS DE VALORES CATASTRALES, LA BASE GRAVABLE DEL TRIBUTO. (LEGISLACIÓN DE SINALOA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Mayo de 1997; p. 165. Reg. IUS. 198708. En este mismo sentido: Tesis Aislada. Tesis: 2a. CXLI/99. CONTRIBUCIONES MUNICIPALES. LOS AYUNTAMIENTO CARECEN DE FACULTADES PARA ESTABLECER CUALQUIERADE SUS ELEMENTOS ESENCIALES (ACTA DE SESIÓN DE CABILDO DE 25 DE ENERO DE 1997 DEL AYUNTAMIENTO DE VALLE DE BRAVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Segunda Sala, t. X, Diciembre de 1999, p. 404. Reg. IUS. 192804.
- Tesis Aislada. 1a. CCXLIX/2007. PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. LA PROGRESIVIDAD COMO CRITERIO PROPIO DE DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NO SE LIMITA AL ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN, SINO QUE TAMBIÉN PUEDE INCLUIR JUICIOS ENTORNO AL REPARTO DIFERENCIADO DEL GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVI, Diciembre de 2007, p. 144. Reg. IUS. 170651.
- Tesis Aislada. 2a. IX/2005. GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXI, Enero de 2005, p. 605. Reg. IUS. 179575.
- Tesis 1a./J. 65/2009 (9a.). OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Julio de 2009, p. 284. Reg. IUS. 166907.
- Tesis aislada. IMPUESTOS, GASTO PUBLICO ESPECIAL A QUE SE DESTINEN LOS. NO HAY VIOLACION AL ARTICULO 31 CONSTITUCIONAL, FRACCION IV. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, México, Pleno, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 244. Reg. IUS. 232355.
- Tesis Aislada. 1a. CXLVIII/2011. VALOR AGREGADO. EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DERIVÓ EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 10., SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, ESTÁ DEBIDAMENTE JUSTIFICADO Y NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DESTINO AL GASTO

PÚBLICO (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL EL 7 DE DICIEMBRE DE 2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 231. Reg. IUS. 161154.

- Tesis Aislada. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009, p. 454. Reg. IUS. 166301.
- Tesis Aislada. 1a. CLV/2009. DAÑO MORAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, A QUE REMITE EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, OBLIGAN A LA AUTORIDAD JUDICIAL A INDIVIDUALIZAR LOS MONTOS DE MANERA OBJETIVA Y RAZONABLE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009, p. 440. Reg. IUS. 166456.
- Tesis P. XXIV/2011, MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161272. Asimismo, véase Tesis 1a./J. 37/2008 (9a.).
- Ejecutoria P. XXI/2011 MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER. 9a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 878. Registro IUS 161267.
- Tesis P. XXIII/2011 (9a.), FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 871. Reg. IUS. 161309.

- Tesis I.5o.C. J/21 (9a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU PROTECCIÓN ALCANZA EL RANGO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 967. Reg. IUS. 161867.
- Tesis P. XXVI/2011 (9a.), MATRIMONIO. NO ES UN CONCEPTO INMUTABLE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 881. Reg. IUS. 161263.
- Tesis P. XXII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161265.
- Tesis: P. XXVII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUEL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161266;
- Tesis P. XXV/2011 (9a.), MATRIMONIO. EL TÉRMINO "CÓNYUGE" COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161273;
- Tesis P. XXVIII/2011 (9a.), MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 877. Reg. IUS. 161268.
- Ejecutoria: P. LXVIII/2009 (9a), AMPARO DIRECTO 6/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.

- Tesis: VIII.5o.1 C (9a.), INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 1691. Reg. IUS. 173009.
- Ejecutoria: 2a./J. 45/2009 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 14/2009. ENTRE LAS SUS-
TENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO Y TERCERO, AMBOS EN
MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación
y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Junio de 2009, p. 452. Reg. IUS. 21598.
- Tesis P./J. 65/95, EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN
MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México,
t. V, junio de 1997, p. 44. Reg. IUS. 198404.
- Tesis 2a./J. 124/2006, EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETAR-
SE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. *Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 278.
Reg. IUS 174253.
- Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Sentencia definitiva del 30 de enero de
2002. Disponible : <[http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle
Pub.aspx?AsuntoID=37867](http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=37867)>
- Amparos en Revisión 633/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Dis-
ponible en: <[http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.
aspx?AsuntoID=119523](http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119523)> (19 de junio de 2013);
- Amparo en Revisión 644/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010 Dispo-
nible en: <[http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?
AsuntoID=119617](http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119617)> (19 de junio de 2013).

Comentario sobre otros
derechos presentes en
la CADH Derecho a la
personalidad jurídica
(artículo 3); derecho al
nombre (artículo 18);
indemnización por error
judicial (artículo 10)

Namiko MATZUMOTO BENÍTEZ*

* Al momento de escribir este artículo, la autora era Coordinadora del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana (en adelante PDHUV). Las opiniones vertidas en este artículo se dan con la intención de fortalecer la implementación estatal de las decisiones interamericanas en el Sistema Jurídico Mexicano. Agradezco la colaboración de Chasel Colorado Piña, Asistente Legal del PDHUV en la elaboración de este artículo.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de la Jurisprudencia Constitucional e Internacional*. III. *Consideraciones Finales*.

PALABRAS CLAVE: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Derecho a la Personalidad Jurídica; Derecho al Nombre; Derecho a Indemnización por Error Judicial.

I. Introducción

En el curso de las últimas décadas el Sistema de Justicia Mexicano ha debido explorar el sentido y alcance de numerosos derechos y libertades contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana"), logrando avanzar en la formulación de conceptos que determinarán nuevos rumbos para la jurisprudencia y, por ende, para la protección de derechos humanos en México.

Sigue entonces señalar que dentro de este proceso de desarrollo de la normativa constitucional, los derechos humanos no han permanecido estáticos, al contrario, se han consolidado y expandido. Sin embargo, de manera paralela, en algunas ocasiones –me atrevería a decir–, se han limitado en la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte"), bajo lo que algunos especialistas denominan una hermenéutica "hacia atrás".

Lo anterior, no me impide afirmar que a pesar de ello la importancia de la jurisprudencia de la SCJN en el marco de un proceso histórico-social dirigido a reposicionar al individuo como verdadero sujeto de derecho, es incuantificable; porque además de su valor intrínseco como acto de justicia, refleja la utilidad del recurso al sistema de justicia para dar al problema visibilidad, y status como problema de derechos humanos. Por ello, me permito señalar que la lucha por

los derechos humanos en el plano del derecho necesita de la reforma legal, pero también de sentencias que reconozcan la protección a éstos como un problema jurídico.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, este trabajo se propone determinar en un primer momento, los atributos del derecho a la personalidad jurídica y el derecho al nombre, ambos derechos íntimamente relacionados entre sí, como parte de una misma línea llamada derecho a la identidad personal y; en segundo término, la discusión se enfocará sobre el derecho a la indemnización por error judicial en el contexto Mexicano. Analizar cómo estos derechos básicos han sido entendidos y aplicados por la jurisprudencia constitucional, permite evaluar la vigencia efectiva del derecho en cuestión. Por eso en las siguientes líneas nos plantearemos cuáles son los modos en que se ha aplicado y los alcances que se le ha dado en la práctica cotidiana a estos derechos, proyectando –según sea el caso– el ejercicio de integración del derecho que debió ser observado, bajo la figura de *sentencia modelo*, a la luz de los estándares interamericanos.

Por su trascendencia, las decisiones de la SCJN representan el mejor campo para esta tarea, por lo que les prestamos particular atención sin desatender algunas decisiones judiciales de relevancia emanadas de tribunales inferiores.

A continuación se examinará la jurisprudencia constitucional e internacional que resulta relevante para determinar el contenido de cada derecho en análisis.

II. Análisis de la jurisprudencia constitucional e internacional

Como preámbulo estimo pertinente señalar, que tanto el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como el derecho al nombre integran junto con otros derechos correlacionados el derecho a la identidad.¹ Así es necesario considerar, que aun cuando estos derechos no se enuncian, de forma expresa, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución"), la Suprema Corte ha reconocido a lo largo de su jurisprudencia que están implícitos en las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el artículo 1 de nuestra Constitución.

¹ Cfr. Comité Jurídico Interamericano, *Opinión "sobre el alcance del derecho a la identidad"*, resolución CJI/doc. 276/07 Rev. 1, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, párrs. 11.2 y 18.3.3.

1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3o. de la CADH, exige que el Estado deba procurar las condiciones jurídicas y los medios para el ejercicio libre y pleno de los derechos. Por tanto, este derecho permite que la persona titular de derechos pueda ejercerlos libremente, de lo contrario, se lesiona su dignidad humana al vulnerarse su condición como sujeto de derechos.²

La SCJN analizó este derecho al conocer de la *Contradicción de Tesis 14/2009*.³ Allí, mediante la interpretación armónica de la CADH, la Convención sobre la Condición de los Extranjeros (en adelante CCE y la normativa nacional vigente, decidió que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (en adelante TFJFA) no debe exigir en el juicio de nulidad que los apoderados extranjeros acrediten su legal estancia en el país y su calidad migratoria para tener por acreditada la personería, en los términos del artículo 67 de la Ley General de Población, ya que éstos gozan de iguales derechos que los nacionales ante los órganos jurisdiccionales.

Las consideraciones allí vertidas son relevantes para entender, porqué se consideró la personalidad jurídica vinculada a la representación procesal, como un derecho fundamental a la luz de las disposiciones convencionales mediante un fallo que reafirma también un sistema de equiparación de nacionales y extranjeros.

Sintéticamente recordemos la *litis* planteada. Las decisiones contradictorias sustentadas por los tribunales colegiados en materia administrativa nacen de poderes que fueron debidamente otorgados a una persona extranjera por una persona mora. Tal documento se exhibió en el juicio de nulidad para acreditar la personería de la demandante, sin embargo, un tribunal consideró que ante la Sala Fiscal debió demostrarse directamente la legal estancia en el país y la calidad migratoria del apoderado, mientras que el otro valoró que era suficiente el poder notarial.

Del análisis de los numerales 1, 3, 24 y 29 de la CADH y el artículo 5 de la CCE, debe colegirse que la SCJN entendió: que los extranjeros deben recibir igual trato que los nacionales en el

² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrs. 176-179.

³ Ejecutoria: 2a./J. 45/2009 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 14/2009. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO Y TERCERO, AMBOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Junio de 2009, p. 452. Reg. IUS. 21598.

goce de sus garantías individuales y en el ejercicio de sus derechos civiles, razón por la cual "si los connacionales gozan de la capacidad de promover cualquier juicio ante los órganos jurisdiccionales del país, con la única condición de que cuando lo hagan en representación de una persona moral exhiban el documento idóneo con el cual acrediten la misma, igual derecho se debe reconocer a los extranjeros, porque sólo así se les dará un mismo trato ante la ley", justamente este criterio constituye, como veremos más adelante, el punto de partida del tribunal sobre el cual despliega la interpretación del derecho a la personalidad jurídica.

En segundo lugar, respecto al artículo 3 de la CADH, se estableció un criterio genérico pero contundente al señalar que la obligación de reconocer la personalidad conlleva el reconocimiento de sus esferas de derechos, entre los cuales se ubica el de comparecer en juicio en representación de otra persona. Por lo cual, enfatizó que deben prevalecer las disposiciones convenciones citadas *supra* sobre lo preceptuado en artículo 67 de la Ley General de Población, pues exigir a los extranjeros cuando promuevan un juicio o recurso ante las Salas del TFJA como representantes de una persona física o moral, acreditar su legal estancia en el país y que están autorizados por la Secretaría de Gobernación para comparecer en juicio con ese carácter, haría nugatorias sus garantías derivadas de los artículos 1 y 133 constitucionales y se inobservarían los numerales 5o., 3o. y 24o. invocados.

La mayor crítica al respecto sustentada por el Ministro Franco González, en su voto concurrente, considera que esta interpretación de la Suprema Corte carece de claridad argumentativa y es, hasta cierto punto confusa, cuando se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica, pues según su valiosa apreciación, el fallo llevó a la SCJN a un problema conceptual en el que la expresión "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", se entendió referida a la representación procesal.

Bajo su razonamiento, eminentemente formalista, los derechos fundamentales no tienen un papel determinante en la *litis* analizada. Insistió, que en el *cas d'espèce* sería el poderdante quien resentiría la afectación si no se le reconoce la personería a su apoderado, mas no a este último que sólo actúa en el juicio de nulidad en representación de otra persona, por lo que concluye que el apoderamiento civil hacia un extranjero no es derecho fundamental, ni la posible limitación de su ejercicio viola sus garantías individuales.

Ciertamente no podemos obviar que la argumentación no es tan clara al referirse al reconocimiento de la personalidad jurídica y pudiese llegar a interpretarse que se confunde la personalidad jurídica con la capacidad procesal, razón por la cual, expondremos algunas reflexiones que permitan aclarar este punto y materializar la trascendencia de la decisión con los criterios disponibles en el ámbito interamericano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") ha reconocido que la personalidad jurídica implica la capacidad del individuo para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas.⁴ Por tanto, el reconocimiento de la personalidad jurídica significa la afirmación de que un individuo tiene la capacidad mencionada.

Justamente frente a este derecho no podría un Estado privar a una persona de la facultad de adquirir derechos, aunque evidentemente pueda establecer modalidades legítimas para su ejercicio. Sin embargo, esta no es la hipótesis de debe primar al caso bajo análisis, por lo siguiente: el derecho a ser considerado por el orden jurídico como sujeto de derechos, no guarda, en principio relación con la cuestión de si a una persona se le permite o no que los ejerza en la práctica, su consagración se dirige a evitar que los ordenamientos jurídicos establezcan, por definición, que ciertas categorías de seres humanos carecen de la condición de sujetos de derecho.

En este sentido, consideramos que esta ha sido la interpretación de la SCJN al decidir sobre este fallo, pues resulta evidente que exigir a los extranjeros que acuden al TFJFA los requisitos establecidos en el artículo 67 de la Ley General de Población, lejos de afirmar que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, impone un requisito ilegal para el ejercicio del derecho de comparecer en juicio en representación de otra persona física o moral, puesto que está basado, única y exclusivamente en la condición de extranjero. Por ello, es loable la manera en que la SCJN, plantea el desconocimiento de la personalidad jurídica y otros derechos.

En este sentido, la decisión es trascendental por dos razones: Se construyó en la modalidad *pro persona*; y da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias.

Por cuanto hace al ámbito interamericano, debemos señalar que en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, se consideró que la nacionalidad es un prerrequisito para el reconocimiento a la personalidad jurídica, ya que "una persona apátrida, *ex definitione*, no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado".⁵ Asimismo, la Corte IDH fija un precedente importante en

⁴ Corte IDH. *Caso de las Niñas...*, *supra* nota 2, párr. 176; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 188; y Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87.

⁵ Corte IDH. *Caso de las Niñas...*, *supra* nota 2, párr. 178.

relación al reconocimiento de la personalidad jurídica a partir del caso *Anzualdo Castro vs. Perú*⁶ al reconsiderar, tras un estudio amplio de distintas disposiciones del *corpus iuris* internacional relativo a la prohibición de las desapariciones forzadas, su posición anterior y reconoce que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede también conllevar una violación específica del referido derecho, considerando que deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula, la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos.

En síntesis:

- Implica reconocer a toda persona la capacidad de ser titular de derechos y de deberes.
- Su violación supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes.
- La personalidad conlleva el reconocimiento de sus esferas de derechos, entre los cuales se ubica el de comparecer en juicio en representación de otra persona física o moral.
- La nacionalidad es un prerequisite del reconocimiento de la personalidad jurídica.
- La desaparición forzada viola el reconocimiento a la personalidad jurídica.
- El Estado debe procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares.

2. Derecho al nombre

El derecho de a un nombre propio es un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona⁷ sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.⁸

⁶ Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú...*, *supra* nota 4, párrs. 87-101; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 98-102; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párrs. 96-101; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 122.

⁷ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 192.

⁸ Corte IDH. *Caso de las Niñas...*, *supra* nota 2, párr. 182.

Este derecho está consagrado en el artículo 18 de la CADH y es un derecho inderogable bajo el ordenamiento constitucional, según lo establecido en el artículo 29 párrafo II.

El derecho al nombre permite al individuo la proyección externa o social de su personalidad, en tal sentido, la práctica de la Suprema Corte se ha erigido en esta misma línea, de reafirmando del derecho al nombre como uno de los primeros derechos al que deben acceder las personas al nacer. De esta manera, podemos interpretar que su importancia no sólo reside en el hecho de ser un componente de la identidad de las personas, sino también, en constituir por sí mismo, un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos, pues dota al individuo de existencia legal.

Siendo así, es conveniente señalar que el estudio del derecho al nombre como componente del derecho a la identidad, se realiza a partir de dos casos, abordados por la SCJN, dichos casos permitieron exponer situaciones paradigmáticas de violaciones a este derecho, respecto de menores de edad y personas transexuales en nuestro país. Por lo que, sin mayor preámbulo pasaremos a analizar cada uno de ellos para extraer los elementos constitutivos del derecho en cuestión fijados por el tribunal.

En la *Contradicción de tesis 154/2005-PS*,⁹ la SCJN debía resolver –en relación al tema que nos corresponde–, ¿cómo puede el juez garantizar el derecho del menor a la filiación ante la negativa del demandado para realizar la prueba de ADN? Para ello, la Primera Sala recurrió, como lo ha hecho la Corte IDH, al *Corpus Iuris* Internacional de protección de la niñez para determinar que el derecho a la identidad, del que son titulares los menores de edad, les garantiza tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nacen, así como una nacionalidad y conocer su filiación y origen. Consecuentemente, debemos calificar de acertado el fallo en tanto concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario. De no ser así, estaríamos consintiendo dejar “el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.”

Otro aspecto apreciado por la SCJN es que el estado civil comporta un atributo propio de la persona, inherente y consubstancial al derecho de la personalidad jurídica y al nombre que, en el caso de los menores, reviste el carácter de derecho fundamental. De ahí que, el menor

⁹ Ejecutoria: 1a./J. 101/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 154/2005-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO Y EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 112. Reg. IUS. 20018.

deba tener certeza de quién es su progenitor como parte del núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica. Por último, resulta oportuno puntualizar que la forma en la que se construyó la argumentación con base en el derecho a la identidad personal, permitió destacar en este fallo una característica propia de los derechos humanos, su interdependencia: demostrando que el menoscabo a este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica.

Respecto al *Amparo directo civil 6/2008*, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS,¹⁰ debemos recordar que en la *litis* la persona interesada obtuvo en primera instancia el cambio de nombre y de sexo, pero no logró que se le expidiera una nueva acta. De manera que, las autoridades del Registro Civil escribieron su identidad anterior en el margen de su acta de nacimiento original, el quejoso apeló la decisión, sin embargo, ésta le fue confirmada. Posteriormente, promovió un amparo directo contra esa confirmación considerando que dicha anotación violaba sus derechos fundamentales, pues cualquier persona podría conocer su identidad pasada.

La Suprema Corte atrajo el recurso, y en un fallo sin precedentes ordenó que se le expidiera una nueva acta de nacimiento con los cambios solicitados. En el análisis de fondo el tribunal recurre a fijar los derechos en juego con base en los siguientes tratados internacional sobre derechos humanos: La Declaración Americana de Derechos Humanos, la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A su vez, en un ejercicio amplio de integración del derecho determina que los derechos que acompañan a la identidad –entre ellos el nombre– deben vincularse con la idea que cada una de las personas tenga de sí misma. De esta forma, se reconoció que la identidad *lato sensu* implica el derecho a tener un nombre acorde al género con el que cada persona se identifique. También se señaló que el acta de nacimiento de todo individuo, es un documento público importante en la esfera jurídica, y debe coincidir con la realidad social. Esto es, si una persona ha modificado su entorno como persona ante la sociedad, debe de tener el derecho de modificar sus documentos que le permitan identificarse como tal. De lo contrario caeríamos en la contradicción de no reconocer jurídicamente a esa persona.

¹⁰ Ejecutoria: P. LXVIII/2009 (9a), AMPARO DIRECTO 6/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.

Sin duda, esta decisión es sumamente importante porque reconoce la personalidad jurídica de las personas transexuales. Con ello México se sitúa un paso adelante de la jurisprudencia de la Corte IDH que no ha tratado este tema.

Para finalizar bastaría señalar que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), la interpretación de este derecho se ha desplegado al margen de tres situaciones, a saber: en el *Caso de las niñas Yean y Bosico* se determinó que los Estados tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.¹¹

Más tarde en el año 2009, la Corte Interamericana analizó nuevamente este derecho en los casos de sustracción y retención ilegal de menores, en el marco del *Caso de la Masacre de las Dos Erres*. Allí se reconoció que el derecho al nombre se ve vulnerado cuando se le otorga y se registra al niño/a con un nombre y un apellido distinto al que su familia biológica le hubiese asignado a no ser por la privación arbitraria del medio familiar del que fue víctima.¹² Recientemente, el *Caso Gelman*¹³ trajo a la jurisdicción de la Corte IDH el tema de supresión de la identidad de niños/as donde dicha práctica se consideró también violatoria del derecho en cuestión.

En síntesis:

- Es un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona.
- Establece el vínculo jurídico entre los miembros de la familia con la sociedad y con el Estado.
- Es un derecho inderogable.
- Incluye el registro público con los nombres y apellidos sin que exista injerencia arbitraria para definirlos.
- El reconocimiento lato sensu de la identidad implica el derecho a tener un nombre acorde al género con el que cada persona se identifique.

¹¹ Corte IDH. *Caso de las Niñas...*, *supra* nota 2, párr. 183.

¹² Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos...*, *supra* nota 8, párr. 195.

¹³ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 131.

- El derecho a la identidad garantiza tener un nombre y los apellidos de los padres desde que se nace, así como una nacionalidad y conocer su filiación y origen.
- La sustracción y retención ilícita de menores viola el derecho al nombre.
- Los Estados, están obligados a proteger el derecho al nombre, facilitar el registro de toda persona, inmediatamente después de su nacimiento y a garantizar la posibilidad de preservarlo y restablecerlo.

3. Derecho a la indemnización por error judicial

Conforme al artículo 10 de la CADH, toda persona tiene derecho a recibir una indemnización como resultado de haber sido condenada en sentencia firme por un error judicial. A pesar de que hoy por hoy el reconocimiento de esta obligación, a través de la noción de responsabilidad objetiva y directa del Estado, nos parece una consecuencia ineludible del Estado de Derecho, no podemos obviar que en nuestro país surge de un largo proceso evolutivo, con pesos y contrapesos, con los cuales se ha ido delineando hasta adquirir los contornos y limitaciones que hoy la caracterizan.

Aun cuando ha sido un tema que no ha merecido tanta atención, el derecho a la indemnización por error judicial en el Sistema Jurídico Mexicano, perfila serias preocupaciones en tanto no existe un ordenamiento jurídico nacional que determine la operatividad real del derecho. De esta manera, la insuficiencia de la normativa constitucional sobre indemnización por error judicial, viene a ser subsanada parcialmente por la reforma constitucional del 2011, en tanto su aplicación directa. En un escenario ideal implicaría la adecuación de la normativa de modo que exista la posibilidad real de resarcir al particular el derecho o derechos conculcados, en los casos que se demuestre que se dictó una sentencia en la cual se incurrió en error judicial.

Justamente esta última afirmación nos lleva a analizar un problema más complejo que consiste en determinar cómo se ha entendido el derecho a la indemnización por error judicial en el contexto Mexicano y cómo debería entenderse a la luz de la CADH. Para responder al primer cuestionamiento debe señalarse que la SCJN no se ha pronunciado aún sobre este derecho en un caso; sin embargo, un Tribunal Colegiado de Circuito en aplicación de la legislación de Coahuila, ha fijado parámetros de interpretación del error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

A continuación, nos enfocaremos en este criterio para posteriormente contrastar la tesis con el contenido que deriva de la CADH, a fin de demostrar las diferentes concepciones que existen en torno al error judicial, no tan sólo en comparación con la legislación mexicana, sino también dentro del propio SIDH.

Como sosteníamos líneas atrás, se ha establecido la hipótesis en la que sería procedente una indemnización por error judicial, específicamente en relación a la legislación de Coahuila que contempla en la Constitución una acción de pago de daños por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia. Así el tribunal fijó los casos en que procede su indemnización, delimitando consecuentemente aquellos en los cuales no se configura el error judicial, consideró que procede su respectiva indemnización cuando “cause de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona”;¹⁴ restringiendo la posibilidad de reparación a las situaciones en las que “en uso de su arbitrio judicial las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a los intereses de las partes en algún litigio y, por ello, se vea orillada a interponer los medios de defensa correspondientes a fin de corregir la actuación judicial que considera equivocada”.

Ciertamente coincidimos con que no puede existir error judicial cuando la aplicación del derecho ordinario por parte del juez competente ha llevado a un resultado cuya “exactitud” –en el sentido general de “conformidad”– es discutible, especialmente en el caso de examen de distintos intereses en conflicto, la valoración adoptada resulta cuestionable, porque los intereses de una u otra parte se han sopesado en mayor o menor medida.

Este criterio permite inferir que el tribunal establece una regla importante en tanto el error judicial debe recaer directamente en la transgresión de los derechos fundamentales de una persona en un proceso. Al mismo tiempo, el fallo es confuso y limitativo a la vez, en tanto determina que el daño debe ser objetivo, grave y trascendente, dejando así un amplio margen de discrecionalidad para que la autoridad competente determine cuando una afectación a un derecho fundamental es “grave” y “trascendente”.

Como puede advertirse esta decisión no aporta muchos elementos, pero se inscribe al margen de las opiniones académicas que consideran que el “error judicial” se configura cuando el juez o magistrado en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ha actuado de manera manifestamente equivocada en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación

¹⁴ Tesis: VIII.5o.1 C (9a.), INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 1691. Reg. IUS. 173009.

de la norma al caso concreto, ocasionando así un daño efectivo, evaluable económicamente o individualizado.¹⁵

En este punto del análisis debemos reconocer que la norma sobre indemnización establecida en la CADH presenta problemas de interpretación. Los órganos del SIDH no han establecido reglas claramente definidas, la Corte IDH incluso, no se ha pronunciado en ningún caso sobre la responsabilidad del Estado por la violación a este derecho y en cuanto a la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o “Comisión Interamericana”), si bien puede advertirse que se ha pronunciado al respecto, los criterios aplicados no establecen pautas precisas sobre el contenido y alcance de la norma en comentario.

Por ello y por la importancia de contar con mecanismos jurídicos efectivos para ejercer tal derecho, los trabajos preparatorios podrían ser relevantes para aclarar el significado de la disposición. Así la formulación del artículo 10 en principio señalaba: Toda persona que haya sido privada de libertad ilegalmente o por error judicial, será indemnizada por las pérdidas sufridas como consecuencia de la condena y de la privación de libertad, salvo en el caso de que el sentenciado haya contribuido a hacer posible el error judicial.¹⁶

En sus observaciones al anteproyecto, los delegados de República Dominicana apuntaron estar de acuerdo en su inclusión especificando que “el error judicial” podría abarcar cualquier caso revocado por apelación, inclusive los revocados por razones de procedimiento o técnicas con prescindencia de la culpabilidad del acusado,¹⁷ algunos otros Estados como Venezuela, Honduras, Argentina, Nicaragua, México y Chile se manifestaron contrarios a su aprobación recomendando su eliminación; Ecuador,¹⁸ en cambio, pugnó por reemplazar el texto por el del artículo 14. 6 del PIDCP.

Cabe hacer mención que los redactores del texto final de la CADH no fueron claros, y aprobaron una disposición quizás más amplia que la consagrada en otros instrumentos internacionales como serían el PIDCP y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 3 del Protocolo Adicional 7). Dichas disposiciones, si permite inferir el contenido del derecho, de hecho la disposición del sistema europeo crea un memorando explicativo, para esclarecer posibles problemas de interpreta-

¹⁵ Cfr. González Rodríguez, José de Jesús, *Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Documento de Trabajo núm. 79, 2009, p. 2.

¹⁶ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., 1978, p. 24.

¹⁷ *Ibid.*, p. 50.

¹⁸ *Ibid.*, p. 60.

ción. En este orden de ideas, se puntualiza que el numeral 3 no se aplica cuando una acusación ha sido desechada o cuando se declara al acusado inocente ya sea por el tribunal de primera instancia o de apelación; sólo se aplica cuando la condena se ha revocado o se ha concedido un indulto porque hechos nuevos o descubiertos recientemente demuestran de manera concluyente que ha habido un error judicial, entendiendo por este último “una falla grave en el proceso judicial que implique un serio perjuicio a la persona condenada”, siendo el orden jurídico nacional el que debe instituir el procedimiento para establecer el error judicial.¹⁹

En este sentido, podemos colegir que existen algunas condiciones para la aplicación del artículo 10 de la CADH, siendo la primera de ellas; la existencia de una infracción en el ámbito penal, no obstante, a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte IDH, se entiende que también se aplicaría a las sanciones disciplinarias y administrativas. En segundo lugar, debe observarse la existencia de una condena por sentencia firme, lo que implica la imposición de una pena respecto de la cual ya no exista recurso alguno, y como tercera condición, el derecho a la indemnización sólo procede si la sentencia condenatoria ha sido revocada.

Al mismo tiempo, coincidimos con la opinión de la jueza Medina Quiroga respecto a que el artículo 10 de la CADH, donde no establece como requisito para que la revocación de la sentencia dé lugar a la indemnización, que ésta deba estar basada en un hecho probatorio del error que se “ha producido o descubierto” con posterioridad. Sin embargo, es probable que esa sea la interpretación que se dará a este artículo de ser examinado por la Corte IDH, porque parece ser la más razonable.²⁰

Sin embargo, la práctica de la Comisión Interamericana,²¹ no se ha inclinado hacia este punto, pues sin el más mínimo esfuerzo argumentativo, ha bastado a ésta comprobar: la existencia de un daño o privación de derechos; el reconocimiento por parte de las autoridades de la naturaleza política e ideológica de la sanción impuesta; la omisión de revocar las resoluciones que impusieron la sanción y la falta de reparación, para declarar que efectivamente se había faltado a las obligaciones convencionales que derivan del artículo 10 de la CADH.

El razonamiento de la CIDH en este caso, no logra delimitar el alcance del derecho a la indemnización por error judicial, y traspasa la línea de este derecho hacia la violación de las garantías

¹⁹ El Memorandum (Doc. H(84)5) citado en Harris, D.J., et. al., *Law of the European Convention on Human Rights*. London, Butterworths, 1995, p. 568.

²⁰ Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia- vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2003, pp. 352-356.

²¹ Vid. CIDH. Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio, Fondo, Informe No. 124/06, , 27 de octubre de 2006, párr. 122-129.

judiciales en relación con la libertad de expresión que no habían sido reparadas por el Estado en cuestión. En este sentido no dudamos que el criterio de la CIDH se erige en una modalidad *pro persona*, sólo que desde el punto de vista jurídico, se aprecia un error conceptual del contenido sustantivo del derecho en análisis. En este sentido, entendemos que los redactores de la CADH establecieron las garantías judiciales, la indemnización por error judicial y la obligación de reparar en tres disposiciones diferentes, una lectura integral de esas normas nos lleva necesariamente a distinguirlas, ya que de lo contrario habrían sido incluidas en una sola disposición.

Continuando con nuestro análisis, debemos señalar que tampoco especifica cómo y ante quién puede un condenado por sentencia firme, recurrir para que se determine que esa condena fue el resultado de un “error judicial”. Sin embargo, es claro que el error judicial debe constar en alguna decisión autorizada del Estado.²² Por ello, consideramos que la expresión “conforme a la ley”, otorga un margen de discrecionalidad al Estado para que en la normativa interna establezcan el ámbito en el que ha de llevarse a cabo esta indemnización, permitiendo que el ordenamiento jurídico nacional determine la operatividad del derecho.

Por tanto, concluimos que para lograr la operatividad plena de esta disposición, el Estado debe garantizar que en el ordenamiento jurídico nacional contemple un recurso adecuado que permita al condenado reclamar que su sentencia fue resultado de un “error judicial”, y debe establecer normas legales que consagren el derecho a la indemnización una vez que se comprobó la existencia del error judicial.

Esta interpretación concuerda además con la práctica jurídica de los países latinoamericanos, en donde esta obligación ha sido tratada de cumplir por distintas vías y con distintas interpretaciones. Así por ejemplo, El Salvador estipula la posibilidad de que en los casos de revisión en materia penal el Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados,²³ y Brasil extiende la obligación del Estado de indemnizar al que permaneciere en prisión más allá del tiempo fijado en la sentencia.²⁴

Algunas otras disposiciones regulan ampliamente el error judicial, como la Constitución de Venezuela la cual establece para el Estado la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas o a los derechohabientes de éstas, por las violaciones a los derechos humanos

²² Cfr. Medina Quiroga, Cecilia..., *op.cit.*, nota 20. Véase también: Cfr. Möller, Jakob Th. y de Zayas, Alfred, *United Nations Human Rights Committee case law 1977-2008 a Handbook*, N. P. Engel, 2009, p. 245.

²³ Constitución de la República de El Salvador, artículo 17.

²⁴ Constitución Política de la República Federativa de Brasil, artículo 5 inciso LXXV.

que le sean imputables al Estado.²⁵ Por su parte, Ecuador²⁶ en el ámbito penal reconoce la posibilidad de que una persona sea indemnizada por errores o deficiencias generados tanto en los procesos penales como en la etapa de averiguación previa, establece también la forma en la deben liquidarse las indemnizaciones e incluso la obligación de proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde a su formación y a sus necesidades. Y finalmente, en Perú se creó una ley especial que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias.²⁷

Como puede apreciarse, la interpretación del artículo 10 es amplia, no existe un consenso general sobre el alcance de este derecho. El derecho comparado aporta buenas prácticas en cuanto a la tutela efectiva de este derecho en las legislaciones nacionales, por lo cual en su aplicación, los órganos de justicia del país podrán hacer uso de éstas y la jurisprudencia internacional para intentar darle un contenido sobre las líneas mínimas que ya hemos apuntado. Siendo imperativo mencionar que ante ausencia de una ley que prevea la indemnización por error judicial –como en México–, el Estado debe considerarse no relevado de su obligación puesto que sigue sujeto a las normas internacionales.

En síntesis:

- Existencia de una condena por sentencia firme.
- El error debe constar en alguna decisión autorizada del Estado.
- El error judicial debe recaer sobre un hecho nuevo o reciente descubrimiento.
- El error judicial debe recaer sobre la trasgresión a un derecho fundamental.
- El Estado debe garantizar la existencia de un recurso que permita al condenado reclamar que su sentencia fue resultado de un “error judicial”, y establecer normas legales que consagren el derecho a la indemnización una vez que se comprobó la existencia del error judicial.

²⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 30.

²⁶ Título III “Indemnización al imputado, acusado o condenado”, artículos 416 al 421 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, Ley No. 000. RO/ Sup. 360 de 13 de Enero del 2000.

²⁷ Vid. Ley que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, República de Perú, del 28 de diciembre de 1988.

III. Consideraciones finales

En el desarrollo de este artículo hemos intentado subrayar que México ha empezado a construir constitucionalmente un estándar mínimo en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la labor de integración de la CADH con la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, aun destaca la ausencia de prácticas consolidadas que aseguren la implementación Estatal de las decisiones interamericanas.

En este escenario, la reciente reforma constitucional reconfigura la operación y entendimiento del orden jurídico nacional, planteando con ello importantes desafíos para los operadores de justicia. Pues el peso de la reforma y el proceso de implementación que le sigue, convierte a éstos en actores principales en el establecimiento de estándares significativos que lleven a concretar la protección jurídica de los derechos humanos en nuestro país mediante “sentencias integradoras”.

Es por ello que este estudio no sólo resulta pertinente, sino que se perfila como una herramienta necesaria de difusión y consulta sobre precedentes importantes que, en nuestro entendimiento, resultan claves para fortalecer la implementación de estándares internacionales de derechos humanos en México a nivel federal y estatal, situación que por sí misma contribuiría en la transformación de situaciones de inequidad, violencia, impunidad y corrupción.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: 2a./J. 45/2009 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 14/2009. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEGUNDO Y TERCERO, AMBOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Junio de 2009, p. 452. Reg. IUS. 21598.
- Ejecutoria: 1a./J. 101/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 154/2005-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO Y EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 112. Reg. IUS. 20018.
- Ejecutoria: P. LXVIII/2009 (9a.), AMPARO DIRECTO 6/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.
- Tesis: VIII.5o.1 C (9a.), INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 1691. Reg. IUS. 173009.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

- Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.
- CIDH. *Caso 11.500, Tomás Eduardo Cirio, Fondo, Informe No. 124/06*, 27 de octubre de 2006.

La protección a la organización y desarrollo de la familia

Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA*

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley.
Esta protegerá la organización y el desarrollo de la
familia.

* LL. M. por la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf, Alemania. Coordinadora de Estudios Jurídicos de Ombudsgay.

SUMARIO: I. Significado y delimitación. II. Ámbito protegido y contenido esencial. III. Intervención. IV. Régimen jurídico de la familia en México. V. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Familia; Adopción; Matrimonio.

I. Significado y delimitación

El artículo 4o. constitucional contiene diversas disposiciones relacionadas con la equidad de género y la igualdad dentro de la familia. El primer y segundo párrafos fueron introducidos en 1974¹ con el objetivo de incluir a la mujer a la actividad económica del país asegurando su igualdad frente al varón y en las relaciones familiares. Para ello, se debía reconocer el derecho a decidir ser o no ser madre y en consecuencia garantizar, desde el Estado, la información y los medios de **planificación familiar**. La reforma publicada el 31 de diciembre de 1974 incluyó además modificaciones a los artículos 5o., 30o. y 123o. con lo que se aseguraba en el texto fundamental por un lado, el derecho a la educación y al trabajo de las mujeres en circunstancias de igualdad; y por el otro, la **protección a la familia** a través de garantías laborales del artículo 123o., por medio de la naturalización como mexicano del varón que contraiga matrimonio con mujer mexicana o vinculando al legislador ordinario a través del mandato de proteger a la familia en la ley.

¹ La exposición de motivos de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, además, se refiere a las recomendaciones igualitarias que la Organización de las Naciones Unidas formuló en 1967 al través de la 'Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer', así como la proclamación de 1975 como 'Año Internacional de la Mujer', oportunidad diseñada para intensificar la acción tendiente a promover la igualdad entre ésta y el varón y a lograr su plena integración en los esfuerzos conducentes al desarrollo.

Este artículo debe ser interpretado de manera sistemática, pues a pesar de que el 4o. constitucional contiene diversas disposiciones aisladas, es necesario para su concretización analizar el artículo de esta forma pues todas las disposiciones son complementarias. Así, la igualdad del varón y la mujer ante la ley debe ser premisa fundamental para la protección de la organización y desarrollo de la familia. Este principio de igualdad debe regir no sólo en las relaciones entre la pareja,² sino también entre los hijos,³ fundamentalmente en la protección y satisfacción de sus derechos. Aunque más adelante se analizarán las posibles limitantes por colisión entre estos derechos y libertades, es importante destacar también que el **derecho a decidir**⁴ consagrado en el segundo párrafo, es parte primordial de la idea de familia, y éste debe ser entendido también a partir del principio de igualdad y no discriminación que rige las relaciones de pareja como el **matrimonio**, el **concubinato**, la **sociedad de convivencia** (Distrito Federal) o el pacto civil de solidaridad (Coahuila).

² En este sentido Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante "Convención de Belem do Pará") incluye, entre otros el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, (en adelante CEDAW), es un tratado muy relevante cuando se trata de discriminación y trato desigual de la mujer *vis-a-vis* en su status familiar e incluye normas sobre el matrimonio y la nacionalidad, igualdad y consentimiento, derechos y responsabilidades dentro del matrimonio, planeación familiar, custodia y adopción, derechos de las mujeres a elegir un nombre de familia, profesión y ocupación, propiedad, edad mínima para contraer matrimonio y sobre el registro obligatorio de los matrimonios y la Recomendación General del Comité CEDAW No. 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. En el mismo sentido ver el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o "Comisión Interamericana") en el caso de Ma. Eugenia Morales de Sierra v Guatemala (2001) Informe No. 4/01* Caso 11.625. También son aplicables los artículos 2 y 24 de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género que establecen los derechos a la igualdad y no discriminación y a formar una familia, respectivamente.

³ En este sentido la Convención sobre Derechos del Niño y en especial el principio de igualdad y el principio del interés superior del niño. Sobre derechos familiares resultan relevantes los artículos 9, 10, 20, 21, 22. Ver además la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Serie A No. 17 que contiene un apartado específico sobre los derechos de los niños a la familia y en la familia. También la Observación General No. 17, comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité CCPR), artículo 24 –Derechos del niño, 35o. período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989). Así como Comité CCPR. Observación General No. 19 (artículo 23)– La familia. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171, 24 de julio de 1990.

⁴ Ver en este sentido la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en especial las páginas 188 y 189 sobre la libertad sexual y reproductiva de la mujer y el ejercicio individual de la maternidad. Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469. Asimismo, la última semana de septiembre de 2011 el Pleno de la Suprema Corte discutió dos acciones de inconstitucionalidad (11/2009 y 62/2009) relacionadas con el derecho a decidir. Por no haber alcanzado la mayoría requerida de 8 votos, se desestimó la acción, sin embargo el tema fue discutido tanto en el Pleno como lo será en los votos particulares que harán los ministros. Ejecutoria (10a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009. PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN CIUDADANA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 1, p. 615. Reg. IUS. 23348; y Ejecutoria (10a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 62/2009. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA QUINGUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 1, p. 789, Reg. IUS. 23349.

La exposición de motivos de la reforma de 1974 menciona el equilibrio entre libertades individuales y garantías sociales y ello se debe a que el primer párrafo del artículo 4o. contiene, además del derecho a la igualdad, una garantía de protección a cargo del Estado para proteger a la familia por la vía legal. Ello quiere decir que no se está frente a una clásica libertad de la persona frente al Estado, sino que se exige una actividad por parte de éste.

Los derechos tienen diversas funciones, tradicionalmente se reconocen tres estatus a partir de la relación del individuo con el Estado, de acuerdo con la teoría de los derechos subjetivos desarrollada por Georg Jellinek:⁵ *status negativus* es decir, como barreras contra las intrusiones del Estado, el *status positivus* o libertad no sin el Estado y *status activus*, libertad en y para el Estado; junto con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como DESC) se ha desarrollado la idea de que los derechos tienen una función jurídico-objetiva, es decir, que deben ser comprendidos como normas de competencia negativas. De ello, se sigue que los derechos fundamentales son en general comprendidos como un orden de valores objetivo que irradia todo el sistema jurídico⁶ y que el Estado en cada una de sus decisiones debe tomar en cuenta. Además, de acuerdo con el artículo 1o., el Estado está vinculado inmediatamente a todos los derechos. Ahora bien, a partir de la función objetiva⁷ de los derechos, surgen tres funciones especiales: 1) la idea de los derechos como obligaciones de protección para la autoridad, 2) los efectos de los derechos entre particulares y 3) las garantías instituto del derecho privado.⁸

- 1) *Los derechos como obligaciones de protección*⁹ implican un mandato a la autoridad para realizar lo mínimo indispensable para garantizar el disfrute del derecho, y es

⁵ Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg 1892.

⁶ Ver en este sentido Tesis 1a. CLI/2011 (9a.), DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 222, y referida en Tesis 1a. XVIII/2011 (10a.), AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO CONOZCAN DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS QUE DESCONOZCAN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, p. 2685. Reg. IUS. 2000050; así como Amparo en Revisión 2/2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=32482>> (19 de junio de 2013) y Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia definitiva 15 de junio de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (19 de junio de 2013).

⁷ Ver por ejemplo la sentencia del Amparo Directo en Revisión 1621/2010... *supra* nota 6, "...los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva)."

⁸ También se cuentan las garantías institucionales de derecho público y los efectos de los derechos en las organizaciones y los procedimientos. Para efectos de este comentario interesan tan sólo las mencionadas en el texto.

⁹ Véase Alexy, Robert. "Sobre los Derechos Constitucionales a la Protección", en *Derechos Sociales y Ponderación*, Alexy, Robert, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, S/A. Disponible en: <<http://bit.ly/JUa86c>> (19 de junio de 2013).

precisamente éste el sentido de la prohibición de la acción insuficiente (prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente). Tanto la necesidad de protección objetiva del derecho, como la necesidad subjetiva de protección de cada persona dependen de la susceptibilidad del bien protegido para ser asegurado. En este sentido, la obligación del Estado se encuentra bajo las posibilidades fácticas y constitucionales. El Estado pues, deberá hacer todo lo fáctica y constitucionalmente posible (dentro de sus límites inmanentes) para proteger el derecho en cuestión, en este caso, legislar para proteger el desarrollo y la organización de la familia. Este aspecto refuerza la garantía de los derechos pues, en su mayoría, son las obligaciones de protección las que no pueden suspenderse en casos de emergencia. A la letra dice el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM): "[en los] casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto...no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos...a la protección a la familia... ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos."

- 2) Respecto de *los efectos de los derechos entre particulares*, se entiende que los derechos vinculan de manera mediata¹⁰ entre particulares cuando se trate de interpretar normas, sobre todo aquellas que contienen cláusulas abiertas. Sin embargo, en dos ocasiones la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") se ha pronunciado por reconocer efectos inmediatos entre particulares: "...en los artículos 2o., 4o., 27o. y 31o. constitucionales, encontramos disposiciones que imponen un deber de hacer o no hacer a los particulares...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".¹¹

Por otro lado, la teoría de los derechos fundamentales ha ampliado la relación entre el individuo y el Estado pues reconoce en los derechos además, una relación de promoción y cuidado por parte del Estado. La llamada función de protección obliga al Estado a una aplicación e interpretación conforme con los derechos en todas las áreas del derecho, a protegerles a través de la participación (derechos prestacionales) y a la protección frente a los peligros. Esta concepción dinámica y bifronte de los derechos

¹⁰ La vinculación entre particulares y el Estado es en cambio, inmediata (ver el tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución).

¹¹ Amparo en Revisión 2/2000..., *supra* nota 6.

ha encontrado cabida en la nueva redacción del artículo 1° de la Constitución, fundamentalmente en el párrafo tercero al establecer que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

3. Por último, *el concepto de garantías* instituto tiene como función prohibir al legislador la intervención en el contenido esencial¹² de derechos de libre configuración, es decir, hay un núcleo del derecho que debe quedar intacto pues de otra forma se vacía de contenido y se transgrede el principio de proporcionalidad, que sirve para evitar el uso de la arbitrariedad en la limitación de los derechos (interdicción del exceso). El legislador tendrá entonces libertad configurativa en la ley ordinaria para definir los derechos y obligaciones que del instituto se desprenden tanto para las personas, como para las autoridades, sin que ello pueda vaciar de contenido al instituto garantizado. La doctrina entiende que el contenido esencial de los derechos es una barrera o "trazado último"¹³ para cuando el legislador establezca los límites al derecho ya sea al concretizarlo o cuando éste colisione con otro derecho o principio constitucional. Es pertinente aclarar que el concepto de contenido esencial del derecho no implica necesariamente la tutela de un *statu quo* inmutable.

Por el contrario", explica Peter Häberle, "las fórmulas del contenido esencial... pueden cumplir, sobre todo en manos del juez, pero también para el científico, una segunda, nueva función: más que nada positiva, si se quiere de 'apelación' y 'ofensiva'. Para el presente y el futuro, ellas pueden circunscribir y fundar nuevos aspectos de los derechos fundamentales, que tradicionalmente no eran conside-

¹² La Suprema Corte no ha reconocido textualmente una garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales, aunque existen al menos tres tesis que se refieren a ésta. Tesis 2a. LXXII/2010 (9a.), DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SON INCONSTITUCIONALES LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE DENIEGAN, EN FORMA ABSOLUTA, LA OBTENCIÓN DE AQUÉLLA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 460. Reg. IUS. 164105; Tesis 2a. LXXX/2008 (9a.), JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 447. Reg. IUS. 169467; y Tesis P/J. 68/2010 (9a.), AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 5. Reg. IUS. 164177.

¹³ Véase Häberle, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Granada, Comares, 2003. Acuña Llamas, Francisco Javier, "El Contenido Esencial de las Normas Referentes a Derechos Humanos en la Constitución Mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección", en Carbonell, Miguel (Coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM (y otras instituciones), 2002, pp. 29-57. Durán Ribera, Willman Ruperto, "Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, IIJ-UNAM, 2003, pp. 283-290.

rados como elementos –inmanentes– del contenido de estos derechos. Dichas fórmulas pueden fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos ‘elementos’, y pueden dar lugar a una intensificación de radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela.¹⁴

La doctrina distingue entre las garantías privadas (garantía instituto) y de derecho público (garantía institucional) para diferenciar los grados de limitación permisible por parte del Estado. Así, las garantías instituto de derecho privado, como es entendida la familia en España o en Alemania,¹⁵ tendrán parámetros de justificación mucho más elevados cuando se trata de intromisiones por parte de la autoridad; en cambio, las garantías institucionales, como la administración pública o las universidades, por su finalidad pública tienen parámetros menos estrictos y relacionados con su finalidad.

A pesar de haberse discutido ya en el Pleno, la SCJN hasta ahora no ha confirmado¹⁶ la calidad de garantía instituto al derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia del artículo 4o. En la discusión, los ministros asumieron que definir este derecho como garantía instituto tendría dos inconvenientes: por un lado, que se establecería "un modelo" de familia y por otro, que una garantía instituto no es reconducible a derechos subjetivos. Ambas asunciones son falsas. Ya se explicó que la idea del contenido esencial no implica una dogmatización del instituto, sino que implica contenidos mínimos que permiten una inter-

¹⁴ Häberle, Peter, *La Libertad...*, op. cit., p. 323.

¹⁵ *Ibid.*, p. 143.

¹⁶ En la sesión del día 5 de agosto de 2010 con propósito de la discusión de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, el ministro José Ramón Cossío planteó al Pleno la cuestión de si el derecho de protección al desarrollo y organización de la familia es o no una garantía institucional para a partir de ello definir su contenido esencial. Para el Ministro Cossío era relevante que el Pleno interpretara el contenido esencial de la garantía institucional de la familia contenida en el artículo 4o. y a partir de éste determinar si la norma analizada vulneraba o no ese núcleo. Desafortunadamente el ministro Cossío no emitió un voto particular sobre este asunto. La mayoría (ministros Valls, Silva Meza, Sánchez Cordero, Franco y Zaldívar) se pronunció por analizarle desde la óptica de un derecho fundamental pues, se explicó, en la dogmática constitucional mexicana el concepto de garantía institucional se ha usado principalmente para el análisis de órganos de carácter público y no para instituciones de carácter civil, como la familia. En la sentencia de dicha Acción de Inconstitucionalidad no hay referencia a esta discusión. Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553. El concepto ha sido utilizado en asuntos acerca de partidos políticos. Ejecutoria P/J. 58/2010 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 85/2009. PARTIDO POLÍTICO CONVERGENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2553. Reg. IUS. 22078; Ejecutoria 1a. LXXIX/2009 (9a.), CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES 93/2007. PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 1911. Reg. IUS. 21195; Ejecutoria (9.a), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 69/2008. PARTIDO POLÍTICO NACIONAL CONVERGENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 1035. Reg. IUS. 21196; y Ejecutoria P. XXVII/97 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1195/92. JULIO ÓSCAR TRASVIÑA AGUILAR. MINISTRO PONENTE: JUVENTINO V. CASTRO Y CASTRO. SECRETARIO: JOSÉ PABLO PÉREZ VILLALBA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VI, Agosto de 1997, p. 223. Reg. IUS. 4525.

pretación dinámica y a la vez garantizan *un piso* para los derechos, además los ministros explicaron que este derecho tiene como función esencial la de limitar al Estado frente a la familia (*status negativus*), lo cual es equivocado, pues esa es la función del derecho reconocido por la vía del artículo 16. Por otro lado, no existe antinomia entre garantía instituto y derecho subjetivo, al contrario, entre garantías y derechos existen procesos de subjetivización y a la inversa, de institucionalización. Es decir, es posible por la vía interpretativa desarrollar derechos subjetivos a partir de institutos,¹⁷ y al contrario, a partir de derechos desarrollar institutos.¹⁸

Entonces, es posible concluir que respecto al derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia, la Constitución admite dos posibles interpretaciones: 1) la que al parecer ha adoptado la Corte mexicana, es decir, que la norma contiene una obligación de hacer para el legislador, es decir, está obligado a proteger a la familia por la vía de la ley ordinaria¹⁹ sin que exista ningún límite; y 2) debido a que no hay en la dogmática mexicana una posición clara sobre el carácter del derecho contenido en la segunda oración del párrafo primero del artículo 4to, se puede entender que si lo que predomina más bien es la cara objetiva del derecho, estamos ante una garantía instituto. Esto se entiende así, porque la formación de una familia no depende de la existencia de un derecho, es un hecho que sucede independientemente de lo que diga la norma,²⁰ en cambio, a lo que se tiene derecho es

¹⁷ Es el caso del derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia, por ejemplo el derecho al reconocimiento de los hijos. Ver al respecto la Ejecutoria 1a./J. 101/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 154/2005-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO Y EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 112, sobre la prueba de paternidad; o Amparo Directo en Revisión 1903/2008. Sentencia definitiva de 11 de marzo de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=103919>> (19 de junio de 2013), relativo a la paternidad biológica del hijo de un tercero, nacido dentro de matrimonio. La referencia aquí es en especial al voto particular del ministro José Ramón Cossío.

¹⁸ Por ejemplo la libertad de prensa como una garantía instituto que se construye a partir de la libertad de expresión, la libertad de prensa, junto con el principio democrático. Ver por ejemplo la Corte IDH. *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; Tesis: 1a. CCXV/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 287. Reg. IUS. 165760; Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).

¹⁹ Aunado al derecho subjetivo como límite que prohíbe la intromisión del Estado en la familia del artículo 16o. constitucional y la libertad configurativa en el ámbito del derecho civil.

²⁰ Ésta es la discusión que subyace al reconocimiento de las familias diversas, a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y a la posibilidad de que personas con orientación sexual diversa adopten, en pareja o en lo individual. Las familias diversas y las parejas del mismo sexo ya existen, lo que no existe es el reconocimiento (la legitimación) por parte del Estado (sólo en el Distrito Federal con efectos en toda la República por la vía del artículo 121o. constitucional), lo que tiene como consecuencia desventajas que contradicen frontalmente el artículo 1o. y el 4o. constitucional por ser un trato diferente arbitrario, es decir, un trato discriminatorio. Véase Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

al reconocimiento de esas relaciones de parentesco y filiación y a que a través de este reconocimiento existan normas que protejan el desarrollo y la organización de la familia y que además garanticen la no intromisión arbitraria por parte del poder público.

La decisión de la acción de inconstitucionalidad 2/2010²¹ no dotó de contenido mínimo al derecho a la protección de la familia por lo que se deja su definición abierta a sucesivas decisiones de la Suprema Corte (el Pleno de la SCJN no está vinculado a sus decisiones)²² y a los legisladores locales en su libertad de configuración en materia civil²³ (*a maiori ad minus*). A pesar de que la mayoría de los ministros se pronunciaron en contra de definir el derecho del artículo 4o. como una garantía instituto en la discusión en el Pleno, parece ser ésta la forma más clara para definir la obligación de su protección por la vía legal, pues el poder revisor distinguió el artículo 4o. como una obligación para la autoridad de llevar a cabo tareas positivas tendientes a proteger a la familia del derecho subjetivo clásico, es decir, del límite a la injerencia del Estado.

En efecto, la obligación de proteger a la familia contenida en el artículo 4to se encuentra directamente relacionada con la garantía de no intromisión que se encuentra en el artículo 16o. al establecer que "nadie puede ser molestado en su... familia,... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".²⁴ Esta libertad del artículo 16o. opera como barrera frente al Estado de las posibles intromisiones con la familia y como límite a cualquier intervención en las relaciones familiares ya sea como concretización legislativa del artículo 4to o como acto de autoridad judicial o administrativo. Si se mira este derecho tan sólo como una obligación de protección abierta en su totalidad a disposición del legislador democrático, se despoja de todo contenido pudiendo chocar con la protección del artículo 16o. y aunque es claro que el revisor de la Constitución faculta al legislador para delimitar esta protección, es necesario definir qué núcleo esencial contiene la institución familia, cuál es el mínimo que el legislador debe proteger por la vía de la ley ordinaria. Para desarrollar su obligación constitucional, el legislador debe saber qué es aquello que debe proteger y es en este sentido que se antoja necesario que se defina un contenido mínimo de la institución constitucional llamada la familia. Esta

²¹ Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

²² Ley de Amparo vigente en octubre de 2011, art. 192 y Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del art. 105 constitucional arts. 42-43.

²³ Libertad que si bien debe enmarcarse dentro del ámbito de la Constitución. El artículo 1o. establece la vinculación directa de todas las autoridades a los derechos humanos, no sólo los reconocidos textualmente en la Constitución, sino, también, a los reconocidos por la vía de los tratados internacionales. Así, en este caso el legislador local estará limitado para definir un concepto de familia, que en todo caso deberá atender al art. 4o. y al 16o.

²⁴ Si bien esta norma protege a la familia de intromisiones a través de actos administrativos, la barrera debe también extenderse al legislador a la hora de justificar medidas que limiten derechos relacionados con la familia, las medidas necesariamente deberán pasar el escrutinio del principio de proporcionalidad. Ver adelante.

definición no puede ser arbitraria, es decir, también las normas con sede constitucional deben respetar el orden de valores que ésta representa, así como el paradigma universal de los derechos humanos. En consecuencia, la definición del contenido esencial de la garantía instituido deberá hacerse atendiendo a una interpretación sistemática y unitaria de la Norma Fundamental y tomando siempre en consideración el artículo 16o. que la protege de la intromisión del poder público.

Al ser la familia un concepto sociológico, en una democracia constitucional, la definición de su contenido esencial debe ser mínima y abierta al tiempo.²⁵ Hablar de contenido esencial no implica definir una *naturaleza o esencia* en el sentido de un contenido inmutable o un modelo básico, más bien se refiere a qué es aquello que la Constitución garantiza, a la definición de un contenido esencial y mínimo que la Constitución reconoce como fundamental y que busca proteger.

II. Ámbito protegido y contenido esencial

1. Ámbito Personal

a. Sujetos del derecho

La validez personal de este derecho es general. El derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia se reconoce a cualquier persona física sin importar el "origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra."²⁶ No existen tampoco limitantes por minoría de edad, a los niños y los adolescentes se les ha reconocido, también, el derecho a la familia, ello se encuentra protegido²⁷ tanto por la vía del artículo 4o. constitucional, como por la vía de la Convención Americana sobre Derechos

²⁵ La referencia es a una postura garantista (Luigi Ferrajoli) y flexible (Gustavo Zagrebelsky). Al respecto la Suprema Corte se ha pronunciado porque "El legislador ordinario, al regular la organización y el desarrollo de la familia, se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo...". Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

²⁶ Se trata del último párrafo del artículo 1o. constitucional. La sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 se fundamenta precisamente en el principio de igualdad y no discriminación para contraer matrimonio y para el reconocimiento de las familias diversas. La Suprema Corte declaró válida y conforme con la Constitución la reforma al código civil del Distrito Federal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de menores por parte de estos matrimonios. Una mayoría de 9 ministros estimaron que no es posible negar el derecho a contraer matrimonio y a la familia a las personas con base en su orientación sexual pues eso es violatorio del artículo 1o. de la Constitución y que, como adelante se explica, el artículo 4o. no establece un modelo ideal de familia, sino protege a todas las relaciones familiares. *Ibidem*.

²⁷ Ver también la Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; Comité CCPR. *Comentario General No. 17. Los derechos de los niños (artículo. 24)*.

Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") (arts. 11o., 17o. y 19o.) y la Convención sobre los Derechos del Niño (especialmente los artículos 5o., 8o., 20º, 21o. y 22o.).

b. Destinatario o sujeto obligado

En general, al encontrarse vinculados a ellos de manera directa, todos los derechos son obligaciones para la autoridad.²⁸ El derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia está dirigido en primera instancia al legislador dado que el poder revisor estableció que esta protección se hará en la ley. Se trata de un mandato al legislador, tanto federal como local, para que en el ámbito de sus respectivas competencias protejan a la familia a través de las leyes ordinarias que puedan afectar o beneficiar a esta institución directa o indirectamente. Los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en que se basan todo Estado de Derecho y a que está sujeta toda autoridad, vincula directamente tanto a la autoridad administrativa como a la judicial, a través de la garantía del artículo 16º, en tanto que éstas deberán fundar y motivar cualquier acto que pudiera ser percibido como uno de molestia a la familia.

El primer párrafo del artículo 4o. se compone de dos oraciones que si bien contienen dos normas distintas se encuentran ligadas por la referencia a la ley que hace la segunda oración. "Esta protegerá..." se refiere a la ley, frente a la que el varón y la mujer son iguales. De la redacción de esta norma no se desprende la obligación de una ley especial o reglamentaria, es decir, la norma no establece que se deberá proteger a la familia a través de *una ley*, sino que establece que *la ley* protegerá a la familia, esto es, la ley en general, todas las leyes ordinarias deberán cumplir con esta finalidad. Sin embargo, ello no implica que el legislador ordinario no pueda emitir una ley especial para proteger a la familia. La obligación implica que cualquier ley que pudiera tener alguna incidencia en las relaciones familiares debe ser congruente con el mandato del artículo 4o. y en consecuencia podría ser declarada contraria a la Constitución por no cumplir con esta obligación. Regulan entonces los mínimos (de la obligación de protección, de la prohibición de la acción insuficiente y los máximos (de los límites frente al Estado) de la prohibición de la arbitrariedad.

Un ejemplo evidente sería el Código Civil, pero también aquí entrarían las leyes sobre seguridad social²⁹ por mencionar tan sólo un ejemplo. En el texto constitucional existen diversas

CCPR/C/21/Rev.1, (pp. 21-23) de 4 de julio de 1989; así como Comité CCPR. *Comentario General No. 19. La familia.* (artículo 23). HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 de 24 de julio de 1990.

²⁸ Para la aclaración del tipo de derecho ver *supra* apartado I. Significado y Delimitación.

²⁹ Véase Amparo en Revisión 992/2005. Sentencia definitiva 28 de enero de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74902>> (19 de junio de 2013), sobre la

disposiciones destinadas a proteger a la familia como lo son los artículos: 2o. apartado B fracción VIII sobre niños y jóvenes de familias migrantes; 3o. a través de la educación; 4o. párrafo sexto sobre el derecho a la vivienda digna y decorosa; 18o. párrafo sexto sobre reintegración social y familiar del adolescente; 27o. fracción XVII sobre el patrimonio de familia regulado en leyes locales; 29o. no suspensión en casos de invasión o perturbación grave; 107o. fracción III inciso a) sobre amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, el estado civil o al orden o estabilidad de la familia; 123o. apartado A fracción VI sobre el salario mínimo, fracción XXIV sobre deudas, fracción XXV sobre servicio de colocación de trabajadores, fracción XXVIII protección del patrimonio de la familia, XXIX sobre la Ley del Seguro Social; 123o. apartado B fracción VIII prioridad quien represente única fuente de ingreso en su familia, fracción IX inciso d) derecho a asistencia médica y medicinas para los familiares del trabajador al servicio del Estado, inciso e) centros vacacionales y de recuperación, tiendas económicas para beneficio del trabajador y su familia.

c. Ámbito Material ¿La Familia o las familias?

Se ha dicho ya que la segunda oración del párrafo primero del artículo 4o. contiene una garantía instituto y que como tal requiere de un contenido esencial indisponible. Interpretada esta garantía en el ámbito de la Constitución y la dogmática que de ella se ha ido desarrollando en los últimos años, se puede concluir que el contenido mínimo protegido por este derecho es el de las relaciones de filiación y parentesco,³⁰ pues sólo esta es una interpretación congruente con los derechos individuales reconocidos en nuestra Constitución, textualmente y por la vía interpretativa. Y así es como la Suprema Corte lo ha interpretado:

...si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [el matrimonio], debido a

pensión de viudez para los nietos de una trabajadora; o los amparos contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a): Amparo 2256/2010-VI Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal y el Amparo Indirecto 374/2011-I ante el Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil y del Trabajo en el Estado de Nuevo León. Contra el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado: Amparo 590/2011-III Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal. A la fecha que esto se escribe se han ganado en total 5 amparos contra las leyes de seguridad social que contradicen el artículo 4to constitucional al no permitir que se inscriba al cónyuge del mismo sexo como beneficiario(a). Además estas leyes perpetúan roles de género y dejan desprotegido al cónyuge varón en caso de que la trabajadora sea mujer, véase el Amparo en Revisión 1147/2008. Sentencia definitiva 28 de enero de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=103893>> (19 de junio de 2013), sobre la pensión de viudez para viudo de una trabajadora.

³⁰ En este contexto es que la propia Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 encontró relevancia en que el propio Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 338, disponga que: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo primario de la familia (...)". Son estas relaciones, construidas en lo individual, las que el Estado debe proteger y no un concepto o modelo ideal. Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a)..., *supra* nota 16.

que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar. (...) respecto de la protección constitucional a la familia, el legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa, ... la familia, es un concepto social y dinámico, por lo que, dicha protección debe comprender todo tipo de familia. ... la Norma Fundamental no protege un solo tipo de familia, concretamente, la familia "ideal", conformada por padre, madre e hijos, ... sino a la familia como tal, como realidad social, debiendo entonces el legislador, al realizar su función normativa, buscar, precisamente, la protección de toda estructura u organización familiar y su desarrollo, lo que, además, incide totalmente en la protección de los derechos de la niñez, como es el crecer dentro de una familia.³¹

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") declara que en la Convención Americana "no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, la Corte IDH reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".³²

³¹ Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

Véase Tesis P. XXI/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 878. Reg. IUS. 161267. Así como la Tesis P. XXIII/2011 (9a.), FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMA-DA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 871. Reg. IUS. 161309. En la sentencia de dicha acción de inconstitucionalidad, el considerando Quinto se ocupa del análisis de la validez del artículo 146o. del Código Civil del Distrito Federal, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este considerando fue aprobado por mayoría de 6 votos y no de 9, como el segundo punto resolutivo (validez de la norma en lo general). Es por ello que no se integra jurisprudencia y la tesis no tiene valor obligatorio en términos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105o. de la Constitución. Los ministros que votaron en contra del considerando Quinto, pero a favor de la validez del artículo fueron Cossío, Luna y Gudiño. Ninguno emitió un voto particular. De las versiones estenográficas se desprende que el voto del ministro Cossío se debió a su entendimiento del 4o. como garantía institucional, mientras que los ministros Luna y Gudiño encontraron que el matrimonio es de libre configuración para el legislador.

³² Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142. La Corte Interamericana cita la OC-17/02, párrs. 69-70. La sentencia de la Corte Interamericana hace referencia a la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 de la Suprema Corte.

En la reciente decisión del Caso Karen Atala, la Corte Interamericana evita hablar de modelos de familia y, en el tono de la Corte europea, habla de **vida familiar**,³³ lo que se asemeja al concepto que aquí se plantea de "relaciones de filiación y parentesco" y resalta que: "a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención".³⁴

Y más adelante,³⁵ la Corte Interamericana dota de contenido esta idea de "vida familiar" al explicar que se constituye un **núcleo familiar** a través de la convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre los padres o las madres, su pareja y los hijos propios y los hijos comunes.

Debido a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, los derechos humanos reconocidos por la vía de los tratados internacionales gozan de jerarquía constitucional, por ello, al interpretar el artículo 4o., primer párrafo, oración segunda, se deberá atender también tanto a los artículos 11.2o., 17.1o. y 19o. de la Convención Americana, así como a los artículos 12.1o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 17o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; entre otros.

También, se debe tomar en consideración que diversos órganos internacionales de derechos humanos han interpretado que no existe un modelo único de familia, ya que éste puede variar. Así, la Corte Interamericana en su sentencia Karen Atala y Niñas se refiere a las opiniones

³³ La Corte Interamericana ha reconocido en diversas decisiones la importancia de proteger la "vida familiar", derecho reconocido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana. Véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño...*, supra nota 27, párrs. 66, 71-72; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157; Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y Niñas...*, supra nota 32, párrs. 169 y ss.

³⁴ Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y Niñas...*, supra nota 32, párr. 175. Esta interpretación diferenciada de la vida privada y del núcleo familiar es aplicable a la dogmática constitucional mexicana pues, como ya se explicó, nuestra Constitución también las distingue en los artículos 16o. y 4o., respectivamente.

³⁵ Se interpreta del párrafo 177 que textualmente dice "que es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas."

y observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, al Comité para los Derechos del Niño y al Comité CDDR. En todas ellas se coincide que la familia es un concepto que varía atendiendo al lugar y al tiempo.³⁶

Gracias al diálogo existente entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o "Tribunal Europeo"), se estima que las decisiones de éste pueden ser también tomadas en consideración para la interpretación del derecho a la protección de la familia.³⁷ Si bien una decisión del Tribunal Europeo no es de ninguna manera vinculante para los jueces mexicanos, puede tener un carácter orientador. La Corte Interamericana cita frecuentemente las decisiones de su homóloga europea, de manera que se puede hablar de una conformación de paradigmas universales a través del diálogo intercontinental sobre los derechos humanos. De igual forma el diálogo entre cortes latinoamericanas y la Corte Interamericana, construye un canon regional de los derechos humanos en el Continente americano.

³⁶ Por su riqueza, se transcribe aquí íntegra la nota al pie número 192 de la sentencia de fondo del Caso Karen Atala y Niñas. Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas*..., supra nota 32. En este caso se mencionan las principales opiniones de dichos comités en relación con el concepto de familia en el ámbito internacional. Naciones Unidas, Comité CEDAW. *Recomendación General No. 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. A/49/38, 1994, párr. 13 ("La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado. Cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición en el país, el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas, como lo exige el artículo 2 de la Convención"); Comité CRC. *Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1 de 20 de septiembre de 2006, párrs. 15 y 19. ("El Comité reconoce que 'familia' aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños"); Comité CDDR. *Observación General No. 19*..., supra nota 3. ("El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto"), y Comité CDDR. *Comentario General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*. CDDR/C/21/Rev.1, de 23 de marzo de 1988, párr. 5 ("En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate").

³⁷ Existe una gran cantidad de jurisprudencia sobre el tema de familia desarrollada por el TEDH, y debido precisamente a su experiencia, se considera una referencia importante a pesar de que México no forme parte de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En este sentido ver Caballero, José Luis. "Prólogo", en Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio, *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011, pp. XII y ss. Para el autor las decisiones y estándares normativos internacionales nutren la dimensión de contenido de los derechos, es decir cumplen con una función de integración de su ámbito protegido. Véase TEDH. *Berrehab v. Holanda*. (App. No. 10730/84). Sentencia del 21 de junio de 1988; TEDH. *X, Y & Z v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 21830/93). Sentencia del 22 de abril de 1997; TEDH. *Schalk & Kopf v. Austria*. (App. No. 30141/04). Sentencia del 24 de junio de 2010; TEDH. *Schneider v. Alemania*. (App. No. 17080/07). Sentencia del 15 de septiembre de 2011. Schalk & Kopf es reiteradamente citado en Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas*..., supra nota 32, para la determinación del concepto de "vida familiar".

En su origen, el concepto de familia, como la gran mayoría de instituciones del derecho civil, proviene de la tradición del código napoleónico que hinca sus raíces en la tradición aristotélico-tomista, misma que influye en la conformación del derecho canónico³⁸ que gracias a la Reforma escapa hacia el derecho civil. Ello arrastra categorías discriminatorias entre las mujeres y los hombres, entre los padres y los hijos, entre los hijos,³⁹ así como entre las personas por su identidad de género o su orientación sexual, mismas que han sido difíciles de erradicar y que hoy aún perviven en las sociedades democráticas. Así, la familia ha estado organizada alrededor de una afiliación sexual entre hombre y mujer, y con ello en la división de roles considerados *naturales*.⁴⁰ La idea de familia estuvo siempre enlazada a la idea del matrimonio, como su fuente "natural y legítima". El matrimonio entendido como la unión entre el hombre y la mujer con la finalidad de procrear, había sido visto hasta hace algunas décadas como la única forma legítima y aceptable de formar una familia. Los hijos fuera de matrimonio no gozaban de los mismos derechos que los nacidos dentro de éste, las mujeres pasaban como personas de segunda clase de un *pater familias* a otro (de su casa como hija a formar su familia como esposa y madre) y la única forma legítima de tener relaciones sexuales y vivir con una pareja era a través del matrimonio. Gracias al entendimiento de los derechos y libertades como valores que irradian todo el sistema jurídico, el concepto de matrimonio⁴¹ ha ido

³⁸ Cfr. Roudinesco, Elisabeth, *La Familia en Desorden*, México, FCE, 2006. Madrazo, Alejandro, "From Revelation to Creation: the origins of text and doctrine in the civil law tradition" [De la Revelación a la Creación: Los orígenes del texto y la doctrina en la tradición del derecho civil], *Mexican Law Review*, Vol. I, num. 1. julio-diciembre 2008, pp. 33-66. Vela, Estefanía, *La Suprema Corte y el Matrimonio: una relación de amor*. Tesis presentada en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2011. Witte, John Jr., *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law In the Western Tradition*, EUA, Westmister John Knox Press, 1997.

³⁹ Hoy en día existe aún la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, aunque no se defina así, existen distintos derechos y obligaciones para los hijos nacidos fuera y dentro de matrimonio. Aunque por ejemplo el Código Civil de Guanajuato habla del "hijo incestuoso" y [aunque resulta muy difícil un caso en que aplique] el Código Civil Federal también hace esta distinción: hijo natural, incestuoso y adulterino.

⁴⁰ La Corte Interamericana se refiere a ello de la siguiente "el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y no en una "familia excepcional", refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional")." Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas...*, supra nota 32, párr. 145.

⁴¹ Tesis P. XXVI/2011 (9a.), MATRIMONIO. NO ES UN CONCEPTO INMUTABLE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 881. Reg. IUS. 161263. Al no definir la institución civil del matrimonio y dejar dicha atribución al legislador ordinario, la Constitución permite que su conceptualización tradicional pueda modificarse acorde con la realidad social y, por tanto, con la transformación de las relaciones humanas que han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua, así como a modificaciones legales relativas a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que de él se ha tenido en cada época, así como a su desvinculación de una función procreativa, como su fin último. Así, aun cuando tradicionalmente el matrimonio hubiere sido considerado únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, que entre sus objetivos principales tenía el de la procreación, no se trata de un concepto inmodificable por el legislador, ya que la Constitución no lo dispone así; además de que la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin a procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

cambiando⁴² y adecuándose a la autonomía y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁴³ Asimismo se han ido desarrollando otras figuras como el concubinato, las sociedades de convivencia y los pactos civiles para proteger las relaciones de parentesco y filiación entre las personas que no desean o *no pueden*⁴⁴ contraer matrimonio.

Sin embargo, aún hoy, a pesar de que el matrimonio ya no es indisoluble,⁴⁵ ni existe el *débito carnal*,⁴⁶ ni existe un derecho colectivo de ser padre/madre,⁴⁷ ni tiene como finalidad la

⁴² Cfr. Jiménez Hernández, Vania Karina, "La crisis de la percepción de la familia. Un enfoque de género", en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, IJ-UNAM, 2010.

⁴³ Véase el Amparo Directo Civil 6/2008 "...el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma...". Ejecutoria P. LXVIII/2009 (9a.), AMPARO DIRECTO 6/2008. ***** *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.

⁴⁴ Además de la diferencia de sexos, existen varios requisitos que se deben cumplir para poder contraer matrimonio, algunos de los cuales contradicen el último párrafo del artículo 1o. constitucional. En la mayoría de los códigos civiles vigentes son impedimentos para contraer matrimonio: la incapacidad, la impotencia, el padecimiento de enfermedades de transmisión sexual, las crónicas o hereditarias, el padecimiento de trastorno mental, en fin.

⁴⁵ El divorcio ha existido desde el siglo XIX en México. Por ejemplo el Código Civil de 1870, que en su artículo 240 recogía las siguientes causales: el adulterio de los cónyuges, la propuesta del hombre de prostituir a su mujer, la incitación al delito de un cónyuge al otro, el abandono sin causa justificada del hogar, la sevicia o una acusación falsa. Dato encontrado en Vela, Barba Estefanía, *La Suprema Corte y el Matrimonio...*, op. cit., p. 56. Hay que agregar aquí los amparos recientes que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha resuelto con respecto al llamado "divorcio exprés" o divorcio sin causales en el Distrito Federal. Amparo Directo en Revisión 917/2009. Sentencia definitiva 23 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108797>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 1013/2010. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117823>> (19 de junio de 2013); Amparo Directo en Revisión 2446/2009. Sentencia definitiva de 17 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114235>> (19 de junio de 2013); Ejecutoria P./J. 61/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 21/2006-PL. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LA PRIMERA Y LA SEGUNDA SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 465. Reg. IUS. 21183.

⁴⁶ Ver la Solicitud de Modificación de Tesis 9/2005-PS "...en la actualidad existe un consenso generalizado que sostiene que el interés vital tutelado por el tipo penal de mérito [delito de violación] es la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, por el solo hecho de serlo, su derecho a la libre autodeterminación sexual. ... el derecho que asiste a los cónyuges de acceder a la relación sexual con la intención de cumplir el fin del matrimonio de perpetuación de la especie en términos de la legislación civil del Estado de Puebla, no representa un derecho absoluto entre ambos cónyuges, sino que implica la libertad de los mismos, para determinar de común acuerdo y en pleno uso de su libertad sexual, cuándo habrán de proceder al ayuntamiento carnal con fines de procreación... la libertad sexual, derecho que corresponde al ser humano con independencia de su específico estatus civil...". Ejecutoria 1a./J. 10/94 (9a.), VARIOS 9/2005-PS. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN A LA TESIS DE JURISPRUDENCIA 1a./J. 10/94, DERIVADA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92, ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO. SOLICITANTE: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, p. 659. Reg. IUS. 19271.

⁴⁷ Véase Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 "La primera distinción importante es entre la libertad sexual y la libertad reproductiva, el argumento que señala que el derecho del artículo 4o. se ejerce antes de la procreación, parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia... Del mismo

procreación,⁴⁸ ni debe ser solo entre un hombre y una mujer,⁴⁹ ni existen diferencias o roles de género entre los cónyuges,⁵⁰ "el matrimonio formal, legal, heterosexual continúa dominando la imaginación cuando lo confrontamos las posibilidades de intimidad y familia".⁵¹ Todas

modo, el argumento pasa por alto que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción, y el Código Civil del Distrito Federal –por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia– permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual." El subrayado no es del original. Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007..., *supra* nota 3.

⁴⁸ Véase Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16; Tesis P. XXII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161265. El hecho de que las parejas homosexuales tengan la imposibilidad de procrear hijos biológicamente comunes no se traduce en razón suficiente que deba incidir en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, máxime que derivado de la dinámica social, la "potencialidad" de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva.

⁴⁹ Véase Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

Tesis P. XXVII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUEL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161266; Tesis P. XXV/2011 (9a.), MATRIMONIO. EL TÉRMINO "CÓNYUGE" COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161273; Tesis P. XXVIII/2011 (9a.), MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 877. Reg. IUS. 161268. "...la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo, por lo que tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre con las heterosexuales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no..."

⁵⁰ Véase Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16; Tesis P. XXV/2011 (9a.), MATRIMONIO. EL TÉRMINO "CÓNYUGE" COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161273. Y sobre roles y estereotipos de género: Véase CIDH. Caso 11.625, Ma. Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe, No. 4/01*. 19 de enero de 2001. Así como la CEDAW, artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. Y, Comité CEDAW. *Recomendación General No. 21*..., *supra* nota 36. La Convención de Belem Do Para, artículo 6: El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

⁵¹ Cfr. Albertson Fineman, Martha, "The Sexual Family. In Feminist and Queer Legal Theory", Albertson Fineman, Martha, et. al. (ed.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Reino Unido, Ashgate. 2009, p. 45.

estas llamadas *cualidades esenciales*⁵² del matrimonio colocaban a la mujer subordinada al marido.⁵³ La Corte mexicana ha rechazado esta idea jerárquica entre marido y esposa, entre hombre y mujer, y ha optado por relaciones familiares igualitarias:

El desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico ha alcanzado un punto en el que resultan del todo rechazables aquellas posiciones que colocan a la mujer en una posición de subordinación respecto al marido. Ni el "cuidado de la familia", ni la supervisión "de la conducta moral" de uno de los cónyuges, habilita al otro para violentar sus derechos fundamentales. La decisión de dos individuos de unir su vida en matrimonio, no les implica renuncia alguna en sus derechos fundamentales ni en su dignidad...⁵⁴

Además de que ha reconocido que existen también relaciones de pareja entre personas del mismo sexo:

...la existencia previa de una figura legal distinta a la institución del matrimonio, no impide que se permita el acceso a este último [a las parejas del mismo sexo], ya que no existe limitación constitucional alguna para que el legislador ordinario amplíe el concepto de matrimonio para comprender las relaciones heterosexuales y las homosexuales que, por igual, pueden resultar estables y permanentes.⁵⁵

Lo mismo puede decirse de la posición de los hijos,⁵⁶ el paradigma de los hijos como sujetos sin derechos a merced de los padres, de sus tutores o del propio Estado ha cambiado gracias

⁵² Por ejemplo algunas en Adame Goddard, Jorge, *Maternidad Sí, Aborto no*. Disponible en: <<http://bit.ly/s4c-6ZA>>. (2 de noviembre de 2011), o Adame Goddard, Jorge, "La Reforma del Código Penal del Distrito Federal que Autoriza el Aborto del Menor de Doce Semanas", *Boletín Mexicano*, num. 120. Septiembre-Diciembre, año 2007, IJ-UNAM. Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004.

⁵³ "...que nuestro derecho (escrito y aplicado) sigue siendo cómplice de una estructura social y cultural patriarcal que subordina a las mujeres y a los niños a la voluntad de "cabezas de familia" masculinos, y un reflejo no encubierto o sutil —como el que representan por ejemplo los sesgos de género inscritos en los propios conceptos jurídicos, denunciados en países que ya han expurgado sus códigos de discriminaciones abiertas— sino sonrojantemente explícito." Ministro José Ramón Cossío en su voto al Amparo Directo en Revisión 1903/2008..., *supra* nota 17.

⁵⁴ Amparo Directo en Revisión 1621/2010..., *supra* nota 6.

⁵⁵ Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

⁵⁶ Ver González Contró, Mónica, "Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia", en Álvarez de Lara, Rosa Ma. (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ- UNAM, 2006. Asimismo la Tesis I.3o.C.918 C (9a.), FAMILIA. CONSTITUYE LA FORMA ÓPTIMA DE DESARROLLO DEL MENOR (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 138 TER, 138 QUÁTER, 138 QUINTUS Y 138 SEXTUS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 2327. Reg. IUS. 162830. El artículo 4o. de la Constitución privilegia el desarrollo de los niños y las niñas sobre la base del interés de la sociedad en su desarrollo y dignidad en un ambiente que le permita la satisfacción de sus necesidades así como a la salud física y emocional que de modo integral le garantice su realización como ser humano. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió el decreto de fecha veinticinco

a la Convención sobre los Derechos de los Niños y las subsecuentes reformas al artículo 4o. sobre los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Mediante dichas reformas, los niños han dejado de ser el colectivo protegido "la niñez" para tener autonomía y dejan de ser víctimas que proteger, para convertirse en verdaderos sujetos de derechos. De tal forma que hoy prima su interés⁵⁷ por encima de cualquier *derecho natural* sobre ellos por parte de sus progenitores. La Corte Interamericana ha dicho que

...[d]ada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del **núcleo familiar** y que la separación de niños de su familia constituye, bajo

de mayo de dos mil, que se publicó en la Gaceta Oficial que sobre el tema de la familia, adicionó los artículos 138o. Ter, 138o. Quáter, 138o. Quintus y 138o. Sextus, que indican que aquélla se halla constituida por el conjunto de personas entre las que existan relaciones jurídicas familiares, de parentesco, matrimonio o concubinato, entendiéndose por relaciones jurídicas familiares el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de una familia, tales como la consideración, solidaridad y respeto recíprocos, como lo previenen los artículos 138o. Quáter y 138o. Sextus, del mismo ordenamiento. La familia representa la forma óptima para el desarrollo de los hijos, y su regulación específica corresponde al legislador ordinario sin contrariar esas bases constitucionales. Lo anterior, resulta de relevancia porque se desprende la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, atendiendo a las necesidades de los niños y de las niñas, que puede verificarse dentro del núcleo familiar como espacio preferente de su desarrollo, pero también fuera de ella. Amparo en Revisión 183/2010. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 14 de julio de 2010.

⁵⁷ Véase Ejecutoria: P. XIX/2011 (9a.)...., *supra* nota 16. En específico la Tesis P/J. 13/2011 (9a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 872. Reg. IUS. 161284. "La protección al interés de los niños y las niñas consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales y si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. constitucional que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o. constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse." Asimismo ver el Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=118366>> (19 de junio de 2013). Tesis 1a. XV/2011 (9a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 616. Reg. IUS. 162807. En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en **cuestión**.

ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. [Así, e]l niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.⁵⁸

La(s) familia(s) son la estructura básica de la sociedad en la que se aprende la justicia,⁵⁹ por ello se puede afirmar que entre la(s) familia(s) y la ideología política y la religión existe una relación de reflejo⁶⁰ y como tal, debe ser permeable a los valores que comparte una sociedad democrática. El Estado no puede imponer⁶¹ formas de ser a las familias, ni comportamientos con respecto a la sexualidad y la reproducción a las personas, los miembros de cada familia tienen la libertad de configurar sus relaciones como mejor consideren, siempre y cuando no se lastimen los derechos de terceros. El Estado entonces debe proteger a los miembros de las familias para que éstos las organicen conforme a sus convicciones, pero el Estado tiene siempre la obligación de proteger a los miembros de las familias para que a su vez éstos también puedan ejercer sus libertades y sus derechos. Por ello, por ejemplo, el principio del **interés superior del niño** se encuentra por encima de los derechos de los padres/madres⁶² o el Estado puede obligar a los padres o madres a dar alimentos a los hijos,⁶³ inclusive obligar a

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Chitay Nech...*, *supra* nota 33, párr. 157.

⁵⁹ La familia, también, es la primera de una serie de 'asociaciones' en las que participamos y de las que adquirimos una capacidad, crucial para el sentido de justicia, para ver las cosas desde la perspectiva de otros. Véase Moller Okin, Susan, *Justice, Gender, and The Family*, United States of America, Basic Books, 1991. [Kindle Edition.], p. 21 | N. L. 451-452. Véase también Rawls, John, *A Theory of Justice*, United States of America, Harvard University Press, 1999.

⁶⁰ Véase Todd, Emmanuel, *La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques*, Paris, Du Seuil, 1983. En el mismo sentido el Amparo Directo en Revisión 1092/2009. Sentencia definitiva 12 de agosto de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=109765>> (19 de junio de 2013). "...en nuestro ordenamiento jurídico, sigue considerándose a la familia como célula de la sociedad, por ser fuente, continente y transmisora de valores culturales y sociales, y cuya prevalencia debe protegerse. Sin embargo debe tomarse en cuenta... que la familia no puede ser una institución estática y perpetua, sino dinámica, lo cual implica, entre otras cosas, que aunque subsista una comunidad familiar de personas unidas por lazos de parentesco y lazos culturales, también se crean constantemente nuevas comunidades familiares dentro de la misma familia, que como instituciones de derecho civil consideradas en sí mismas, también merecen la misma protección establecida en el artículo 40. constitucional."

⁶¹ Un excelente estudio crítico sobre cómo resuelven los jueces latinoamericanos en cuestiones relacionadas con la familia con respecto a los temas de igualdad y familias diversas, la maternidad y el cuidado y la violencia sexual y no sexual en la familia es el de Jaramillo, Isabel Cristina, "La Familia", en Motta, Cristina y Saez, Macarena (ed.), *La Mirada de los Jueces, género y jurisprudencia latinoamericana, Tomo I*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-366.

⁶² El artículo 40. constitucional reconoce el principio del interés superior del niño, mismo que recoge de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Ver el amparo directo en revisión 61/2005 sobre los alcances de los derechos y obligaciones de la patria potestad.

⁶³ Véase Ejecutoria 1a./J. 16/2011 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 225/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, EL SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Y EL ENTONCES TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO, ACTUAL TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 69. Reg. IUS. 22803, sobre

los hijos a dar alimentos a los padres incapacitados para trabajar;⁶⁴ en el mismo principio se basa la posibilidad de inscribir como beneficiarios del seguro social a los familiares o recibir pensiones de viudez⁶⁵ o se protege el patrimonio familiar.⁶⁶ La Suprema Corte ha

... interpretado el primer párrafo del precepto transcrito, en el sentido de que la protección legal de la organización y desarrollo de la familia, ha de entenderse como la preservación del núcleo fundamental de la sociedad, así como de las personas que la conforman, orientado hacia el crecimiento personal y social de sus miembros, en el más elevado plano humano y su consecuente participación activa en la comunidad...la protección constitucional de la familia tiene también una clara dimensión individual, derivada de la garantía constitucional de protección a la vida familiar, en términos de la cual, toda persona tiene el derecho de fundar una familia; de contraer matrimonio; de participar en condiciones de igualdad dentro del núcleo familiar; de proteger a su familia frente a actuaciones arbitrarias e injustificadas que la lesionen; y de permanecer en dicho núcleo social perpetuando los vínculos afectivos, así como los derechos y responsabilidades en relación con los miembros que la componen.⁶⁷

Las leyes en materia civil escaparon por mucho tiempo a la dinámica de los derechos (o garantías) incluida en los textos constitucionales mexicanos, desde el constitucionalismo decimonónico y hasta hace apenas algunas décadas, la familia seguía siendo un reducto en el que el Estado podía tener poca o nula injerencia. Con fundamento en la libertad clásica que prohíbe a la autoridad intervenir en la familia, se permitió a los padres abusar de su derecho a educar a los hijos o a los maridos a abusar de sus mujeres.⁶⁸ Gracias al desarrollo del para-

alimentos al no nacido. O la Ejecutoria 1a./J. 49/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 163/2007-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 62. Reg. IUS. 21207, sobre alimentos en el concubinato.

⁶⁴ Véase Ejecutoria 1a./J. 103/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 19/2008-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Agosto de 2009, p. 10. Reg. IUS. 21674, sobre alimentos a los adultos mayores.

⁶⁵ El fundamento se encuentra en el artículo 123o. constitucional, se desarrolla en la Ley Federal del Trabajo y las leyes aplicables en materia de seguridad social. Véanse el Amparo en Revisión 992/2005..., *supra* nota 29, sobre pensión de viudez para nietos de la trabajadora y Amparo en Revisión 1147/2008... *supra* nota 29, sobre pensión de viudez para el viudo de la trabajadora.

⁶⁶ Véase Amparo Directo en Revisión 1092/2009..., *supra* nota 60, sobre el carácter patrimonial de las relaciones familiares.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Inclusive a principios de la década de los noventa la Suprema Corte justificó la violación conyugal y la llamó "abuso de un derecho". Véase Ejecutoria 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS

digma de los derechos como valores objetivos y al impulso en ámbito internacional de instrumentos destinados a erradicar la discriminación y el maltrato de las mujeres, los niños y adolescentes, hoy la familia se aleja de la idea de una institución patriarcal y pétrea que formaliza y legitima, para convertirse en un proceso⁶⁹ relacional cuyas normas reguladoras deben ser congruentes con los derechos humanos. El principio de igualdad y no discriminación no es una premisa que aplique solamente a las relaciones entre el individuo y el Estado, sino también entre particulares y más aún cuando se trata del núcleo de su formación y convivencia diaria.

La idea de que *la naturaleza de la familia* requiere de roles de género y de una estructura patriarcal vulnera los derechos y libertades individuales que el Estado, en su talante constitucional democrático, se ha obligado a promover y proteger (artículo 1o. de la Constitución). De manera que hoy en día las instituciones del derecho civil deben ser acomodadas a la luz de las libertades individuales. Se debe constitucionalizar a la familia.⁷⁰ Así la Suprema Corte ha ido orientando las relaciones entre particulares al ámbito de los valores constitucionales:

Nuestro derecho obliga a equiparar a muchos efectos las familias articuladas en torno al matrimonio con aquellas en las que el eje de vinculación es de una naturaleza distinta, y evoluciona de este modo hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. Los artículos 1o. y 4o. de la Carta magna, como hemos visto, cierran el paso a la imposición apriorística de un concepto jurídico sectario, estrecho o "predominante" de familia y obligan a interpretar de la manera más amplia lo que cabe dentro de esa noción cuando lo que está en juego son derechos y necesidades básicas de los individuos. Aunque la Constitución no prohíba cualquier distinción legislativa basada en un criterio como el matrimonio, sus imperativos hacen que las mismas

POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.

⁶⁹ Véase Olga Sánchez Cordero de García Villegas, "Persona, Derecho y Familia: Fundamentos del Derecho de la Familia", *Congreso Internacional "La Familia Hoy Derechos y Deberes"*, en el Centro de Negocios y Comercio de la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 2003. Disponible en: <<http://bit.ly/srbSnt>> (19 de junio de 2013). "...la familia es un proceso. Un proceso que tiene dos vertientes: la primera de ellas cronológica, pues a lo largo de la historia ha venido transformándose de manera notable. La familia es quizá una de las instituciones humanas que mayores transformaciones ha sufrido a lo largo del tiempo...La segunda vertiente...implica que ese proceso llamado familia, en la vida personal de quienes lo constituyen, sufre también constantes transformaciones, pero estas transformaciones inciden en el ámbito particular, en el feudo íntimo de cada miembro de la familia. Cada familia va transformándose de manera diferente y, en consecuencia, cada uno de sus miembros también. Ello con mucha seguridad se debe, en gran medida, a que precisamente el fundamento principal, la base del derecho de familia, es la persona."

⁷⁰ Se toma este concepto del texto de Guastini, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta / UNAM, 2009.

deban ser analizadas siempre con mucho cuidado, y las vedan cuando afectan a derechos fundamentales de las personas.⁷¹

Una lectura textual y conservadora de la segunda oración del primer párrafo del artículo 4o. arrojaría la conclusión de que la Constitución mexicana establece una obligación al Estado para proteger a La Familia, en singular y con mayúsculas.⁷² A un tipo específico de familia. Sin embargo, la interpretación de una norma de derechos fundamentales no puede limitarse al texto, ni a una época, ni obedecer a ideologías, debe atenderse a la finalidad de la norma y a la realidad en que ésta será aplicada. La norma analizada tiene como fin proteger a la familia, cuya definición se ha dejado abierta en el tiempo.⁷³ Después de todo, la fuerza normativa de la Constitución descansa precisamente en la flexibilidad en su interpretación y en la posibilidad de concretizar sus normas atendiendo a la realidad. Cada Constitución es una Constitución en el tiempo⁷⁴ y por ello para poder cumplir con sus funciones se debe garantizar su fuerza normativa aún bajo situaciones cambiantes.

Si se toma la Constitución en serio, y sobre todo, si se considera que los derechos fundamentales son premisas normativas que para ser efectivas deben ser concretizadas por la vía de una interpretación dinámica, entonces podemos concluir que esta norma constitucional no se refiere a un modelo de familia imperante⁷⁵ ni hoy, ni en 1974 cuando fue introducida al texto fundamental, sino que se refiere a las familias, a todas las posibilidades familiares que existen y pueden llegar a existir en México. Así lo ha interpretado ya la SCJN:

⁷¹ Contradicción de tesis 163/2007..., *supra* nota 63.

⁷² Esta cuestión fue la que planteó el Procurador General de la República en su demanda de acción de Inconstitucionalidad contra las reformas al Código Civil del D.F. que permiten el matrimonio universal y fue fundamentalmente lo que se discutió en la Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16. La mayoría del Pleno llegó a la conclusión de que el artículo 4o. protege todos los tipos de familia.

⁷³ La misma Suprema Corte ha dicho que "...[la] realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo..." Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16. En los mismos términos se ha pronunciado la Comisión Interamericana por ejemplo en CIDH. *Petición 1271-04, Karen Atala e hijas vs. Chile*, Informe No. 42/08, 23 de julio de 2008, la Corte Interamericana ha declarado ya en este sentido en Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; en Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106 y más recientemente lo recoge en su sentencia Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas...*, *supra* nota 32, párr. 83: "La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales." y el TEDH. *E.B. vs Francia*. (App. No. 43546/02). Sentencia del 22 de enero de 2008.

⁷⁴ Hesse, Konrad. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Handbuch des Verfassungsrechts. 1994. 2. Aufl. Hrsg. E. Benda. W. Maihofer und H.-J. Vogel.

⁷⁵ Ver Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio, *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo*. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011, pp. 171 y siguientes.

...en modo alguno, el artículo 4o. de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio, menos aún definiéndola, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario; tampoco se desprende del mismo, que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia...ya que lo que mandata, como se ha precisado, es la protección a la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario...si conforme al artículo 4o. constitucional, el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia –en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones–, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio, es indudable, entonces, que, en el ejercicio de esa labor, no puede dejar de lado que la familia, antes que ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico...⁷⁶

Así, cobra sentido el derecho a la familia de los niños y la prohibición de ser separados de ésta. Aquí es evidente la conexión interpretativa entre el derecho de protección a la familia y los derechos de los niños, pues el Estado tiene la obligación no sólo de abstenerse de intervenir en la vida familiar, sino de realizar tareas tendientes a proteger su unidad, sobre todo cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. La Corte Interamericana ha dado especial importancia a la limitación de las injerencias en la familia de las personas, pero especialmente cuando se refiere a menores de edad, pues "el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas".⁷⁷ La Corte IDH además, ha dicho que el Estado, al ser responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.⁷⁸ A través de la interpretación del artículo 17 de la Convención, ha dicho la Corte que "el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar".⁷⁹

El artículo 4o. constitucional interpretado en conjunto con los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana protege a las familias en cualquiera de sus manifestaciones, no a un

⁷⁶ Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 187 y 188. Más adelante refiere la obligación de las autoridades de restituir los lazos familiares, en especial cuando hay niños involucrados en conflictos armados.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 190.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr. 125.

modelo ideal ni único de familia, sino las relaciones actuales y reales, construidas en lo individual y no impuestas por una ideología o religión. Más que un modelo de familia, se debe proteger la vida familiar⁸⁰ que implica un concepto mucho más amplio, flexible y acorde con los derechos y libertades.

Se puede concluir pues que el contenido esencial de la garantía instituida de protección a la familia en México son las relaciones de parentesco y filiación. La **filiación** es la relación bilateral que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo primario de la familia del que se derivan derechos y obligaciones y al que son oponibles fundamentalmente todos los derechos de los niños y adolescentes. El **parentesco** es el nexo jurídico que existe entre cónyuges y sus parientes, entre los descendientes de un progenitor común, o entre el adoptante y el adoptado, puede ser consanguíneo, por afinidad y civil, y de estas relaciones derivan de la misma forma derechos y obligaciones a las que son oponibles el principio de igualdad y no discriminación, así como todos los derechos de los niños y adolescentes y de los adultos mayores. Son estas relaciones las que el Estado debe proteger y no un concepto omniabarcante o modelo ideal que únicamente tendría como resultado discriminar todas aquellas relaciones que queden fuera de éste o deslegitimar todas las relaciones no heterosexuales, no convencionales y no formales.

Se ha reconocido que el derecho a la protección de la familia se ha visto impactado por su secularización y nuevas pautas en su organización,⁸¹ como la erosión del patriarcado y

⁸⁰ La Suprema Corte se ha referido *obiter dicta* al concepto de vida familiar y más bien en relación a la no intromisión que garantiza el artículo 16. Véase por ejemplo: Amparo Directo en Revisión 1092/2009. ..., *supra* nota 60; Ejecutoria I.7o.A.576 A. (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 134/2008. DELEGADA DEL ADMINISTRADOR GENERAL JURÍDICO DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 1879. Reg. IUS. 21050; o el Amparo Directo en Revisión 182/2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=33490>> (19 de junio de 2013). La Corte Interamericana se ha referido a este concepto, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Véase Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas*. ..., *supra* nota 32, párr. 169 y ss. Es relevante mencionar que para darle sentido a la protección a la familia del artículo 8o. y el derecho a formar una familia del artículo 12o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo ha usado el concepto de vida familiar, más que modelo de familia, pues toma en consideración los cambiantes arreglos familiares existentes, las implicaciones del divorcio y los avances médicos, específicamente las técnicas de reproducción asistida. "Como regla general, la Corte decide la existencia de vida familiar basándose en los hechos de cada caso aplicando en lo general el principio de si es que existen relaciones cercanas entre las partes. A pesar de que el enfoque adoptado es caso por caso y ello significa que no es siempre posible enumerar aquellas relaciones que constituyen vida familiar, un número creciente de relaciones gozan de la protección automática del artículo 8 de la Convención Europea." [Traducción libre]. Kilkelly, Ursula, "The right to respect for private and family life A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights" [El derecho del respeto a la vida privada y familiar. Una guía para la implementación del artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos], *Council of Europe Human Rights Handbooks No. 1* [Consejo de Europa. Manual de Derechos Humanos No. 1], Estrasburgo, Consejo de Europa. Véase TEDH. *Marckx v. Bélgica*. (App. No. 6833/74). Sentencia del 13 de junio de 1979; TEDH. *Berrehab v. Holanda*. ..., *supra* nota 37; TEDH. *Johnston y otros v. Irlanda* (App. No. 9697/82). Sentencia del 18 de diciembre de 1986; TEDH. *Kroon y otros v. Holanda*. (App. No. 18535/91). Sentencia del 27 de octubre de 1994; y TEDH. *Schalk & Kopf*. ..., *supra* nota 37.

⁸¹ Brena, Ingrid, "Personas y Familia", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo XII*. México, IJ-UNAM, 2004.

la liberalización sexual y reproductiva, la reducción de la familia y el reconocimiento de su diversidad; el control de los poderes familiares a través de la ley (interés superior del niño, equidad en las relaciones familiares) y la participación del Estado de forma subsidiaria.

Se habla de diversidad de familias y en las familias. El primer concepto se refiere a la diversidad en la constitución de familias y en las relaciones internas y su distancia con el concepto tradicional de familia. El segundo concepto se refiere a la diversidad dentro de las familias, es decir, éstas son compuestas por distintas nacionalidades, grupos étnicos, religiones, diversidad sexual o de género. Todo ello impacta al derecho, por ejemplo a la educación de los hijos, en el caso de diversas religiones de los padres/madres o para efectos del migratorio las diversas nacionalidades de los padres y de los hijos.⁸²

Al no ser ya el matrimonio la única forma legítima de formar una familia y gracias a la posibilidad de disolverlo, existen familias monoparentales, con una madre o un padre soltero, divorciado o viudo; homoparentales (familias arco iris) donde los padres o madres son parejas del mismo sexo, ensambladas (*patchwork families*) compuestas por adultos unidos o no formalmente e hijos de cada uno y de ambos. Los niños se relacionan con adultos que biológicamente no son sus padres pero que funcionan como tales y para cuya relación no existe un reconocimiento, pues el padre/madre biológico subsiste. Lo mismo sucede con las familias homoparentales cuando el padre o madre de los hijos que cría la pareja del mismo sexo provienen de una relación formal anterior o fueron procreados por acuerdo mutuo con otra persona del sexo opuesto. Existe un grave problema para los hijos en familias homoparentales que no pueden ser adoptados por sus dos padres o madres, los niños quedan totalmente desprotegidos en caso de falta de la madre o padre biológico o adoptivo. Este último fue un argumento de peso para la decisión de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.⁸³

La misma SCJN se ha enfrentado ya a estas cuestiones con resultados no muy afortunados. El amparo directo en revisión 1903/2008 confirma la presunción del hijo nacido dentro del matrimonio y niega con ello el derecho a la familia tanto al padre biológico como al hijo.⁸⁴ En la contradicción de tesis 154/2005-PS se reconoce el derecho del niño a conocer a su padre biológico al revisar la posibilidad de obligar al padre a realizar la prueba de ADN.⁸⁵

⁸² Cfr. Minow, Martha, "All in the Family and In All Families: Membership, Loving and Owing" [Todo en familia y en todas las familias: membresía, amor y deber], en Estlund, David M. y Nussbaum, Martha C. (ed.), *Sex, Preference and the Family. Essays on Law and Nature* [Sexo, preferencia y la familia. Ensayos en el derecho y la naturaleza], Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁸³ Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.)..., *supra* nota 16.

⁸⁴ Amparo Directo en Revisión 1903/2008..., *supra* nota 17.

⁸⁵ Ejecutoria 1a./J. 101/2006 (9a.)..., *supra* nota 17.

El avance de la medicina ha puesto también en jaque a los principios clásicos de presunción de la mater-paternidad: *pater est quem nuptiae demonstrant* (el padre es el que demuestre estar unido en matrimonio con la madre) y *maxim mater est quam gestatio demonstrat* (la madre es quien demuestre la gestación/parto). Las técnicas de reproducción asistida fragmentan las definiciones de maternidad y paternidad comúnmente entendidas de manera lineal, sobre todo para la maternidad: fecundación-concepción-gestación-parto-filiación-maternidad-. Hoy, los hijos pueden tener de hecho más de un padre y más de una madre, lo que forzosamente requiere de una regulación⁸⁶ que reconozca los derechos a la familia de las personas involucradas, les dé certeza y sobre todo, que respete el rol familiar que cada uno realiza o quiere realizar. El principio de exclusividad⁸⁷ de que cada uno de nosotros debemos tener una madre y un padre siempre ha obligado a elegir a uno/una de los posibles candidatos, dejando fuera de la ecuación a alguna de las partes simplemente porque no se acomoda a la norma, esto es injusto y violatorio de derechos. Hoy, por ejemplo se anima a los padres que adoptan no sólo a revelar a sus hijos la adopción, sino a mantener una cercanía con su cultura y, de ser posible, con su familia biológica.⁸⁸ Hay diversas formas⁸⁹ en que es posible identificar al padre/madre de un niño: para las madres: (1) dar a luz; (2) contribuir con un óvulo; y (3) tener intención de cuidar/educar al niño. Para los padres: (1) contribuir con espermia; (2) tener intención de cuidar/educar al niño; (3) estar casado con la madre del niño;

⁸⁶ Existen varios proyectos de Ley y de adiciones a la Ley General de Salud sobre reproducción asistida tanto en el Senado de la República como en la Cámara de Diputados; y en la Asamblea del Distrito Federal existe un proyecto de ley sobre maternidad subrogada. El Código Familiar de San Luis Potosí dedica un capítulo específico denominado "De la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida" Artículo 244.— "La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley." El Código Civil del D.F. reconoce ya la mater/paternidad por las vías de la reproducción asistida: Artículo 293.—"El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo."

⁸⁷ Este principio opera para preservar la unidad de "La Familia" [mayúsculas intencionales], a pesar de que la madre o el padre sepan que "el/la verdadero/a" padre o madre biológico/a es otro/a.

⁸⁸ Véase Tesis I.5o.C. J/21 (9a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU PROTECCIÓN ALCANZA EL RANGO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 967. Reg. IUS. 161867. Por su parte la Corte Interamericana ha analizado en diversas ocasiones el derecho a la identidad, por ejemplo Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrs. 14-15. "El derecho a la identidad presupone el libre conocimiento de datos personales y familiares, y acceso a éstos, para satisfacer a una necesidad existencial y salvaguardar los derechos individuales.... Sin la identidad propia uno no es persona. La persona humana, a su vez, se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí mismo, y que lo realiza a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. La salvaguardia de su derecho a la identidad tórnase esencial para ese fin."

⁸⁹ Esta idea de la paternidad como intención y las formas de pater/maternidad provienen textualmente del texto de Jackson, Emily, "What is a Parent?" [¿Qué es un Padre?], en Diduck, Alison y O'Donovan, Katherine, *Feminist Perspectives on Family Law [Perspectivas feministas en el derecho de familia]*. New York, Glasshouse Book, 2006.

y (4) estar registrado en el acta de nacimiento del niño. Hasta hoy, la genética ha triunfado por encima de la intención, quizá habría de reconocer también la intención de ser padre o madre. Al restringir el número de padres para un niño a una madre y un padre, la ley no logra acomodar de manera adecuada los complejos arreglos reproductivos que existen, dejando desprotegidas relaciones familiares que deberían estar garantizadas bajo el artículo 4o. constitucional. Ello lejos de lastimar a los niños, violenta su derecho a la identidad y a convivir con los adultos que lo quieren y lo cuidan.

Las democracias constitucionales deben "renunciar a imponer un modelo de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral".⁹⁰

Si se está dispuesto a aceptar que existe La Familia como una entidad independiente –es decir, diferente de las personas que la componen–,⁹¹ entonces se debe estar dispuesto a ponderar los derechos de esa entidad frente a los derechos de los individuos que componen la familia y en este sentido, aceptar que existen casos en que éstos prevalecen por encima de los derechos individuales. Siguiendo esta idea, y tomando en serio los valores de una Constitución democrática, no es posible encontrar ni doctrinariamente ni judicialmente casos en que pueda otorgarse prevalencia a La Familia por encima de los derechos individuales.⁹² Y esto es así porque La Familia como *institución molde* a la que deban de adecuarse las personas no puede existir en un Estado Constitucional donde los derechos penden de la dignidad de las personas, de su derecho a la autodeterminación y su libre desarrollo de la identidad, además de su libertad religiosa, de conciencia y filosófica. Aceptar que puede haber casos en que La Familia como garantía institucional con un contenido mínimo puede oponerse a los derechos individuales implica aceptar que existen razones para limitar derechos a las personas en aras de proteger a un ente independiente –La Familia–. Este es el argumento que se utilizó durante muchos años para, desde el Estado, determinar qué relaciones familiares eran las correctas o aceptadas socialmente y para, desde el Estado, deslegitimar ciertas relaciones que se estimaban, contrarias a un único modelo correcto. Por ello es indispensable analizar las posibilidades de intervención en el derecho a la protección de la familia.

⁹⁰ Carbonell, Miguel, "Familia, Constitución y Derechos Fundamentales", en T.I. Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *Panorama Internacional de Derecho de Familia*, México, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados/IIJ–UNAM, 2006, p. 86.

⁹¹ Chávez Asencio, Manuel, "Derechos Familiares Fundamentales. Comparación de los Convenios Internacionales, Americanos y Europeos. Jurídica", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 32, Sección de Previa, 2002. o Chávez Asencio, Manuel F., "Derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, num. 15, Sección de Previa, 1983.

⁹² Esa fue precisamente la intención de la demanda de la Procuraduría General de Justicia en la Ejecutoria P. XIX/2011 (9a)... , *supra* nota 16; y de la quejosa en el Amparo Directo en Revisión 917/2009..., *supra* nota 45.

III. Intervención

1. Límites al legislador: Prohibición de la arbitrariedad y la prohibición de la acción insuficiente

El derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia solamente puede ser limitado a través de una ley, ello se desprende de la redacción del primer párrafo del artículo 4to que establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Se trata de un mandato al legislador para que a través de la ley ordinaria proteja a la familia, pero también para que se vigile que no se vulnere este derecho en la legislación.

El derecho a la protección de la familia es un derecho sin límites, es decir, en la cláusula no se establece ningún límite para el ejercicio de este derecho (como sucede por ejemplo con la libertad de expresión que establece textualmente como límites el ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público). Sin embargo, ningún derecho es ilimitado y en este sentido puede serlo para proteger otros derechos y principios constitucionales. Es decir, se trata de un derecho con límites constitucionales inmanentes.⁹³ La limitación del derecho tendrá que cumplir con el principio de concordancia práctica, es decir que un valor constitucional no puede ser realizado a costa del otro valor constitucional con el que compite. Ello quiere decir que la interpretación constitucional no es un juego de suma cero sino que se acerca al óptimo de Pareto.⁹⁴ El método de la concordancia práctica optimiza los valores o los principios en conflicto de forma tal que la Constitución siempre gana.

Para verificar la constitucionalidad de una norma que pueda *prima facie*⁹⁵ vulnerar el derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia se debe acudir al análisis de las

⁹³ "Los derechos fundamentales se distinguen precisamente de las normas que contienen reglas porque tienen estructura de principios, esto es, por ser normas que no tienen acotadas o identificadas sus condiciones de aplicación: declaran que algo está prohibido, permitido u obligado siempre que se presente la ocasión para ello; contienen un mandato de optimización, la instrucción de que algo sea realizado en la mayor medida posible. Pero qué sea finalmente "la mayor medida posible" dependerá de las otras normas jurídicas que también resulten aplicables en el caso concreto: los principios están indefectiblemente llamados a ser limitados por los otros principios y reglas con los que entren en interacción." Suprema Corte de Justicia. Amparo Directo en Revisión 2044/2008. ..., *supra* nota 18.

⁹⁴ Alexy, Robert, "Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional", en Isonomía, num. 1, México, 1994. El autor entiende este en el sentido de que cuando se está frente a un problema multiobjetivo, (por ejemplo un derecho vs. otro derecho o un derecho vs. un principio) se deben buscar todas las soluciones posibles para contemplar las posibilidades en el momento de la decisión. Una solución de acuerdo con el óptimo de Pareto es la mejor, porque no hay otra solución que mejore el objetivo sin vulnerar el otro objetivo. El concepto de concordancia práctica se debe a Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Línea 72 y sig.

⁹⁵ "Una norma ostenta validez *prima facie*, cuando no se han considerado aún todas las premisas normativas y empíricas relevantes en la situación en que deba ser aplicada. Es una norma válida, sólo provisionalmente...y es una

cuatro premisas del principio de proporcionalidad: si el fin que se pretende alcanzar con la medida es *legítimo* en una democracia constitucional, si la medida es *idónea* para alcanzar el fin, si es *necesaria* para alcanzar el fin y no existe otra más benigna con el derecho intervenido y finalmente si es *proporcional*, es decir, que esté justificada la importancia de la intervención en el derecho fundamental para la realización del fin perseguido con la medida. La medida puede ser una intervención legislativa (una ley), pero también su aplicación a través de un acto administrativo o una sentencia.⁹⁶

Como ya se había explicado antes, la autoridad está obligada a proteger a la familia, es decir, se trata de una obligación de protección y no sólo de abstención de intervenir injustificadamente. Por ello, la autoridad no sólo está obligada a que las leyes que genera sean leyes que protejan a la familia y que sean proporcionales con otros derechos, o que sean conformes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad si es que limitan el derecho a la protección de la familia para proteger otros derechos o principios, sino que está obligada a activamente proteger a la familia. Ello se traduce en medidas positivas destinadas a las familias, como lo son las que se desprenden por ejemplo de la seguridad social (artículo 123o., su ley reglamentaria y las leyes de seguridad social), la educación y el cuidado de los hijos (artículos 2o.⁹⁷ y 3o. constitucionales y sus leyes reglamentarias y aplicables), la salud de la familia (artículo 4 y su ley reglamentaria), la migración y expatriación de familias (artículos 30o. a 38o. y su ley reglamentaria y aplicables), por mencionar algunas.

norma susceptible de ser derrotada por razones contrarias que tengan mayor peso." Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales del CEPC*, Madrid, Tirant, 2005, p. 640.

⁹⁶ Véase Tesis P/J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740. O también por ejemplo: Tesis I.4o.A.666 A (9a.), PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Enero de 2009, p. 2788. Reg. IUS. 168069. También la Suprema Corte aplicó este principio para el análisis de la llamada Ley de Medios en la Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Ejecutoria P/J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382. La SCJN ha aplicado dicho principio con mayor frecuencia al análisis de vulneración al principio de igualdad. Tesis 1a./J. 55/2006 (9a.), IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede consultar Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

⁹⁷ Véase Corte IDH. *Caso Chitay Nech...*, *supra* nota 33, párr. 159. "En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte."

2. Colisiones con otros valores fundamentales

Debido a que el derecho a la protección de la familia no es absoluto, es posible limitar un derecho para proteger a la familia siempre y cuando exista un fin legítimo, es decir, que exista un derecho o un principio constitucional que también se deba proteger. De esta forma es posible obligar a las personas a realizar determinadas conductas tendientes a proteger a las personas que dependen de las relaciones familiares: por ejemplo sancionando el abandono de familia y obligando a dar alimentos⁹⁸

(contradicción de tesis 407/2009) o estableciendo ciertas obligaciones y ciertos derechos derivados de la patria potestad (amparo directo en revisión 61/2005).

Ahora bien, cabe hacer notar que la Corte ha resuelto en diversos casos que sobre el derecho a la protección de la familia prevalece el **derecho a la identidad** y el **derecho al libre desarrollo de la personalidad** (amparo directo civil 6/2008): por ejemplo las decisiones sobre el divorcio sin causales (divorcio exprés Amparo directo en revisión básicamente la 917/2009); la modificación de jurisprudencia sobre violación conyugal (Varios 9/2005).

También en las últimas décadas se ha prestado especial atención a la **violencia intrafamiliar**⁹⁹ que durante siglos fue entendida como parte de la educación de los hijos y de las relaciones de pareja y que hoy se entiende como una intervención para proteger la dignidad, la vida y la integridad de los miembros de la familia maltratados. A pesar de que los capítulos de los códigos penales o civiles se titulan como protección a la familia, en realidad la protección se dirige a la vida e integridad de las personas, no de un ente autónomo llamado "La Familia" pues ésta no podría tener derecho a la dignidad, ni a la integridad ni a la vida.

3. Principio de igualdad y no discriminación

Por último, el **principio de igualdad y no discriminación** del artículo 1º último párrafo aplica también para el disfrute del derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia y con base en este todas las relaciones que puedan interpretarse como vida familiar

⁹⁸ Ejecutoria 1a./J. 30/2010 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 407/2009. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 16. Reg. IUS. 22084.

⁹⁹ Por ejemplo la Ejecutoria 1a./J. 69/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 66/2006-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO QUINTO CIRCUITO Y EL SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Enero de 2007, p. 173. Reg. IUS. 19874. Véase en especial el voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz.

(relaciones de parentesco y de filiación) deberán gozar de la misma protección y cualquier diferencia deberá satisfacer los criterios de un escrutinio estricto. Al respecto la SCJN ha explicado que siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación.¹⁰⁰ Para revisar una medida presuntamente discriminadora el control constitucional se inscribe bajo un análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad para determinar la pertinencia de un trato diferenciado y la violación o no a los principios de igualdad y no discriminación. En cambio si la medida busca equiparar u homologar, como en el caso de las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales, entonces la medida legislativa no debe examinarse bajo un escrutinio estricto, "sino sólo en un análisis de razonabilidad que permita verificar: a) Si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y, b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente".¹⁰¹

IV. Régimen jurídico de la familia en México¹⁰²

El Poder Judicial ha dado la siguiente definición [con carácter de jurisprudencia] del Derecho de Familia: "En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitu-

¹⁰⁰ Tesis P./J. 130/2007 (9a.)...., *supra* nota 96. De los criterios emitidos por la Suprema Corte se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. Así como la Tesis 1a./J. 84/2006 (9a.), ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.

¹⁰¹ Tesis P. XXIV/2011 (9a.), MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161272. Asimismo, véase Tesis 1a./J. 37/2008 (9a.), IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.

¹⁰² El siguiente capítulo se apoya en la información publicada en la página Web de la Organización de Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia_red_de_cooperacion_mexico.htm> (2 de noviembre de 2011).

ción, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social".¹⁰³ El Derecho de Familia en México está integrado por las siguientes instituciones que se encuentran reguladas en los 32 códigos civiles que existen en la República (31 locales y 1 federal):

- Capacidad legal de las personas, su estado civil y su domicilio
- Matrimonio, Concubinato, Sociedades de Convivencia (D.F.) Pactos de Solidaridad (Coahuila)
- Divorcio
- Obligaciones Alimentarias
- Parentesco y Filiación
- Patria Potestad
- Tutela
- Adopción
- Patrimonio de Familia

V. Conclusión

Elisabeth Beck-Gernsheim describe en el prefacio de su texto "*Reinventing the Family*"¹⁰⁴ las razones del proceso de cambio que en el último siglo y medio ha sufrido la familia. La autora

¹⁰³ Tesis I.S.o.C. J/11 (9a.), DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133. Reg. IUS. 162604.

¹⁰⁴ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Reino Unido de la Gran Bretaña, Polity Press, 2002.

atribuye la transformación socioeconómica gracias a la industrialización, la familia pre-industrial era una comunidad centrada en el trabajo y la economía y uno de sus principales rasgos era la inequidad entre la mujer y el hombre, las mujeres y los niños raramente tenían derechos y no eran concebidos como sujetos autónomos, más aún, la homosexualidad era entendida como una perversión y en la mayoría de países severamente sancionada. Con el advenimiento de las relaciones industriales, la familia cambió. La medicina moderna permitió desprender la libertad sexual de la reproductiva, las mujeres salieron a trabajar lo que obligó a garantizarles condiciones de igualdad frente a los hombres tanto en los ámbitos laborales y educativos, como en los domésticos. Ello generó independencia económica lo que provocó que los matrimonios fueran decreciendo, que las parejas se casaran más tarde y aumentó la posibilidad de disolver el matrimonio pues la mujer ya no dependía económicamente del marido. Los derechos de los niños fueron modificados para reconocerles autonomía y personalidad, se erosionó la dictadura patriarcal. La división de tareas domésticas por género comenzó a desdibujarse y a pesar de que aún hoy las relaciones homosexuales sufren rechazo y discriminación, gozan de mayor respeto y reconocimiento (10 países permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, además de algunas entidades en estados federales, como la Ciudad de México).

Gracias a un proceso de individualización, apoyado en el auge y desarrollo de los Derechos Humanos de la segunda mitad del siglo pasado, el derecho *de* la familia ha pasado a ser el derecho *a* la familia. El cambio no es insignificante si lo entendemos como el reconocimiento de que lo verdaderamente importante son las personas y sus relaciones y no modelos o comportamientos que puedan ser impuestos por las mayorías o desde el Estado. Las democracias constitucionales han optado por proteger la dignidad y la autonomía de las personas y con ello la libertad en la configuración de sus relaciones sexuales y reproductivas. Lo anterior no implica que se desdibujen derechos y obligaciones, fundamentales para los niños, las niñas, los adolescentes y los adultos mayores, al contrario; hoy se cuenta con un reforzado reconocimiento, garantía y promoción de los derechos de quienes cuentan con una presunción de necesidad o de quienes tienen una necesidad en los hechos. En este sentido, el derecho a la protección de la familia aparece una vez que se comprende que la autonomía es la base de los derechos humanos y que el Estado no puede avanzar ni representar religión o filosofía alguna. Luego, el derecho a la protección de la familia no es un derecho colectivo, sino un derecho individual.

La SCJN ha interpretado que el derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia comprende todas las relaciones familiares sin que éstas deban ser formadas siguiendo modelos únicos. La Constitución protege las familias diversas en el sentido de que

todas las formas y lazos familiares se encuentran bajo la protección fundamental. De ello se pueden desprender los siguientes derechos:

- El derecho a tener una familia y el derecho a la identidad
- Derechos iguales para el hombre y la mujer en la familia
- Derechos iguales para los hijos dentro de la familia
- El derecho de casarse y fundar una familia
- El derecho de contraer matrimonio con libre y pleno consentimiento
- El derecho de planificar una familia y el derecho a decidir ser madre
- Derechos del niño al cuidado de sus padres
- Derecho a la reunión familiar

No hay una justificación detrás de qué relaciones entran en el concepto familia y cuáles no, –a menos que se quiera buscar únicamente en los lazos de "sangre" o genéticos o en algún *concepto natural* de "La Familia". Pero precisamente porque existen muchas otras relaciones que implican vida familiar y que las personas tienen derecho a que les sean reconocidas, legitimadas y protegidas, es que se han reconocido desde el concubinato, hasta las sociedades de convivencia y los pactos civiles, pues al faltar la formalidad no creaban relaciones de parentesco y se favorecía un modelo específico: el de la familia basada en el matrimonio. La finalidad de la ley (con base en el 4to constitucional) debe ser proteger las relaciones familiares, todas, y con ello garantizar ciertos beneficios, sobre todo cuidados (alimentos, vivienda, etc.) a las personas, en especial a los menores de edad y a los adultos mayores. Es necesario que para ello se delimite en la ley quiénes están obligados, a qué y se justifique por qué. El principio que subyace a la protección a la familia es que todas las personas tengan el mismo derecho a que sus relaciones de vida familiar generen derechos y obligaciones.

Los dos grandes problemas a que se enfrenta el Derecho familiar son: 1) que la filiación se entiende como siempre heterosexual y que las mujeres no pueden dejar de crearla, la madre será siempre la madre, en cambio el padre es sólo hasta que reconoce al hijo y 2) que se restringe la creación voluntaria de relaciones familiares si éstas no están basada en la relación sexual (matrimonio, concubinato) y en la sangre (los hijos y como excepción los adoptados).

Entonces, el reto para el Derecho familiar es que las personas puedan reconocer a los hijos más allá de la genética y que las personas podamos crear relaciones sin que haya relaciones sexuales de por medio o lazos de sangre.

John Rawls comienza su teoría de la justicia diciendo que la virtud principal de las instituciones sociales es la justicia, como lo es la verdad en los sistemas de pensamiento. Y sigue explicando, que por más elegante o económica que sea una teoría, ésta debe ser revisada y rechazada si no es verdadera; y lo mismo sucede con las instituciones sociales y las leyes, pues no importa qué tan eficientes y bien organizadas sean, éstas deben ser reformadas o abolidas si son injustas.¹⁰⁵

Considero apropiado concluir este comentario al derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia con esta cita.

¹⁰⁵ Rawls, John. *A Theory of Justice...*, *op. cit.* Traducción libre.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469.
- Ejecutoria (10a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2009. PROCURADURÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN CIUDADANA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 1, p. 615. Reg. IUS. 23348.
- Ejecutoria (10a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 62/2009. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA QUINUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 1, p. 789. Reg. IUS. 23349.
- Ejecutoria P. XIX/2011 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p. 991. Reg. IUS. 22553.
- Ejecutoria P/J. 58/2010 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 85/2009. PARTIDO POLÍTICO CONVERGENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2553. Reg. IUS. 22078.
- Ejecutoria 1a. LXXIX/2009 (9a.), CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 93/2007. PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 1911. Reg. IUS. 21195.
- Ejecutoria (9.a), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 69/2008. PARTIDO POLÍTICO NACIONAL CONVERGENCIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 1035. Reg. IUS. 21196.
- Ejecutoria P. XXVII/97 (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 1195/92. JULIO ÓSCAR TRASVIÑA AGUILAR. MINISTRO PONENTE: JUVENTINO V. CASTRO Y CASTRO. SECRETARIO: JOSÉ

PABLO PÉREZ VILLALBA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo VI, Agosto de 1997, p. 223. Reg. IUS. 4525.

- Ejecutoria 1a./J. 101/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 154/2005-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO Y EL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Marzo de 2007, p. 112.
- Ejecutoria P. LXVIII/2009 (9a.), AMPARO DIRECTO 6/2008. *****, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Enero de 2011, p. 1707. Reg. IUS. 22636.
- Ejecutoria P./J. 61/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 21/2006-PL. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LA PRIMERA Y LA SEGUNDA SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, p. 465. Reg. IUS. 21183.
- Ejecutoria 1a./J. 10/94 (9a.), VARIOS 9/2005-PS. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN A LA TESIS DE JURISPRUDENCIA 1a./J. 10/94, DERIVADA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92, ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO. SOLICITANTE: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIII, Enero de 2006, p. 659. Reg. IUS. 19271.
- Ejecutoria 1a./J. 16/2011 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 225/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, EL SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Y EL ENTONCES TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO, ACTUAL TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Abril de 2011, p. 69. Reg. IUS. 22803.
- Ejecutoria 1a./J. 49/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 163/2007-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, p. 62. Reg. IUS. 21207.

- Ejecutoria 1a./J. 103/2008 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 19/2008-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, Y EL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Agosto de 2009, p. 10. Reg. IUS. 21674.
- Ejecutoria 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.
- Ejecutoria I.7o.A.576 A. (9a.), AMPARO EN REVISIÓN 134/2008. DELEGADA DEL ADMINISTRADOR GENERAL JURÍDICO DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVIII, Julio de 2008, p. 1879. Reg. IUS. 21050.
- Ejecutoria P./J. 46/2007 (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 26/2006. SENADORES INTEGRANTES DE LA QUINCUAGÉSIMA NOVENA LEGISLATURA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, p. 1623. Reg. IUS. 20382.
- Ejecutoria 1a./J. 30/2010 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 407/2009. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y SEGUNDO, AMBOS EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 16. Reg. IUS. 22084.
- Ejecutoria 1a./J. 69/2006 (9a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 66/2006-PS. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR EL TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO QUINTO CIRCUITO Y EL SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXV, Enero de 2007, p. 173. Reg. IUS. 19874.
- Tesis 1a./J. 84/2006 (9a.), ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.

- Tesis P. XXIV/2011 (9a.), MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161272.
- Tesis 1a./J. 37/2008 (9a.), IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.
- Tesis: I.5o.C. J/11 (9a.), DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133. Reg. IUS. 162604.
- Tesis 1a./J. 55/2006 (9a.), IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247.
- Tesis P./J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740.
- Tesis I.4o.A.666 A (9a.), PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO, *Sema-*

nario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXIX, Enero de 2009, p. 2788. Reg. IUS. 168069.

- Tesis I.5o.C. J/21 (9a.), DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU PROTECCIÓN ALCANZA EL RANGO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 967. Reg. IUS. 161867.
- Tesis I.3o.C.918 C (9a.), FAMILIA. CONSTITUYE LA FORMA ÓPTIMA DE DESARROLLO DEL MENOR (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 138 TER, 138 QUÁTER, 138 QUINTUS Y 138 SEXTUS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 2327. Reg. IUS. 162830.
- Tesis P/J. 13/2011 (9a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 872. Reg. IUS. 161284.
- Tesis 1a. XV/2011 (9a.), INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, p. 616. Reg. IUS. 162807.
- Tesis P. XXII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161265.
- Tesis P. XXVII/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUÉL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879. Reg. IUS. 161266.
- Tesis P. XXV/2011 (9a.), MATRIMONIO. EL TÉRMINO "CÓNYUGE" COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario*

Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161273.

- Tesis P. XXVIII/2011 (9a.), MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 877. Reg. IUS. 161268.
- Tesis P. XXV/2011 (9a.), MATRIMONIO. EL TÉRMINO "CÓNYUGE" COMPRENDE A LOS INTEGRANTES DE MATRIMONIOS HETEROSEXUALES Y A LOS DEL MISMO SEXO (REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 873. Reg. IUS. 161273.
- Tesis P. XXI/2011 (9a.), MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 878. Reg. IUS. 161267.
- Tesis P. XXIII/2011 (9a.), FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 871. Reg. IUS. 161309.
- Tesis P. XXVI/2011 (9a.), MATRIMONIO. NO ES UN CONCEPTO INMUTABLE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 881. Reg. IUS. 161263.
- Tesis 2a. LXXII/2010 (9a.), DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SON INCONSTITUCIONALES LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE DENIEGAN, EN FORMA ABSOLUTA, LA OBTENCIÓN DE AQUÉLLA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 460. Reg. IUS. 164105.

- Tesis 2a. LXXX/2008 (9a.), JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 447. Reg. IUS. 169467.
- Tesis P./J. 68/2010 (9a.), AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 5. Reg. IUS. 164177.
- Tesis 1a. CCXV/2009 (9a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 287. Reg. IUS. 165760.
- Tesis 1a. CLI/2011 (9a.), DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 222.
- Tesis 1a. XVIII/2011 (10a.), AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO CONOZCAN DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS QUE DESCONOZCAN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, p. 2685. Reg. IUS. 2000050.
- Amparo en Revisión 2/2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=32482>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1621/2010. Sentencia definitiva 15 de junio de 2011. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119580>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2044/2008. Sentencia definitiva 17 de junio de 2006. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=104404>> (19 de junio de 2013).

- Amparo Directo en Revisión 1903/2008. Sentencia definitiva de 11 de marzo de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=103919>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 992/2005. Sentencia definitiva 28 de enero de 2008. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=74902>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 1147/2008. Sentencia definitiva 28 de enero de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=103893>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 917/2009. Sentencia definitiva 23 de septiembre de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108797>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1013/2010. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117823>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 2446/2009. Sentencia definitiva de 17 de febrero de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114235>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=118366>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 1092/2009. Sentencia definitiva 12 de agosto de 2009. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=109765>> (19 de junio de 2013).
- Amparo Directo en Revisión 182/2000. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=33490>> (19 de junio de 2013).

- Amparo 2256/2010-VI Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal. Amparo contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).
- Amparo Indirecto 374/2011-I Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil y del Trabajo en el Estado de Nuevo León. Amparo contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).
- Amparo 590/2011-III Juzgado Cuarto de Distrito en Materia del Trabajo en el Distrito Federal. Amparo contra el Instituto Mexicano del Seguro Social para la inscripción de cónyuges del mismo sexo del(la) trabajador(a).
- Amparo en Revisión 183/2010. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 14 de julio de 2010.

2. Internacionales

- Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.
- Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.
- Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.
- Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. *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.
- Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- CIDH. Caso 11.625, Ma. Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala, Informe, No. 4/01*. 19 de enero de 2001.
- CIDH. *Petición 1271-04, Karen Atala e hijas vs. Chile*, Informe No. 42/08, 23 de julio de 2008.
- Comité CCPR. *Comentario General No. 17. Los derechos de los niños (artículo. 24)*. CCPR/C/21/Rev.1, (pp. 21-23) de 4 de julio de 1989.
- Comité CCPR. *Comentario General No. 19. La familia. (artículo 23)*. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 de 24 de julio de 1990.
- Comité CCPR. *Comentario General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*. CCPR/C/21/Rev.1, de 23 de marzo de 1988.
- Comité CEDAW. *Recomendación General No. 21. La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*. A/49/38, 1994.
- Comité CRC. *Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1 de 20 de septiembre de 2006.
- TEDH. *E.B. vs Francia*. (App. No. 43546/02). Sentencia del 22 de enero de 2008.
- TEDH. *Marckx v. Bélgica*. (App. No. 6833/74). Sentencia del 13 de junio de 1979.

- TEDH. *Berrehab v. Holanda*. (App. No. 10730/84). Sentencia del 21 de junio de 1988.
- TEDH. *Johnston y otros v. Irlanda* (App. No. 9697/82). Sentencia del 18 de diciembre de 1986.
- TEDH. *Kroon y otros v. Holanda*. (App. No. 18535/91). Sentencia del 27 de octubre de 1994.
- TEDH. *Schalk & Kopf v Austria*. (App. No. 30141/04). Sentencia del 24 de junio de 2010.
- TEDH. *X, Y & Z v. Reino Unido de la Gran Bretaña*. (App. No. 21830/93). Sentencia del 22 de abril de 1997.
- TEDH. *Schneider v. Alemania*. (App. No. 17080/07). Sentencia del 15 de septiembre de 2011.

Derechos reproductivos y sexuales

Jimena ÁVALOS CAPÍN*

* Es Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana, ciudad de México. Maestra en Derecho (LLM) por Columbia University con especialización en Derechos Humanos y Género, y Maestra en Políticas Públicas en América Latina por University of Oxford. Al momento de escribir el artículo, fungía como abogada titular del Área de Estrategias Jurídicas de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad de la autora y en ningún momento deben comprometer la opinión de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Derecho a una Vida Libre de Violencia Sexual*. III. *Derechos Reproductivos*. IV. *Conclusión*.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derechos Sexuales; Derechos Reproductivos; Organización Mundial de la Salud; Conferencia Mundial sobre la Mujer; Conferencia sobre Población y Desarrollo; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Interrupción Legal del Embarazo; violencia contra la mujer.

I. Introducción

Con la expresión "derechos reproductivos y sexuales" nos referimos de manera amplia al derecho de todas las personas, sin importar su edad, identidad de género, orientación sexual u otras características, a decidir sobre su propia reproducción y sexualidad, en el respeto a los demás.

Existe una tendencia a usar la expresión "derechos reproductivos y sexuales" como si se tratara de un mismo universo de derechos, lo cual ha sido cuestionado por diversas autoras, quienes consideran que la vinculación conceptual de los derechos sexuales a los derechos reproductivos da origen a la falsa noción de que los derechos sexuales son un subconjunto de los derechos reproductivos. Esto tiene por efecto la remisión automática del discurso a la titular tradicional de los derechos reproductivos que es la mujer heterosexual en edad reproductiva, y deja fuera del marco de protección a personas LGBTTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales), así como a los hombres adultos, a los adolescentes y a las personas de la tercera edad.¹ Consideramos entonces pertinente distinguir los derechos sexuales de los derechos reproductivos en aras de extender la exigibilidad de los mismos para una mayor diversidad de personas.

¹ Miller, Alice M., "Human Rights and Sexuality: First Steps Toward Articulating a Rights Framework for Claims to Sexual Rights and Freedoms", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 93, marzo de 1999, pp. 288-303.

Los derechos reproductivos incluyen el derecho fundamental de toda persona, de determinar libremente el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho específico de disponer de servicios de planificación familiar. El concepto de derechos reproductivos ha conseguido cierta aceptación, si bien limitada y contestada, gracias al movimiento de mujeres que ha reivindicado la maternidad como elección y no como destino, y con ello el derecho a decidir libremente si tener o no tener hijos, a contar con la información necesaria para ello y a tener acceso a métodos anticonceptivos.

En México, los derechos reproductivos están consagrados en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución" o "CPEUM"): "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".² Sin embargo, las leyes vigentes aún no admiten una gama amplia de posibilidades de control de la fecundidad ni reconocen explícitamente el derecho de la mujer a decidir sobre los asuntos que afectan su reproducción, incluyendo la posibilidad de decidir tener un aborto seguro.³

Los derechos sexuales no están contemplados como tales en nuestra Constitución pero sí en los instrumentos internacionales adoptados por México. En el marco normativo internacional, éstos han sido referenciados sobre todo en términos negativos en torno al derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia. Sin embargo, como recuerda Rosalind Petchesky, si bien es necesario identificar los derechos sexuales en términos de violaciones de derechos, también es preciso definirlos desde una óptica positiva, que ponga el énfasis en el derecho a gozar plenamente de la sexualidad.⁴

A falta de una definición consensuada de los "derechos sexuales", la más comúnmente aceptada es la definición propuesta por la Organización Mundial de la Salud, la cual retoma la definición de salud sexual que es el derecho a alcanzar el nivel más elevado posible de salud en relación con la sexualidad. Sin embargo, los derechos sexuales no se limitan tampoco al enfoque de salud sexual, sino que incluyen el derecho a buscar, recibir e impartir información sobre la sexualidad, el derecho a recibir educación sexual, el derecho a que se respete la integridad física, el derecho a elegir pareja, el derecho a decidir si ser o no sexualmente

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o., segundo párrafo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013.

³ Disponible en: <<http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=103>> (19 de junio de 2013).

⁴ Petchesky, Rosalind, "Sexual rights: Inventing a concept, mapping an international practice", R.Parker, R.M. Barbosa y Aggleton, P. (eds.), *Framing the sexual subject: the politics of gender, sexuality and power*. Berkeley, University of California Press, 2000.

activa, el derecho a mantener relaciones sexuales de mutuo acuerdo, el derecho a contraer matrimonio de mutuo acuerdo y el derecho a llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera.⁵

Los derechos reproductivos y sexuales encuentran su fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) en diversos instrumentos tanto vinculatorios ("hard-law") como no-vinculatorios ("soft-law") para México. Su formulación como tales se dio sobre todo en el marco de la Conferencia sobre Población y Desarrollo⁶ y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.⁷ La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, establece:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.⁸

El concepto de derechos reproductivos y sexuales merece ser completado por la noción de "justicia reproductiva". Las proponentes de esta noción resaltan que el lenguaje del "derecho a decidir" usado comúnmente en el discurso de los derechos reproductivos no es el más adecuado para personas que viven en comunidades en las que las mujeres tienen poco margen verdadero de decisión. El concepto de "justicia reproductiva" une a los derechos reproductivos con la justicia social y busca transformar los desequilibrios de poder que se originan a partir de dinámicas de género, clase, raza, etnia, discapacidad, etcétera, para crear un cambio sistémico que permita a todas las personas gozar de los recursos sociales, polí-

⁵ En 2002, la Organización Mundial de la Salud publicó en la sección de género y derechos reproductivos de su sitio web su propia definición de los derechos sexuales. Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/#> (19 de junio de 2013).

⁶ ONU. *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, el 18 de octubre de 1994, de la reunión celebrada en El Cairo del 5 a 13 de septiembre de 1994. A/CONF.171/13

⁷ ONU. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, de la reunión celebrada en Beijing del 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1,

⁸ *Ibid.* párr. 96.

ticos y económicos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo, su sexualidad y su familia.⁹

Resulta claro que el alcance de los derechos reproductivos y sexuales va mucho más allá del postulado establecido en el artículo 4o. constitucional, por lo que es necesario profundizar en las fuentes internacionales que han dado contenido a este enunciado y que amplían su espectro de protección. A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011,¹⁰ la cual eleva a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales a rango constitucional, dichas fuentes cobran aún mayor importancia.

A lo largo de este comentario, estudiaremos algunas de las fuentes internacionales que protegen los derechos reproductivos y sexuales que son aplicables para el Estado mexicano. También revisaremos algunas decisiones judiciales en materia de derechos reproductivos y sexuales desde una perspectiva crítica para determinar en qué medida han incorporado la normatividad internacional en la materia. Finalmente, concluiremos sobre los pendientes en este campo que tiene el Poder Judicial para funcionar como verdadero garante de derechos. En general, el Poder Judicial Federal ha sido tibio en el análisis de los derechos sexuales y reproductivos y ha sido remiso en analizar las obligaciones impuestas por los compromisos internacionales asumidos por México.

Analizaremos dos principales aspectos de los derechos sexuales y reproductivos: el primero de ellos es quizás el aspecto más visible de los derechos sexuales que es el derecho a una vida libre de violencia sexual. Este tema cobra especial relevancia a raíz de las recientes sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la "Corte Interamericana") que condenan al Estado mexicano por haber fallado en garantizar este derecho. El segundo aspecto es el tema de la interrupción legal del embarazo que ha sido discutido de manera especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") en tres ocasiones en la última década, sin embargo, en ninguna de ellas se ha dado el suficiente peso a los derechos reproductivos y sexuales.¹¹

⁹ Price, Kimala, "What is Reproductive Justice?: How Women of Color Activists Are Redefining the Pro-Choice Paradigm", *Meridians*, Vol. 10, num. 2, 1 de abril de 2010, pp. 42-65.

¹⁰ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011> (19 de junio de 2013).

¹¹ A pesar de que la discusión llevada a cabo por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la controversia constitucional 11/2009 a finales de septiembre pasado sí incluye una reflexión sobre los derechos sexuales y reproductivos, no se alcanzó la mayoría necesaria para invalidar la norma impugnada, la cual protege la vida desde

II. El derecho a una vida libre de violencia sexual

El primer aspecto que forma parte de los derechos reproductivos y sexuales es el enfoque negativo, es decir, el derecho a llevar una vida sexual libre de coacción o violencia. El Estado mexicano ha celebrado diversos instrumentos internacionales en los que se compromete a garantizar este derecho tanto de manera amplia (como parte del derecho a la integridad personal), como de manera concreta para mujeres y niños.

1. Marco normativo internacional que protege el derecho a una vida libre de violencia sexual

Comúnmente se piensa que los derechos sexuales no fueron protegidos sino hasta las Conferencias de El Cairo y Beijing a mediados de los años noventa. Sin embargo, como recuerda Alice M. Miller, la protección a una vida sexual libre de coacción, discriminación o violencia es anterior.¹² La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) de 1979, de la cual México es parte desde 1981,¹³ establece en su artículo 6 la obligación de los Estados de tomar medidas para "suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer".¹⁴ Adicionalmente, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁵ de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) expresa que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación y obliga explícitamente a los Estados a tomar medidas en contra de la violencia sexual y la explotación de la mujer. Dicha Recomendación General define la violencia basada en el sexo como "la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada", la cual incluye "actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual".¹⁶

Adicionalmente, en 1993 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer¹⁷ (en adelante DEVCM), la cual define la violencia

el momento de la concepción en todos los casos, a expensas de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Por esta razón, no consideramos que a la fecha se les haya dado el peso suficiente.

¹² Miller, Alice M., "Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights", *Health and Human Rights*, Vol. 4, num. 2, 2000, pp. 76-7.

¹³ 10 AGONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Resolución 34/180. 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

¹⁴ *Ibid.*, art. 6.

¹⁵ Comité CEDAW. *Recomendación general 19. La violencia contra la mujer*. A/47/38 de 1993.

¹⁶ *Ibid.*, punto 6.

¹⁷ AGONU. *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

contra la mujer como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".¹⁸ Esta declaración establece la obligación de los Estados de condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla.¹⁹

Por otra parte, aún dentro del sistema universal, la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰ (en adelante CDN) de 1989 contiene la obligación de tomar medidas para proteger al niño de "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual".²¹

Dentro del sistema interamericano, el instrumento más importante que protege el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sexual es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará).²² Esta convención obliga a los Estados parte a tomar una serie de medidas positivas, entre las que se encuentran: abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; incluir en su legislación interna normas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, etcétera.²³ Una obligación que vale la pena resaltar es la de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.²⁴

Los últimos dos años han visto importantes avances en las normas internacionales que protegen el derecho a una vida libre de violencia a través de las más recientes sentencias de la Corte IDH, las cuales condenan al Estado mexicano por no actuar con la debida diligencia para

¹⁸ *Ibid.*, art. 1.

¹⁹ *Ibid.*, art. 4.

²⁰ AGONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 21 de octubre de 1990.

²¹ *Ibid.*, art. 19(1).

²² OEA. *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Entró en vigor para México el 12 de diciembre de 1998.

²³ *Ibid.*, art. 7.

²⁴ *Ibid.*, art. 7, inc. f.

prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. La primera de ellas es la sentencia de *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.²⁵ En este caso, la Corte Interamericana resolvió que el Estado mexicano es responsable bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") y la Convención de Belem do Pará por no haber investigado debidamente las desapariciones y asesinatos motivados por género de tres mujeres, dos de las cuales eran menores.²⁶

La sentencia de *Campo Algodonero* es importante para el tema que nos atañe porque la Corte Interamericana reconoció por primera vez que los Estados tienen obligaciones positivas de respuesta ante la violencia contra la mujer perpetrada por actores privados. Además, la Corte Interamericana analizó los asesinatos de las tres mujeres en el contexto de violencia generalizada y discriminación estructural contra la mujer en México y reafirmó que en el caso mexicano la violencia de género constituye discriminación en contra de la mujer.²⁷ Por otra parte, en la sección en la que estudió la violencia de género como discriminación, la Corte Interamericana resaltó el fenómeno de los estereotipos de género en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.²⁸

A la sentencia de *Campo Algodonero* se suman dos sentencias dictadas en 2010 en las que las que la Corte Interamericana se pronunció específicamente sobre la violencia sexual: las que

²⁵ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

²⁶ Los cuerpos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monarrez fueron encontrados en un campo cerca de Ciudad Juárez, Chihuahua.

²⁷ Por lo tanto, la Corte Interamericana decidió que México había violado la obligación de no-discriminación (artículo 1(1)) de la CADH, en relación con la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4(1) (derecho a la vida), 5(1) (integridad física, mental y moral), 5(2) (tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes), 7(1) libertad personal y seguridad, así como el derecho de acceso a la justicia establecido en los artículos 8(1) (derecho a ser oído por un juez o tribunal competente) y 25(1) (recurso sencillo, rápido y efectivo), en perjuicio de los familiares de las víctimas.

²⁸ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*..., *supra* nota 25, párr. 401.

se corresponden a los casos de Inés Fernández Ortega²⁹ y Valentina Rosendo Cantú,³⁰ dos indígenas me'phaa torturadas y violadas sexualmente por militares en 2002 a manos de soldados del Ejército mexicano y por la falta de justicia que agravó el daño ocasionado a las dos mujeres, a sus familias y a sus comunidades.

En el caso de Inés, la Corte Interamericana consideró que se había acreditado la violación sexual a pesar de no haber señales de resistencia,³¹ retomando el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos que indica que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta.³² Adicionalmente, la Corte Interamericana determinó que violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, la cual no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", retomando el fraseo de la Convención de Belem do Pará.³³

La Corte Interamericana examinó si la violación sexual de Inés y Valentina constituye tortura de acuerdo con la jurisprudencia internacional, para lo cual deben darse los siguientes requisitos: i) ser intencional; ii) causar severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) cometerse con determinado fin o propósito.³⁴ No hubo duda sobre el hecho de que la violación sexual fuera intencional, y sobre el segundo de estos elementos, la Corte Interamericana declaró que "es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas".³⁵ También consideró que se actualizó el tercer elemento pues al menos una de las finalidades de la violación fue la de castigar a las mujeres por no haber proporcionado a los militares la información solicitada.³⁶ La Corte

²⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

³⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

³¹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *supra* nota 29, párr. 115.

³² TEDH. *M.C. v. Bulgaria*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, App. No. 39272/98, párr. 166; TPIY. *Kunarac et al. "Foča" (Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic)*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, párrs. 452 y 464.

³³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...* *supra* nota 29, párr. 118; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...* *supra* nota 30, párr. 108.

³⁴ Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79.

³⁵ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...* *supra* nota 29, párr.124; y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *supra* nota 30, párr. 114.

³⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México...*, *supra* nota 29, párr. 127; y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México...*, *supra* nota 30, párr. 117.

Interamericana determinó que la violación sexual de las mujeres implicó una violación a la integridad personal, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la CADH y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante CIPST). En ambos casos, la Corte Interamericana resolvió que Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la CIPST, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención de Belem do Pará (relativo al deber de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer por parte de sus funcionarios, personal, agentes o instituciones).

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el delito de violación y la excepción marital

Una de las maneras en las que el Estado protege a las personas de la violencia sexual es a través de las leyes penales, por ejemplo, mediante el delito de violación dentro o fuera del matrimonio. Por lo tanto, resulta extraordinario que hasta 1997 los Códigos Penales de las entidades federativas en México establecían que el delito de violación no se perseguiría cuando la conducta típica se diera entre consortes, en directa contravención a la normatividad internacional. La excepción marital al delito de violación fue estudiada por la SCJN en 1994 y posteriormente en 2005.

En 1994, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de estudiar la excepción por violación dentro del matrimonio y declarar su inconstitucionalidad en la contradicción de tesis 5/92.³⁷ En este caso, se trataba de dirimir la contradicción entre dos criterios: el primero emitido por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito quien sostenía que sí se tipifica el delito de violación entre cónyuges pues "el bien jurídico que protege dicho ilícito es la libertad sexual", independientemente del carácter, condición o sexo del sujeto pasivo, y el segundo emitido por el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito quien sostenía que si bien la violencia sexual entre consortes era causal de divorcio, "de ninguna manera" era bastante para considerar al esposo como responsable del delito de violación.

Extraordinariamente, la Primera Sala de la SCJN resolvió que "si el cónyuge impone la cópula normal de manera violenta (...) no se integra el delito de violación" salvo en ciertos supues-

³⁷ Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.

tos de excepción,³⁸ pues se trata en realidad de un mero ejercicio indebido de un derecho. En una decisión notoriamente anacrónica, la Suprema Corte dijo: "en primer término debe atenderse a los fines que tiene la institución del matrimonio, entre los cuales se cuenta el de la procreación de la especie; por lo que es lógico deducir que los cónyuges deban prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiendo por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino; pues solamente tienen derecho a una relación sexual de esa naturaleza".³⁹

Esta resolución (y la tesis jurisprudencial que derivó de ella) declaró la constitucionalidad de una norma que autorizaba la violencia sexual en contra de la mujer en el contexto del matrimonio y que consagraba la noción de que la sexualidad de la mujer es un "derecho" del esposo.⁴⁰ La SCJN no evaluó las obligaciones en materia de violencia que en este caso le imponía la CEDAW (de la cual México ya era parte desde hacía más de una década), ni consideró la DEVCM de la ONU aprobada por la Asamblea General apenas un año antes. La CEDAW, tal y como es interpretada por la Recomendación General 19, exige que los Estados parte tomen medidas en contra de la violencia sexual y conlleva el reconocimiento explícito de la violencia doméstica como una forma de violencia de género.⁴¹ Tampoco consideró la jurisprudencia internacional, la cual ya ha establecido en diversas ocasiones, la más reciente de ellas en la sentencia de *Campo Algodonero*, que la supuesta condición de la víctima o su reputación es irrelevante para que el Estado ofrezca la debida protección a quienes han sufrido de violencia sexual.

Además, la Suprema Corte se pronunció sobre lo que constituía a sus ojos una relación sexual "normal", que es aquella que se da entre la pareja heterosexual con fines reproductivos, desconociendo por completo el derecho a la libertad sexual y el derecho a tener una vida sexual satisfactoria, segura y placentera.

Este criterio no fue revertido hasta noviembre de 2005, cuando la SCJN finalmente resolvió que los Códigos Penales estatales que aún permitían la excepción marital al delito de viola-

³⁸ Se mencionaron casos de excepción en los que sí se tipificaría el delito como son "que se encuentre el activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, cuando se pretenda que el acto sexual se cometa en presencia de otras personas, o bien, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos".

³⁹ Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a.). . . *supra* nota 37.

⁴⁰ Si bien es cierto que la violación sexual puede ser cometida por la esposa en contra del esposo, la realidad es que la violencia sexual en el contexto del matrimonio se da de manera desproporcionada en contra de la mujer, razón por la cual la violencia doméstica es considerada una forma de violencia de género.

⁴¹ Así lo reconoció el Comité CEDAW en casos concretos: CEDAW. *Goekce v. Austria* (CEDAW/C/39/D2005). Resolución del 5 de agosto de 2007 y CEDAW. *Yildirim v. Austria* (CEDAW/C/39/D/6/2005). Resolución del 1 de octubre de 2007.

ción eran inconstitucionales al ser violatorios del derecho a la integridad física y de la libertad sexual de las mujeres. Algunos estados, como es el caso de Baja California, reformaron esta disposición hasta 2006 y aún hay algunos estados que hacen la distinción entre la violación dentro del matrimonio y fuera de éste estableciendo que la violación dentro del matrimonio se persigue por querrela (y consiguientemente admite el perdón del ofendido), mientras que la violación fuera del matrimonio es lo suficientemente grave como para perseguirse de oficio.⁴²

III. Derechos reproductivos

Los derechos reproductivos han sido desarrollados en diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano y su formulación y contenido son incluso más claros que para el caso de los derechos sexuales en el sentido que encuentran su fundamento constitucional específico en el artículo 4, segundo párrafo, y provienen del derecho a elegir libremente el número y espaciamiento de los hijos y a contar con métodos contraceptivos. Sin embargo, también incluyen el derecho a tener la información necesaria para estar en verdaderas condiciones de decidir libremente sobre la reproducción.

1. Marco normativo internacional que protege los derechos reproductivos

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 ofreció la primera definición del derecho reproductivo básico: "los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". La Conferencia Mundial de Población de Bucarest de 1974, por su parte, otorgó la titularidad de tal derecho, ya no a los "padres", sino a "las parejas y los individuos". La Conferencia de Bucarest también estableció el derecho a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para ejercer el derecho reproductivo básico, y determinó que este derecho entraña una responsabilidad ante los hijos y ante la comunidad. La Conferencia Internacional de Población de México de 1984 añadió que el mencionado derecho a disponer de

⁴² Existen debates académicos importantes sobre la mejor solución a este problema en términos de política pública. Por un lado, sería deseable que se persiguiera el delito de violación en el matrimonio con la misma severidad que la violación cometida fuera del matrimonio, es decir, que fuera perseguido de oficio ("mandatory arrest") y sin admitir el perdón del ofendido ("no-drop basis"). Los proponentes de esta solución defienden que sólo de esta forma se brinda la protección adecuada a las mujeres y se envía el mensaje de que el delito de violación en el contexto del matrimonio es de igual gravedad que el que se comete por un extraño. Sin embargo, otras autoras se oponen a esta solución pues argumentan que le quita a la mujer el control y la titularidad sobre el proceso penal. Señalan además que la dinámica de la violencia doméstica es tal que muchas mujeres se atreven a denunciar a sus agresores sólo para conseguir una tregua de la violencia y no con el verdadero deseo de verlos tras las rejas, por lo que de admitirse estas políticas, las mujeres dejarían de acudir al sistema penal por completo.

información, educación y medios formulado en Bucarest, implica el derecho específico a disponer de servicios de planificación de la familia.

La CEDAW es el primer instrumento internacional vinculatorio que establece el derecho de la mujer a decidir en cuanto a la reproducción y que menciona la planificación de la familia. El artículo 12 establece protecciones concretas a los derechos reproductivos al señalar que los Estados parte adoptaran medidas para "garantizar el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia" y "garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". Asimismo, el artículo 16 establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas para que los hombres y mujeres puedan "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" en igualdad de condiciones.

La nomenclatura "derechos reproductivos" se consagró en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, en 1994. El Programa de Acción de El Cairo se refiere expresamente a la "salud sexual y reproductiva" y considera que los "derechos reproductivos" como tales son derechos humanos dignos de protección. De acuerdo con este instrumento, los derechos reproductivos "se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". También hace referencia al derecho de todas las personas a tomar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.

Un aspecto controversial que forma parte de los derechos reproductivos es el derecho al aborto seguro. De acuerdo con Zampas y Gher, este derecho se deriva del derecho a la vida y el derecho a la salud que tienen todas las mujeres, los cuales son contemplados en numerosos tratados internacionales. Adicionalmente, el derecho al aborto seguro se encuentra apoyado en una amplia constelación de derechos como los derechos a la vida privada, a la libertad, a la integridad personal y a la no-discriminación.⁴³

⁴³ Zampas, Christina y Gher, Jamie M., "Abortion as a Human Right-International and Regional Standards", *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 249 y 252.

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la interrupción legal del embarazo

La SCJN tuvo la oportunidad de estudiar el tema del derecho al aborto en diversas ocasiones en la última década.

a. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el aborto eugenésico (acción de inconstitucionalidad 10/2000)

En primer lugar, la SCJN se pronunció sobre el aborto eugenésico en la acción de inconstitucionalidad 10/2000 interpuesta por una minoría de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra del Código Penal de dicha entidad que estableció una excusa absolutoria para el delito de aborto cuando el producto presente alteraciones genéticas o congénitas de una gravedad tal que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo.⁴⁴

En este caso, la ejecutoria aprobada por la mayoría del Pleno de la SCJN concluyó que el artículo 123 de la Constitución Mexicana, en lo que se refiere a la protección de la salud de la madre trabajadora, atiende también a la protección de la vida del producto de la concepción y por lo tanto, nuestra Constitución protege al no-nacido.⁴⁵ Curiosamente, la ejecutoria deriva la protección del no-nacido también del artículo 4 pero no de la sección que protege el derecho de elegir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos, sino de la protección a la salud, de la cual –se aduce– se deriva la protección a la salud de la mujer embarazada y por lo tanto del no-nacido.⁴⁶ De esta ejecutoria se derivó la tesis jurisprudencial de rubro "Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales", a pesar de que diversos ministros no adoptaron estas posturas en su voto concurrente. Por ejemplo, el Ministro Gudiño Pelayo consideró que el artículo 123 constitucional se refiere únicamente a la relación laboral entre el patrón y la mujer embarazada, tutelando los derechos laborales de la mujer.

A pesar de que el resultado final fue validar la constitucionalidad de la reforma, la ejecutoria votada por la mayoría no consideró los derechos reproductivos y sexuales de la mujer ni

⁴⁴ Ejecutoria: P. VII/2002, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 793. Reg. IUS. 16974.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 100-103.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 92-97.

la normatividad que los sustenta. Tampoco realizó una ponderación entre los derechos de la mujer embarazada y la vida en potencia del producto de la concepción. De haberlo hecho, tendría que haber concluido que el deber estatal de protección de la vida del producto de la concepción pierde peso cuando se trata de una vida inviable. Por lo tanto, los derechos de la mujer deben prevalecer y el legislador no puede obligarla, a través de la sanción penal, a llevar a término un embarazo en tales condiciones.

La ejecutoria correspondiente sólo considera la situación de la mujer en los siguientes términos: "la situación descrita por el precepto, coloca a una mujer embarazada ante una situación de muy difícil decisión: la heroica de aceptar continuar con el embarazo y la de aceptar la interrupción del mismo con la consecuencia de que es un delito y las consecuencias que de ello pueden seguirse".⁴⁷ La redacción misma es desventurada pues sugiere que la mujer embarazada que elige llevar a término un embarazo en estas condiciones es "heroica" mientras que, por contraste, la mujer que elige interrumpir el embarazo para evitar el sufrimiento de todos no lo es.

Finalmente, la SCJN resolvió que la excusa absolutoria basada en malformaciones genéticas o congénitas es constitucionalmente válida pues la norma impugnada no autoriza la privación de la vida del producto de la concepción, sino sólo contempla la posibilidad de que no se sancione el delito de aborto. Aún más importante es que la sentencia no consideró que las prohibiciones totales ("*blanket bans*") al aborto que excluyen, *inter alia*, la posibilidad de tener un aborto eugenésico, están prohibidas por los tratados internacionales firmados por México, pues implican la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida en potencia del producto de la concepción, y el consiguiente sacrificio absoluto de los derechos fundamentales de la mujer embarazada.⁴⁸ La SCJN tampoco consideró que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo destinado indefectiblemente a la muerte de la vida en gestación puede constituir un caso de tratos crueles e inhumanos, según lo confirmó un año más tarde el Comité de Derechos Humanos en el caso el caso *KL vs. Perú*.⁴⁹

⁴⁷ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁸ Así lo decidió, por ejemplo, el Comité contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, en la carta dirigida al Estado de Nicaragua en 2006, la cual señala que las prohibiciones absolutas al aborto violan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de las mujeres, y puede constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁴⁹ Así lo entendió el Comité de Derechos Humanos en el caso *KL*, planteado contra Perú cuando se forzó a una joven a llevar a término un embarazo en caso de anencefalia. Véase, Comité CCPR. *KL vs. Perú*, Comunicación No. 1153/2003. Resolución del 21 de noviembre de 2005.

*b. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la despenalización del
aborto en el Distrito Federal (acciones de inconstitucionalidad 146/2007
y su acumulada 147/2007)*

En abril del año 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al Código Penal para el Distrito Federal que estableció una nueva definición de aborto y despenalizó la interrupción del embarazo para las mujeres que lo hagan y las personas que las auxilien, antes de que se cumplan las doce semanas de gestación. La despenalización fue acompañada por reformas a la Ley de Salud para el Distrito Federal que establecen la obligación de las instituciones de salud del Distrito Federal de atender las solicitudes de interrupción del embarazo y de implementar políticas públicas de promoción de la salud sexual y reproductiva.

El 24 y 25 de mayo, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante CNDH) y el titular de la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) interpusieron demandas de acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas que despenalizaron la interrupción legal del embarazo en el Distrito Federal, las cuales argumentaban que las reformas violaban de los derechos a la vida y a la salud del concebido, derivados de lo dispuesto por los artículos 14o., 22o., 123o. y 4o. de la Constitución. Las demandas fueron admitidas por la SCJN bajo los números 146/2007 y su acumulada 147/2007. Esta impugnación ante la SCJN, suscitó un debate social y político amplio en México y levantó un apreciable interés en toda América Latina, pues era la primera vez en la región que una corte constitucional analizaba un esquema más permisivo que el de la habitual despenalización por "indicaciones".⁵⁰

En las sesiones agosto de 2008, el Pleno de la SCJN analizó las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. El 28 de agosto, mediante una votación de 8 votos a favor, el Pleno resolvió declarar la constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal antes de las doce semanas de gestación.

La parte determinante de la sentencia estableció que la protección constitucional al derecho a la vida no obliga al legislador a penalizar determinadas conductas pues el legislador es libre para determinar cuándo debe entrar en juego el derecho penal y cuándo debe retirarse, con el sólo límite de no poder criminalizar o despenalizar de forma discriminatoria, ni usar

⁵⁰ Pou, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, 2009, p. 140.

leyes privativas, ni hacerlo sin seguir los procedimientos necesarios.⁵¹ Sin embargo, la SCJN hizo referencia a las razones por las cuales la reforma en el Distrito Federal persigue fines constitucionales válidos: indica que se consideró necesaria para combatir los problemas de salud pública asociados al aborto clandestino, la voluntad de mejorar los servicios para las mujeres de bajos ingresos para lograr la igualdad en el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos, y la voluntad de concentrar las interrupciones cuando representan un riesgo bajo para la salud de la mujer y cuando aún no se desarrollan las facultades sensoriales y cognitivas del concebido.⁵² Concluyó indicando la despenalización no encuentra obstáculo constitucional expreso y puede considerarse una medida idónea para salvaguardar "la libertad de las mujeres [para decidir] respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida".⁵³

De acuerdo con algunas organizaciones de mujeres, esta decisión histórica constituye la sentencia más importante en el reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México.⁵⁴ Sin embargo, hay quienes sostienen que es una sentencia caracterizada por "el minimalismo y la ambigüedad en los pronunciamientos en materia de derechos".⁵⁵ La cuestión de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es vista sólo al margen, cuando se habla de las posibles motivaciones válidas detrás de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal pero aparecen sólo de manera esquinada. Como resalta acertadamente Francisca Pou, la mención a los derechos de las mujeres es rápida, genérica, y no parece existir ninguna intención de desarrollar una lectura constitucional sistemática desde esa perspectiva.⁵⁶

c. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante las reformas a las Constituciones de los Estados que protegen la vida desde la concepción

Desafortunadamente, la reforma en el Distrito Federal dio pie a un contragolpe en dieciséis de los 31 estados de la República Mexicana (al mes de septiembre de 2011), los cuales aprobaron reformas a sus constituciones estatales a fin de proteger la vida desde el momento de

⁵¹ Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469.

⁵² *Ibid.*, pp. 180-182.

⁵³ *Ibid.*, p. 183.

⁵⁴ GIRE. *Cronología del aborto en México*. Disponible en: <<http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=42>> (19 de junio de 2013).

⁵⁵ Pou, Francisca, *op. cit.*, nota 50, p. 149.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 150.

la concepción.⁵⁷ Esta ola de reformas representó una involución en el avance de los derechos reproductivos y sexuales en México, lo cual además va en contra de la progresividad de los derechos humanos. Dichas reformas vulneran los derechos de las mujeres en los ámbitos de la procreación y el libre ejercicio de la sexualidad, sin fines reproductivos, pues podrían tener además el efecto de prohibir la utilización de métodos anticonceptivos cuyos mecanismos de acción impiden la implantación, como es el caso del dispositivo intrauterino (DIU).

Diversas organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres buscaron combatir las reformas que protegían la vida desde el momento de la concepción desde diferentes frentes. En Colima, mujeres en edad reproductiva residentes de dicho estado interpusieron demandas de amparo indirecto, en las que argumentaban que la protección de la vida desde el momento de la concepción coarta el libre ejercicio de la sexualidad de las mujeres y les impone una obligación constitucional implícita de gestación y maternidad en contravención al párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución. Aducían además que la reforma institucionaliza una "misoginia constitucionalizada", pues las consecuencias jurídicas y fácticas del embarazo no deseado sólo recaen en los cuerpos de las mujeres que lo experimentan.

En estos casos, los juicios fueron sobreesidos en primera instancia debido a que el Juez de Distrito consideró que la reforma no produce por sí sola agravio alguno a las mujeres en edad reproductiva. Este criterio fue confirmado por la SCJN cuya Segunda Sala determinó que la reforma que protege la vida desde el momento de la concepción

...no incluye elemento alguno que permita constatar la existencia de limitación alguna a los derechos de las mujeres en edad reproductiva que habiten en el Estado de Colima, sino únicamente señala la obligación del Estado de salvaguardar este derecho del concebido desde el momento de la fecundación", por lo que la reforma impugnada "posee naturaleza heteroaplicativa".⁵⁸

En los juicios de amparo promovidos en contra de la reforma en Colima, la Segunda Sala de la SCJN no estudió el fondo de la cuestión que se le planteaba y tomó la salida que le proveía el rígido concepto de "interés jurídico" para la procedencia del juicio de amparo. Por una parte,

⁵⁷ Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán reformaron su constitución en el período de 2008 a 2011. Chihuahua reformó su constitución en octubre de 1994 por lo que no se considera en el grupo antes mencionado.

⁵⁸ Amparos en Revisión 633/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119523>> (19 de junio de 2013); y Amparo en Revisión 644/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010 Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119617>> (19 de junio de 2013), pp. 58 y 51 respectivamente.

la SCJN dejó a las mujeres colimenses sin recurso efectivo para reclamar la violación a los derechos reproductivos y sexuales, pues, tal y como lo ha dicho la Corte Interamericana,⁵⁹ un recurso judicial para proteger los derechos humanos es efectivo mientras potencialmente permita al juez pronunciarse sobre el fondo.⁶⁰ A partir de la reforma constitucional en materia de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011,⁶¹ la cual cambió el concepto de interés jurídico por el más amplio concepto de interés legítimo, existe el potencial de permitir al Poder Judicial estudiar el fondo en juicios similares a los promovidos en Colima.

Por otra parte, en los amparos promovidos en contra de la reforma en el estado de Colima, la Segunda Sala de la SCJN desaprovechó la oportunidad de revertir el criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal en Pleno del rubro "Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales", pues simplemente indicó que el Juez de Distrito estaba obligado a invocar dicha tesis de jurisprudencia siempre y cuando fuera aplicable al caso, aun cuando no reflejara el verdadero sentido jurídico de la ejecutoria que le dio origen.⁶²

Finalmente, la SCJN tuvo la oportunidad de estudiar el tema del aborto a finales de septiembre de 2011 (durante la redacción de este artículo). El lunes 26 de septiembre de 2011, el Pleno comenzó el análisis de la acción de Inconstitucionalidad 11/2009 presentada por la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del estado de Baja California. En ella, se plantea la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 7 de la Constitución del Estado de Baja California, la cual protege a la vida desde el momento de la concepción. El proyecto correspondiente, redactado por el Ministro Franco no negaba humanidad al producto de la concepción, sino que sostenía que la Constitución no reconoce personalidad jurídica al no nacido, lo que implica titularidad de derechos y obligaciones, por lo que el valor de la vida deberá ser ponderado según el caso, considerando los derechos sexuales y re-

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 94.

⁶⁰ La Corte IDH ha dicho que no es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos el que se actualicen causales de improcedencia o admisibilidad que impidan al tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto, pero consideramos que el concepto de "interés jurídico" en el amparo imponía tales restricciones que de hecho dicho instrumento no constituía un recurso efectivo para numerosas violaciones de derechos humanos. Está por verse cómo será aplicado e interpretado el principio de interés legítimo por el Poder Judicial de la Federación.

⁶¹ Decreto mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

⁶² Amparos en revisión 633/2010 y 644/2010..., *supra* nota 58, págs. 64 y 56 respectivamente.

productivos de las mujeres.⁶³ Las reflexiones de los Ministros se dieron en torno a tres ejes principales: a) Si las constituciones estatales podían alterar el contenido de los derechos fundamentales, y en caso de poder ampliarlos, si en la especie se trataba de una ampliación o una limitación; b) Si la Constitución protege la vida del no-nacido; c) Si la protección a la vida desde el momento de la concepción genera una presunción tal que amenace los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sin permitir mayor ponderación de derechos en el caso concreto.

Sobre el primer tema, el Ministro Aguilar recurrió al principio de supremacía de la Constitución para concluir que solamente esta última puede contener las disposiciones generales sobre derechos fundamentales y, por lo tanto, las constituciones locales no pueden ni ampliar ni limitar el contenido esencial de esos derechos. A esto, el Ministro Cossío respondió que los Estados sí tienen facultades para legislar sobre los derechos fundamentales, siempre y cuando amplíen su contenido y no lo disminuyan. Para la Ministra Sánchez Cordero, entonces, la pregunta fue "si la definición que el derecho a la vida adopta el Constituyente de Baja California, que a primera vista parecería expansiva de derechos, afecta o restringe otros derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal". Por su parte, el Ministro Zaldívar explicó que los estados son autónomos y no soberanos, por lo que a pesar de que pueden crear o ampliar derechos fundamentales, no pueden afectar otros derechos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales.

La protección que otorga la Constitución a la vida del no-nacido, el Ministro Aguirre Anguiano consideró que el embrión es persona jurídica y los derechos de las mujeres no pueden prevalecer por encima de esa vida. Para la Ministra Luna Ramos, la Constitución no define qué es la vida ni a partir de qué momento se determina, por lo que el Constituyente de Baja California es libre para otorgar protección al no-nacido. Consideró que esta protección no vulnera ningún derecho de las mujeres pues la norma no prohíbe ni el uso de anticonceptivos ni de experimentos científicos. El artículo 4o., adujo Luna, no reconoce el derecho al aborto, de manera que votó contra del proyecto y a favor de la constitucionalidad de la reforma. El Ministro Pardo señaló que lo que se decidía no era si se estaba a favor o en contra del aborto, sino si la reforma a la Constitución de Baja California era acorde a la Constitución, la cual a sus ojos desde luego protege el derecho a la vida, por lo que votó en contra del proyecto.

⁶³ Esto recoge el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso: TEDH. *Vo. vs. Francia*. Sentencia de 13 de abril de 2006. App. No. 75699/01.

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres fueron defendidos principalmente por los Ministros Sánchez Cordero, Cossío y Zaldívar. En primer lugar, la Ministra Sánchez Cordero hizo un llamado a considerar la autonomía reproductiva reconocida por la vía del artículo 4o. constitucional interpretado en conjunción con el artículo 1o. (principio *pro personae* y de progresividad de los derechos) y votó por que la reforma fuera invalidada.

En una intervención que hace eco a la noción de justicia reproductiva, el Ministro Zaldívar sostuvo que en una democracia constitucional, el principio de mayoría no puede ser el único, ya que es un deber de las democracias respetar a las minorías. En este sentido, el Ministro Zaldívar dio peso a los derechos reproductivos de las mujeres y señaló que "son ellas las que al final pierden en estos casos, las más pobres, las más humildes, las que no tienen recursos, las que no tienen cultura, lo que es no solamente profundamente injusto sino abiertamente discriminatorio, y por tanto, inconstitucional." A pesar de que la exposición peca de cierto paternalismo, sí reconoce que hay un derecho fundamental a la interrupción del embarazo, lo cual no significa que el Estado esté en contra de la vida, sino que autoriza que se realice una ponderación entre la vida del no-nacido y los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres bajo ciertos supuestos. Zaldívar reconoció una gradualidad en el valor de la vida pues "...exigirle a la mujer que culmine el embarazo implica en ocasiones atacar su libertad reproductiva y su dignidad [pero] esto cambia conforme avanza el embarazo, ya que de conformidad con su avance, el interés del Estado en la vida del producto de la concepción va incrementándose." El ministro Presidente Silva Meza se pronunció a favor del proyecto pues consideró que aunque sí existe un interés legítimo del Estado para salvaguardar el proceso de gestación, éste debe ser proporcional con otros derechos, para lo cual la reforma aprobada en Baja California no era razonable.

En este caso, la SCJN tomó en cuenta la normatividad en materia de derechos sexuales y reproductivos y consideró la jurisprudencia internacional y comparada en la materia, lo cual representa un avance importante en el reconocimiento de los derechos reproductivos y sexuales en nuestro país. Lo anterior fue notorio en el proyecto propuesto por el Ministro Franco y en las intervenciones de los Ministros Cossío y Zaldívar. Sin embargo, desafortunadamente no se alcanzó la mayoría suficiente para invalidar la reforma impugnada. Siete ministros se declararon a favor del proyecto, es decir, en contra de la validez del artículo 7 de la Constitución de Baja California (Franco, Aguilar, Cossío, Valls, Sánchez Cordero, Zaldívar y Silva) y cuatro ministros estuvieron en contra (Aguirre, Ortiz Mayagoitia, Luna y Pardo), cuando se requerían ocho votos para que la reforma pudiera ser declarada inconstitucional. Por lo tanto, se desestimó la acción y la norma continúa vigente.

A pesar de las buenas intenciones de algunos ministros, la SCJN una vez más desaprovechó la oportunidad para dar pleno reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres pero las posturas de la mayoría de los Ministros dan argumentaciones jurídicas importantes para garantizar los derechos reproductivos, por lo que el panorama no es completamente desalentador.

IV. Conclusión

Resulta claro de las resoluciones revisadas que nuestra jurisprudencia interna no está a la par de los compromisos asumidos por México en materia de derechos reproductivos y sexuales, lo cual tendrá que cambiar a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos recientemente aprobada. Menos aún podemos decir que incorpora una idea robusta de los derechos sexuales y reproductivos que incorpore la noción de justicia reproductiva.

En materia del derecho a una vida sexual libre de violencia, el Poder Judicial tiene el gran pendiente de retomar el contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en los casos *"Campo Algodonero"*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*. En este sentido, tendrá que incorporar en sus resoluciones la noción de violencia sexual y de género y dar peso a las dinámicas de poder y los estereotipos que la generan. Tendrá que reconocer, como lo hizo la Corte Interamericana, que la violencia de género es una forma de discriminación sistémica y arraigada en nuestro país que a su vez genera para las mujeres que la sufren otras situaciones de discriminación y marginación. Para incorporar la noción de justicia reproductiva, el Poder Judicial tendrá además que ser sensible a la violencia que sufren mujeres que se encuentran desfavorecidas por vivir además otras situaciones de desventaja como el bajo nivel educativo, la menor posibilidad de generar ingresos, pertenencia a una comunidad indígena, etcétera.

Por otra parte, a partir de la más reciente resolución de la SCJN en materia de aborto, la cual validó las reformas constitucionales que protegen la vida desde el momento de la concepción, el Poder Judicial tiene el enorme pendiente de analizar el tema haciendo una verdadera valoración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como se anunció en las últimas exposiciones de ciertos Ministros de la SCJN. Tendrá además que considerar que no todas las mujeres en nuestro país están en posibilidades de "elegir" ser madres, sino que precisamente a partir de dinámicas de violencia y desigualdad en las relaciones de pareja (las cuales además ya fueron reconocidas por la Corte IDH), se encuentran sometidas a diversas formas y grados de coacción que no necesariamente podrían ser tipificadas como excluyentes de responsabilidad.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Ejecutoria: 1a./J. 12/94 (8a.), CONTRADICCIÓN DE TESIS 5/92. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS PRIMERO Y TERCERO DEL SEXTO CIRCUITO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, México, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 63. Reg. IUS. 187.
- Ejecutoria: P. VII/2002, ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 10/2000. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XV, Marzo de 2002, p. 793. Reg. IUS. 16974.
- Ejecutoria (9a.), ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 146/2007 Y SU ACUMULADA 147/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 1421. Reg. IUS. 21469.
- Amparo en revisión 633/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119523>> (19 de junio de 2013).
- Amparo en Revisión 644/2010. Sentencia definitiva 22 de septiembre de 2010. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=119617>> (19 de junio de 2013).

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

- Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Comité CEDAW. *Recomendación general 19. La violencia contra la mujer*. A/47/38 de 1993.
- Comité CEDAW. *Goekce v. Austria (CEDAW/C/39/D2005)*. Resolución del 5 de agosto de 2007
- Comité CEDAW. *Yildirim v. Austria (CEDAW/C/39/D/6/2005)*. Resolución del 1 de octubre de 2007.
- Comité CCPR. *KL vs. Perú, Comunicación No, 1153/2003*. Resolución del 21 de noviembre de 2005.
- TEDH. *M.C. v. Bulgaria*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, App. No. 39272/98.
- TEDH. *Vo. vs. Francia*. Sentencia de 13 de abril de 2006. App. No. 75699/01.
- TPIY. *Kunarac et al. "Foča" (Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic)*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.

Derechos de propiedad
Art. 27 Constitucional
y art. 21 convencional

Miguel RÁBAGO DORBECKER

SUMARIO: I. *Los derechos de la propiedad y su configuración teórica: de una concepción absolutista al reconocimiento de los derechos colectivos de propiedad.* II. *Historia del reconocimiento constitucional de la propiedad en México hasta la Constitución de 1917.* III. *El ethos revolucionario y la regulación de la propiedad en el artículo 27 de la Constitución de 1917.* IV. *Varias variaciones a un mismo tema: la expropiación y el derecho mexicano.* V. *Andamiaje de la propiedad privada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México.*

PALABRAS CLAVE: *Corte Interamericana de Derechos Humanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27 constitucional; propiedad privada; expropiación.*

I. Los derechos de propiedad y su configuración teórica: de una concepción absolutista al reconocimiento de los derechos colectivos de propiedad

El impacto más fuerte que puede tener el derecho sobre la forma en que se desarrolla la economía en una sociedad determinada es el reconocimiento, sanción y definición simbólica de los derechos de propiedad. Por ende, es quizá la intervención más importante del derecho sobre la economía. Gran parte del derecho privado reposa en la forma en que se transfiere, regula, restringe y modifica los sistemas de propiedad sobre bienes. La transferencia, perpetuación y modificación de los sistemas de propiedad no sólo está presente en el sistema de derecho civil de bienes y sucesiones, sino también en la regulación del patrimonio de familia y sociedades de convivencia y las regulaciones específicas sobre niños y niñas y sobre personas con discapacidades. También, el derecho penal, desgraciadamente, se ha configurado en las sociedades del capitalismo tardío como forma radical de protección de la propiedad privada, con el aumento de tipos penales definidos como delitos patrimoniales. El derecho administrativo se constituye asimismo en la forma en la que el Estado administra la propiedad encomendada a la esfera pública, además de los cambios de propiedad privada a pública (a través de medidas como la expropiación) o de propiedad pública a privada (por medio de la privatización). Inclusive el derecho laboral en algún momento fue considerado como una especie de ataque a la propiedad privada de los patrones, sobre todo durante el

periodo inmediato a la decisión de la Suprema Corte de EUA (en adelante "la Suprema Corte") en el caso *Lochner vs. Nueva York* en 1905 hasta que algunas de las reformas del *New Deal*, casi treinta años después fueron declaradas constitucionales en EUA.¹ El centro de la discusión es la ampliación del principio de libertad contractual, derivado del debido proceso de la enmienda catorce, frente a las regulaciones contractuales que establecían restricciones o *lois de pólize* limitantes de la autonomía en los contratos laborales. Frente a normas estatales que pretendían mejorar las condiciones laborales en cuestiones que ahora forman parte de los derechos humanos laborales, como seguridad laboral, límites a la jornada laboral y condiciones mínimas de trabajo para niños, niñas y mujeres, la Suprema Corte de EUA consideró más importante proteger la autonomía contractual extendida de la cláusula de debido proceso, en algunos casos, concretamente en el caso *Adkins vs. Children's Hospital* de 1923.² Por esta razón la Suprema Corte de EUA se erigió como el principal baluarte conservador y por tanto como un poder verdaderamente reaccionario respecto a las reformas progresistas del *New Deal*, sustentando en gran medida sus actuaciones en la defensa de la propiedad privada frente a las acciones regulatorias del Estado, tanto legislativas como en lo que concierne a políticas públicas. El final de la "era *Lochner*" normalmente se relaciona a la Sentencia de la Suprema Corte en el caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* de 1937.³ En este caso se dio un viraje importante en la jurisprudencia estadounidense, al avalar la constitucionalidad de una norma laboral del Estado de Washington en la que se establecía un salario mínimo para las mujeres trabajadoras, es decir es una decisión casi completamente opuesta a la del caso *Adkins* catorce años antes.

Los casos de la Suprema Corte a principios del Siglo XX en EUA son muy ilustrativos de cómo el reconocimiento jurídico de la propiedad privada no solo es una pieza fundacional de la

¹ Véase *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Dentro de la jerga constitucional estadounidense se habla de una "era *Lochner*" en el sentido de que esta sentencia condicionó durante mucho tiempo la jurisprudencia de la Suprema Corte hasta entrada la década de los treinta. Durante la "era *Lochner*", la Suprema Corte sostuvo una línea en la que los intentos de regulación gubernamental de la economía, tanto en el ámbito estatal como federal, fueron declarados inconstitucionales debido a su intervención indebida en la libertad contractual. Los hechos en el caso *Lochner* derivan de multas aplicadas al Señor *Lochner*, derivadas de una legislación del Estado de Nueva York en la que, entre otras cosas, se limitaba el número de horas en las que se podía trabajar en las panaderías. La acción judicial, deriva de la impugnación del Señor a las multas impuestas por las autoridades del Estado de Nueva York. Lo que resulta interesante es que todas las instancias habían confirmado la validez de la multa, hasta que la Suprema Corte consideró que la legislación estatal violaba la libertad contractual y por tanto la enmienda catorce al erigirse como un gravamen no justificado en el ejercicio de la propiedad.

² Véase *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923). En este caso la Suprema Corte de EUA declaró inconstitucional una legislación federal en la que se establecía un salario mínimo para las mujeres. Lo anterior bajo una argumentación similar a *Lochner*, en la que el establecimiento de estándares de protección laboral por la Federación, se consideraba como violatoria de la cláusula de la libertad contractual, protegida por la cláusula de debido proceso.

³ Véase *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

relación economía-derecho, sino también la capacidad del estado de realizar políticas sociales, a través de sistemas redistributivos. Es decir, la forma en que se reconozca la propiedad privada frente a la pública, colectiva y social es fundamental para asignar el marco en el que el Estado puede realizar transformaciones sociales. Aunque la tradición, poder e independencia frente a otros poderes públicos del Poder Judicial estadounidense es históricamente diferenciada de la ejercida por los tribunales mexicanos, estas experiencias comparadas parecen por lo menos dibujar tres aparatos de análisis para la regulación de la propiedad privada en el sistema constitucional mexicano. La primera de ellas es la configuración de derechos de propiedad desde la cláusula de debido proceso, cuestión que debido a la influencia del constitucionalismo estadounidense en la Constitución de 1824, aparece como una constante en el constitucionalismo histórico mexicano. En segundo lugar, otra elemento que aporta el análisis comparado es como los tribunales pueden instrumentalizar la cláusula de debido proceso como método efectivo de regulación de la propiedad privada, sin contar con una protección directa de la misma o con el reconocimiento de la propiedad como derecho fundamental. Finalmente, de los debates sobre propiedad privada en la Suprema Corte de EUA, se puede inducir la importancia fundamental de los órganos judiciales en la definición de las políticas públicas y en la forma de concebir el papel del Estado como regulador de la propiedad.

Aunque la práctica judicial norteamericana resulta un modelo de comparación importante, queda lejos de ser el único, ya que en la primera etapa del constitucionalismo del Siglo XX, las opciones constitucionales por la regulación de la propiedad se caracterizaban por su contraste. Los momentos constitucionales revolucionarios, pasaban desde la definición de la propiedad privada como un derecho humano, en la tradición más clásicamente liberal, hasta la prohibición absoluta de la propiedad privada en la Constitución de la URSS⁴ y posteriormente de la

⁴ En este sentido las cuatro constituciones vigentes durante la vida de la URSS, pugnaban por la abolición de la propiedad privada y la consolidación de la propiedad pública sobre los bienes de producción en el campo, las aguas, bosques y riquezas naturales (art. 3). La Constitución transicional de 1918 comenzó con la abolición de toda la propiedad privada sobre las tierras y bienes inmuebles, además de adscribir a propiedad del Estado. Debido a que la Constitución de 1924, no existió una mención a la propiedad privada, ya que estaba destinada a la formación de la URSS, es hasta la tercera Constitución de 1936 en tiempos de Stalin, que se hablaba de la propiedad socialista de los medios de producción y la abolición de la propiedad privada (art. 4), pero se permitían cierta protección al patrimonio propio y al derecho de herencia (art. 10). Finalmente la última Constitución de la URSS, la de 1977, durante el gobierno de Brézhnev, ampliaba el ámbito de propiedad privada y colectiva regulado por la Constitución de 1936 y fue objeto de sus sucesivas reformas durante el gobierno de Gorbachov, en las que ya no se mencionaba la abolición de la propiedad privada. Véase, Becerra, Manuel, *EL factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*, IIJ-UNAM, México, 1992. La propiedad privada se reconocería formalmente ya en la Constitución de la Federación Rusa de 1993 (art. 35): véase, Becerra, Manuel, *La Constitución Rusa de 1993*, IIJ-UNAM, México 1995, p. 19.

República Popular de China (hasta casi finales del Siglo),⁵ pasando por una fórmula que en la concepción liberal de la propiedad privada subyacía oculta dentro de varios principios ideológicos derivados de una revolución social, como es la Constitución Mexicana de 1917.

La condición de propietario también ha estado ligada en gran medida a la historia de los derechos humanos, en un principio erigiéndose como un prerequisite de la ciudadanía y de la subjetividad necesaria para gozar de derechos humanos.⁶ En el caso más extremo, el despojado de propiedad se podría convertir en una propiedad en sí mismo, como recuerda la dolorosa historia en la que grandes contingentes humanos fueron reducidos a una situación de propiedad, respecto al sistema de esclavitud, hoy revivido a través de nuevas formas equivalentes a la esclavitud.⁷ Subsisten, además de la trata de personas, otras formas en que la ciudadanía sigue siendo condicionada por regímenes de propiedad

La propiedad también fue una condición específica de una ciudadanía mínima en al que sólo participaban varones, terratenientes, cristianos y mayores de edad. Actualmente, las grandes movilizaciones sociales y las políticas de identidad, han centrado el principio de no discriminación como dispositivo para abrir las puertas de la ciudadanía. Sin embargo la relación entre ciudadanía y propiedad ha cambiado, pero no ha desaparecido al tener ciertos ecos dentro del sistema normativo mexicano, por ejemplo en las restricciones a nacionales para la adquisición directa de bienes inmuebles en zonas restringidas, o para participar en ciertos sectores industriales. Otra resonancia de la relación entre propiedad y ciudadanía tiene que ver con

⁵ En la República Popular China el derecho a la propiedad privada está lejos de ser completamente reconocido en sus términos absolutos, fue hasta marzo de 2004 que se introdujo la compensación por casos de expropiación dentro del artículo 13 de la Constitución china, además de la nueva Ley de Propiedad Privada. Véase, Rábago Dorbecker, Miguel, "Cambio jurídico en el ámbito del arbitraje comercial internacional en la República Popular China", en Arturo Oropeza García (coord.), *China-Latinoamérica: Una visión sobre el nuevo papel de China en la Región*, México, UNAM-UIJ-Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de la Ciudad de México, 2009, pp. 418-421; Chenglin, Liu, "Informal Rules, Transaction Costs and the Failure of the 'Takings' Law in China", en Serna de la Garza, José María (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 119-147; y Tejeda Conobbio, Enrique, "Marco general de la propiedad privada en China" en Arturo Oropeza García (coord.), *China-Latinoamérica: Una visión sobre el nuevo papel de China en la Región*, México, UNAM-UIJ-Asociación de Agentes Aduanales del Aeropuerto de la Ciudad de México, 2009, pp. 479-498.

⁶ En nuestra historia todavía encontramos a quienes, como José Luis Mora se oponía vehementemente a la idea de igualdad entre ciudadanos y que la ciudadanía se debería limitar a los propietarios: "es necesario que el Congreso General fije las condiciones para ejercer el derecho de ciudadanía en toda la República y que por ellas queden excluidos de su ejercicio todos los que no pueden inspirar confianza ninguna, es decir, los no propietarios.", en "El derecho de ciudadanía afecto a la propiedad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 74, 1969, pp. 341-393, p. 342.

⁷ Hasta finales del Siglo XVIII e inclusive en el Siglo XIX la legislación y los tribunales de distintos estados avalaban la reducción de personas a la condición de la propiedad a través de la esclavitud. Por ejemplo en 1729 en Inglaterra, el Procurador General declaraba que el esclavo no quedaba libre si se encontraba en Inglaterra y que su "propietario" podría reclamar su retorno a las plantaciones. Además, juristas como Sir William Blackstone sostenían la validez perpetua del derecho de propiedad sobre los esclavos adquiridos legalmente, en condición de servicio perpetuo por toda la vida. Finalmente un caso más indignante se dio en 1783 respecto a la reparación exigida por distintos propietarios de 132 esclavos a los dueños del buque Zong, de donde fueron arrojados al mar debido a la falta de agua. Véase, Williams, Eric, *"Capitalismo y esclavitud"*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2011, pp. 83-85.

las formas de restricciones legales o *de facto* de la ciudadanía a través de una forma radical de desapropiación de las personas sin techo o en condición de calle (frase acuñada a partir de la escandalosa denominación de personas de la calle, que reduce a dichas personas a una especie de propiedad de la calle).

Un debate derivado de la forma de reconocimiento constitucional de la propiedad privada que se ha situado dentro del espectro ideológico señalado, ha sido la vinculación de la propiedad con los derechos humanos. Nutriéndose de una fuerte polémica de filosofía política, respecto no sólo de la preponderancia o balance del Estado y el capital privado en la economía, sino también de temas como la creación de una aparente tensión entre derechos de igualdad y de libertad, como objetivos contrapuestos, la forma en que la propiedad se reconoce o se excluye dentro de los derechos fundamentales reconocidos sigue siendo objeto de posturas encontradas.⁸ Su inclusión como derecho humano, sigue siendo polémica y contradictoria para la propia concepción de los derechos. De hecho, para algunos observadores, la propia forma de concebir la propiedad o más bien la posición política sobre la propiedad es un elemento fundacional de la ideología.⁹

El pensamiento filosófico liberal clásico ha marcado claramente la inclusión del derecho de propiedad como parte de la esfera de libertades básicas necesarias y sumadas a la libertad de comercio y de participación en la economía. Dicha postura se inspira sobre todo en el pensamiento de John Locke y en especial en el Capítulo V sobre la propiedad, de su Segundo tratado sobre el Gobierno Civil.¹⁰ Partiendo de la idea de un origen divino de la propiedad y por ende común, Locke separa dicha propiedad de los frutos creados a través del trabajo de los hombres, los cuales si están sujetos a apropiación individualizada. Resulta interesante ver como esta discusión ya había sido entablada en el campo de la teología, sobre todo a través de las discusiones emanadas de la conquista española de América. La Escuela Salmantina discutió ampliamente el derecho a de propiedad de la corona a la propiedad sobre las

⁸ Los dilemas relativos a favorecer la libertad sobre la igualdad ya eran tratados en el ámbito de la propiedad por el voto particular de Ponciano Arriaga sobre el derecho de propiedad durante su participación en el Constituyente de 1857 señalando: "En el estado presente, nosotros reconocemos el derecho de propiedad y lo reconocemos inviolable. Si su organización en el país presenta infinitos abusos, convendrá desterrarlos...". Véase, "Voto particular del C. Ponciano Arriaga sobre el derecho de propiedad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 47, 1962, pp. 505-525, p. 509. Sobre la influencia del voto particular de Ponciano Arriaga, véase, Rangel Torres, Jesús Antonio, "La influencia de Ponciano Arriaga en el liberalismo jurídico en Aguascalientes", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XX, 2008, pp. 275-288.

⁹ El posicionamiento sobre la propiedad, se combina con el posicionamiento sobre la autoridad del Estado y respecto a la discriminación relativa a exclusión e inclusión social, son para Zehra F. Kabasakal Arat los tres dimensiones sobre las cuáles se puede analizar la ideología política y también lo que denomina como ideología de los Derechos Humanos. Véase, "Human Rights Ideology and Dimensions of Power: A Radical Approach to the State, Property and Discrimination", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, 2008, pp. 906-932, p. 910.

¹⁰ Véase, Locke, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil: Un ensayo sobre su verdadero origen*, Madrid, Alianza, 2000.

colonias y en dichas discusiones se modificó considerablemente la forma de concebir la propiedad privada y la libertad de comercio.¹¹ A estas discusiones en el Siglo XVI y XVII, se verían seriamente cuestionadas durante el Siglo XIX bajo el antagonismo marxista al sistema de propiedad privada capitalista y la posterior influencia que tendría en los Estados que optaban por el sistema de economía central.¹²

De manera más reciente y en el campo de los derechos, en el espectro conservador de dicha ideología, inclusive existen posturas en las que el derecho de propiedad se pretende extender hasta una libertad de comercio, no sólo nacional, sino en el ámbito internacional, de tal manera extendiendo las libertades comunitarias de libre comercio en la Unión Europea, a todos al mercado mundial. El mayor defensor de dicha postura es el ex director jurídico de la OMC Ernest Ülich Petersmann y su teoría implicaría reactivar el desmantelamiento del control estatal sobre el comercio y las inversiones por medio de la apropiación ultra-capitalista de un discurso de Derechos Humanos y del derecho a la propiedad y al libre comercio.¹³ En resumidas cuentas, la propuesta de Petersmann parece proponer una especie de "era *Lochner*" a escala global. La falta de acuerdo en el ámbito internacional se refleja en el hecho de que sólo el sistema interamericano contiene un reconocimiento internacional del derecho a la propiedad privada. Tradicionalmente, existe un escepticismo hacia el reconocimiento a la propiedad privada debido a que se erige como barrera a la posibilidad no sólo de medidas redistributivas por parte del Estado, sino también como forma de control del estado de la actividad privada y en última instancia puede mermar el cumplimiento de derechos sociales como vivienda, salud, alimentación, agua y educación.

La "estabilidad" de los derechos de propiedad e inclusive la regulación sustantiva de la propiedad como derecho, se han incorporado lentamente a las políticas ofrecidas en el marco de los programas referentes a fortalecimiento del Estado de Derecho del Banco Mundial. En un viraje considerable en la política del otorgamiento de créditos del Banco Mundial, la inclusión de temas tradicionalmente relegados como políticos y no económicos, por ende excluidos de la agenda del Banco, comenzaron a aparecer durante la década de los noventa y se

¹¹ Concretamente a través de la noción de *dominium* se avalaron las nuevas prácticas comerciales y el derecho de propiedad, en el pensamiento de Francisco de Vitoria y Domingo de Soto. Véase, Koskenniemi, Martti, "Empire and International Law: The Real Spanish Contribution", *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, 2001, pp. 1-36.

¹² Por ejemplo para Federico Engels la transformación social que conllevaría la inminente revolución social, haría desaparecer el factor más importante de la lucha de clases que es la propiedad privada, al convertirse en propiedad social. Véase, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2006.

¹³ Véase "Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice", *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 769-798.

afianzaron hasta ahora.¹⁴ De hecho tanto el reconocimiento legal de la propiedad y también la política de titularización de asentamientos irregulares han sido dos de las propuestas más fuertes de dos de sus más influyentes funcionarios: Ibrahim Shihata y Hernando de Soto. Con distinta perspectiva, pero basándose en la seguridad jurídica de la propiedad como medio para lograr el crecimiento económicos, ambas personas han sido influyentes no sólo en la conformación de las políticas del Banco Mundial, sino también en la discusiones académicas en torno a la propiedad. Shihata sostuvo, académicamente y como Vice-Presidente Legal del Banco Mundial, que dentro de los principios de buena gobernanza se incluía la reforma legal y por ende extendió el mandato del Banco para incluir reformas legislativas y al poder judicial, en algunos casos extendiéndolas a la debida protección de la propiedad privada por parte de los tribunales.¹⁵ En el caso de Hernando de Soto, su trabajo se centra aún más en la propiedad y puede ser resumida de la siguiente manera: la formalización legal de la propiedad informal es una forma de fomentar el crecimiento económico acelerado.¹⁶ Bajo dicha teoría la formalización crearía una capacidad de crédito y posibilidad de intercambios económicos, imposibles sin la titularización. El lado más complicado de dicha teoría se presenta en su aparente olvido respecto a que al incorporar nuevas propiedades inmuebles al mercado, se crea una nueva oferta que puede incrementar la concentración de bienes, como ha sucedido con bienes estatales privatizados, creando de tal manera una nueva acumulación y una exclusión de nuevos grupos de personas respecto no solamente de la titularidad, sino también del uso de ciertos bienes.

II. Historia del reconocimiento constitucional de la propiedad en México hasta la Constitución de 1917

La transferencia de la ideología revolucionaria al sistema legal normalmente se centra en tres preceptos, el educacional (art. 3), el laboral (art. 123) y el sistema de propiedad, especialmente la agraria (art. 27). Esto significa que los cambios formales y meta-constitucionales, vía interpretaciones judiciales, práctica social o desarrollo normativa, implican un viraje respecto a los arreglos políticos ancladas en estas disposiciones. Por ende, todo cambio importante en este punto, implica un replanteamiento del acuerdo político revolucionario. Sin embargo, respecto al artículo 27 se debe separar el verdadero compromiso político constitucionalizado e instituido, con su uso retórico y simbólico. Para tales efectos, se tiene que recurrir a la historia

¹⁴ Sobre la política del Banco Mundial respecto a la promoción del Estado de Derecho, véase, Santos, Álvaro, "The World Bank's uses of the 'rule of law' promise in economic development", en David M. Trubek, and Alvaro Santos, eds., *The New Law and Economic Development*, 2006, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 253-300.

¹⁵ Véase, Shihata, Ibrahim, *The World Bank in a Changing World. Selected Essays and Lectures*, vol. II, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 127-132.

¹⁶ Véase, De Soto, Hernando, *El misterio del capital*, México, Diana, 2001.

de las reformas, interpretaciones e ideas que han rodeado al artículo 27 durante toda la vida constitucional posrevolucionaria.

La base fundamental del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "la Constitución") es la referencia a la propiedad originaria, que consiste en la continuación del sistema del señorío de Rey colonial, a través de la substitución republicana del Rey por la Nación.¹⁷ Durante la colonia, el señorío del Rey sobre las tierras de la nueva España implicaba su capacidad de dominio directo sobre las mismas y también de regulación y concesión de las mismas. Sin discutir el origen polémico del Señorío de los Reyes católicos sobre los territorios de la Nueva España, que implican un análisis más detenido de la Bula Alejandrina y del derecho de conquista, el concepto de señorío dentro de las Siete Partidas, implicaba un binomio entre algunos elementos propiedad y soberanía, que después continuaría hasta la Constitución de 1917. Por ejemplo para María del Refugio González, la relación entre Señorío y propiedad se puede observar en el testamento de Isabel la Católica en la que solicitaba se tuviera a su hija doña Juana como: "reina verdadera y señora natural propietaria" de su reinos.¹⁸ El sistema de propiedad originaria, derivada de la Bula Papal de Alejandro IV en el caso de los territorios de las indias, permitió al Rey de España otorgar capitulaciones para realizar su conquista. De ahí la idea del origen de la propiedad entorno a la figura del Rey y la adquisición de la propiedad como forma delegada de la propiedad real original, por ende sujeta a limitaciones y a modificaciones hechas por el propio soberano. Sin embargo, esta concepción presenta un problema respecto a la confirmación de la propiedad indígena de las tierras, a través de las mercedes del Rey. En este sentido parecería que se creaba un nuevo sustento jurídico sobre la propiedad de los pueblos indígenas, no obstante tal reconocimiento se basaba en un hecho preexistente que era la vinculación de dichos pueblos a las tierras de manera ancestral. Aunque formalmente para el sistema legal colonial, el otorgamiento del Rey implicaba el momento en el que se adquiere la propiedad de los bienes, el propio reconocimiento de derechos de propiedad pre-existentes, implica una aceptación de un origen previo al de la propiedad originaria del Rey. Sin duda alguna este es un asunto complicado y que tendría repercusiones ya en el sistema de dotación de tierras agrarias a las comunidades indígenas, en las que el dilema del nuevo reconocimiento con el de la propiedad ancestral reviviría. Sobre la relación existente entre el sistema del señorío real y la propiedad originaria de la Nación en el artículo 27, señala María del Refugio González, que la

¹⁷ El planteamiento sobre la continuación de las características de la propiedad en el Señorío del Rey desde su implantación 1493, hasta la Constitución de 1917, es de María del Refugio González. Véase González, María del Refugio, "Del Señorío del Rey a la propiedad originaria de la Nación", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. 5, 1993, pp. 129-150.

¹⁸ *Ibidem*, p. 133.

propiedad originaria sobre tierras y aguas nacionales, así como dominio directo de todos los minerales y bienes en el subsuelo, mares, aguas, ríos, además de la facultad de imponer modalidades a la propiedad privada para el beneficio pública, están inspiradas en el señorío, mientras que las áreas estratégicas y prioritarias a las que se refiere el artículo 28, se nutren del catálogo de regalías del monarca.¹⁹ Tales similitudes no pueden quedar fuera de un análisis del artículo 27, tanto por la sustitución de la Nación por el Monarca, como por la forma de uso del poder estatal en cuanto a la propiedad, especial considerando que dichas funciones emanan de una concepción distinta de uso del poder público y su concentración en el Monarca. Quizá este es uno de los elementos para considerar que la tradición del artículo 27 parece no ser del todo liberal, no sólo por darse en el contexto de una revolución social, sino también porque se utilizan elementos de un sistema del sistema de propiedad colonial y por ende monárquicos.

La mutación entre el dominio originario del Monarca hacia la Nación primero comienza en la historia constitucional mexicana a través de la Constitución de Cádiz de 1812. El cambio fundamental se implementa a través de la inclusión de la Nación como soberana, frente a las anteriores interpretaciones según las cuales reposaba en el Rey.²⁰ Este cambio tiene un efecto importante sobre el régimen de propiedad, en el cual el dominio originario del Rey, como propietario y como fuente originaria de la propiedad, es sustituido por el de la Nación, que si bien puede ejercer la propiedad, no la ejerce de manera personal. A este cambio, también se le otorga la función de conservación de la propiedad de particulares a la Nación y no al Rey.²¹

Ya en el marco del constitucionalismo de origen eminentemente nacional en el periodo de la independencia el tema de la propiedad privada comienza a aparecer como un límite al poder público. Comenzando por la Constitución de Apatzingán de 1814, la propiedad privada comienza a regularse a través de una clásica forma negativa, la cual implica que ninguna persona puede ser privada de la misma sin necesidad pública y en dicho caso sólo mediante compensación.²² Así se establece una fórmula de protección que perduraría durante la

¹⁹ *Ibidem*, pp. 148-149.

²⁰ Cfr. Art. 3 de la Constitución de Cádiz. Para un análisis detallado de las implicaciones de la creación del concepto de nación en el texto gaditano, véase, Estrada Michel, Rafael, *Monarquía y Nación entre Cádiz y la Nueva España*, México, Porrúa, 2004.

²¹ Cfr. Art. 4 de la Constitución de Cádiz. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

²² Véase Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814. Art. 34. Todos los individuos de la sociedad tienen el derecho de adquirir propiedades y disponer de ellas a su arbitrio con tal de que no contravengan la ley. Art. 35. Ninguno debe ser privado de la menor porción de las que posea, sino cuando lo exija la pública necesidad; pero en este caso tiene derecho a la justa compensación.

historia constitucional mexicana, en la que más que una positivización del derecho de propiedad, se establece una obligación del Estado a la no confiscación de la propiedad, más que en casos de pública necesidad y mediante compensación.

Una ruptura en la historia constitucional mexicana está representada dentro del Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822. Al contrario de Apatzingán el Reglamento Provisional propugnaba por un concepto de propiedad inviolable, si bien coincidía en la posibilidad de "sacrificio" de la propiedad privada por parte del Estado para el interés común, mediante indemnización.²³ Estos dos aportes perdurarían con el paso del tiempo en los textos constitucionales, sobre todo que se añade el concepto de interés común, más cercano al de interés público que el de pública necesidad, además de introducir el concepto de indemnización en lugar de compensación. Por último, el Proyecto de Reglamento Provisional del Imperio Mexicano incluía el requisito de legalidad, además del relativo al interés común, si bien parece únicamente sujeto a su sanción legal y no a un concepto de debido proceso.

La tradición de regulación indirecta del derecho de propiedad, se consolida aún en el momento constitucional de 1824, al incluirse no como un derecho positivo, sino como una restricción al poder público del Presidente de la República.²⁴ Sin embargo, quedaba resguardada la posibilidad de ocupar o turbar la posesión, uso o aprovechamiento de la misma, mediante autorización del Senado e indemnización. Aquí la Constitución de 1824 aclara en términos del derecho civil, que una afectación a la propiedad no implica solamente la ocupación o desposesión total, al sugerir que turbar la posesión, uso o aprovechamiento puede ser un acto de restricción a la propiedad. Además, se incluyen de manera expresa las propiedades tanto de los individuos, como de las corporaciones, lo que indica también la visión económica liberal proto-capitalista que informaba al momento constitucional de 1824. Sin embargo, rompe con este esquema ideológico la concentración en el Poder Ejecutivo, con aprobación sólo de la Cámara Alta, de la posibilidad de afectar la propiedad privada, dejando al judicial fuera de dicha facultad. Esta misma tendencia se afirma en el hecho de no mencionar específicamente a los tribunales como sede de las disputas relativas a la indemnización correspondiente, sino "a juicio de hombres buenos" nombrados por el afectado y por el gobierno.

²³ Véase Art. 12: La propiedad es inviolable, la seguridad, como resultado de esta y de la libertad y art. 13: El estado puede exigir el sacrificio de una propiedad particular para el interés común legalmente justificado, pero con la debida indemnización.

²⁴ Véase Art. 112 Las restricciones de las facultades del presidente son las siguientes:... III. El Presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular, ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular o corporación, no lo podrá hacer sin previa autorización del Senado, y en sus recesos del consejo de gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.

No parece sorprender que en el proyecto constitucional conservador de las Siete Leyes Constitucionales de 1836 incluyera una fuerte protección a la propiedad privada.²⁵ Por primera vez aparece en la historia constitucional mexicana la propiedad como derecho y no como límite al poder estatal. Además la facultad en las Siete Leyes recaía sobre el Ejecutivo, en plena concordancia con la instauración del Supremo Poder Conservador y de las restricciones a la división de poderes que la caracterizaban. Otro cambio digno de mención, es que específicamente se trata con el espinoso tema de la confiscación de bienes eclesiales, al mencionar específicamente a las corporaciones religiosas como beneficiarias del derecho de propiedad. La forma de cuantificar la indemnización modifica algunos aspectos formales de la Constitución de 1824, al establecer un sistema de nombramiento de peritos, pero esencialmente coincide en su desjudicialización.

Al igual que las Siete Leyes, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, si bien de vida corta, compartían su carácter centralista y de manera general su visión sobre la propiedad.²⁶ Las Bases Orgánicas introducen el concepto de inviolabilidad de la propiedad, sin duda alguna de corte liberal una oposición al concepto teológico de la propiedad originaria de Dios. Otra diferencia frente a las Siete Leyes, es que las Bases Orgánicas omiten la referencia a la propiedad de corporaciones eclesiásticas, sin duda alguna ateniendo al debate álgido que existía en dicho momento constitucional. Además, introduce el catálogo de objetos del derecho de propiedad, también propios de los nuevos usos financieros inherentes a la fase del capitalismo vigente en la época, concretamente las acciones, cosas o derechos. No obstante, el cambio más importante para la concepción de la propiedad como derecho, es su relación con la libertad de comercio, profesión e industria. En este sentido las Bases Orgánicas introducirían el concepto liberal de la propiedad como base de la libertad de comercio, y no simplemente garantizarla a través de la eliminación de barreras al comercio interestatal o exterior. Al modificar también el sistema de división de poderes de las Siete Leyes, las Bases Orgánicas

²⁵ Art. 2. Son los derechos del mexicano: . . . III. No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo o en parte. Cuando un objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si la tal circunstancia fuere calificada por el Presidente y sus cuatro ministros en la capital, por el gobierno y junta departamental en los Departamentos, y el Dueño, sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular, sea indemnizado a tasación de dos peritos, nombrado el uno de ellos por él, y según las leyes el tercero en discordia, caso de haberla. De hecho, algunos juristas conservadores llevaban al extremo, como Clemente de Jesús Mungía, llagaban a definir al derecho de propiedad como: "el más santo de todos los derechos del hombre, el fundamento necesario de toda asociación política; de modo que cuando la igualdad y la propiedad están en oposición y se excluyen mutuamente, la igualdad debe ser sacrificada a la propiedad", *Cfr.*, De Icaza Dufour, Francisco, "El movimiento conservador frente al derecho de propiedad", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, no. 3, 1971, pp. 299-302.

²⁶ Artículo 9. Derechos de los habitantes de México. . . . XII. La propiedad es inviolable, sea que pertenezca a particulares o corporaciones, y ninguno puede ser privado o turbado en el libre uso o aprovechamiento de la que le corresponda según las leyes, ya consista en cosas, acciones o derechos, o en el ejercicio de una profesión o industria que le hubiere garantizado la ley. Cuando un objeto de utilidad pública exigiere su ocupación, se hará ésta, previa la competente indemnización, en el modo que disponga la ley.

introducen el requisito de legalidad y por ende de competencia del Legislativo en casos de indemnización derivadas de la ocupación de la propiedad privada. Otro aspecto eminentemente innovador de las Siete Leyes, es la extensión de los derechos a los habitantes y no sólo a los ciudadanos mexicanos, incluyendo inviolabilidad de la propiedad.

Ya en el periodo liberal y con el retorno del Federalismo el Acta constitutiva y de reformas de 1847, se refiere de manera general al derecho de propiedad. Dado que se establece como un texto constitucional de emergencia, en un momento de fuerte inestabilidad política e intervencionismo, sólo se hace referencia a la posterior sanción legislativa que reconocería las garantías de propiedad a que tienen derecho los mexicanos.²⁷

El momento constitucional liberal por excelencia vendría con la Constitución de 1857.²⁸ Si bien es un lugar común, mencionar que una de las diferencias claras entre la ideología liberal de la Constitución de 1857 y los matices sociales de la Constitución de 1917, ambas comparten más que la coincidencia en el artículo en el que se regula la propiedad.²⁹ Es la Constitución de 1857 en su labor de desamortización de los bienes eclesiásticos que aferra el control del Estado sobre la propiedad y lo ubica como una forma de transformación económica y social. Al limitar la propiedad de las corporaciones, sobre todo eclesiásticas pero también civiles, es la Constitución liberal la que introduce de manera clara la regulación de la propiedad privada como forma de resguardar el bien público. Esta noción y la discusión derivada de la utilidad de las tierras en manos eclesiásticas tendrían una influencia en la utilización de las limitaciones públicas a la propiedad privada, como forma de transformar la estructura económica derivada del sistema latifundista. Paradójicamente, la desamortización de los bienes eclesiásticos constituyó uno de los elementos más importantes para la constitución de los latifundios y para la privación de tierras a las comunidades indígenas.³⁰ Es decir, fue el límite a la propiedad por parte del Estado, por ende un acto de ejercicio de poder, lo

²⁷ Art. 5. Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivos.

²⁸ Llama la atención que la discusión del artículo 27 no suscitará más discusión en el Constituyente de 1856, más que una discusión sobre la ocupación de bienes públicos por parte de la autoridad pública y lo relativo a la facultad de ayuntamientos y autoridades estatales para expropiar. Véase, Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, INHERM, 1987, pp. 262-265.

²⁹ Art. 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación, y los requisitos en que ésta haya de verificarse. Ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

³⁰ Véase, Orozco, Wistano Luis, *"Los ejidos de los pueblos"*, México, Ediciones El Caballito, 1975.

que originó la concentración de tierras durante la segunda mitad del Siglo XIX, factor fundamental para comprender la revolución agraria.

Sin embargo, el *ethos* liberal obligaba a la Constitución de 1857 ha continuar con la noción de protección de la propiedad reconocida no sólo en la Constitución de 1824, sino también en los momentos constitucionales conservadores. Sin embargo, el texto de 1857 difiere de los textos conservadores en el hecho de no establecer un derecho a la propiedad, sino un derecho a no ser privado de la misma, sino mediante los requisitos de utilidad pública e indemnización. Un cambio importante es el elemento de la legalidad, en la que se habilita a leyes secundarias, para nombrar a la autoridad competente para declarar una expropiación y sus requisitos. De hecho el proyecto de Código Civil de 1859, encargado a Justo Sierra por el mismo Benito Juárez, hacía eco de esta concepción de la propiedad en su artículo 363 y establecía los mismos requisitos en caso de expropiación.³¹

El contraste es grande en comparación a los emanados de algunos liberales, concretamente la obra de Manuel Payno, más cercana al concepto de inalienabilidad de la propiedad, que al de las limitaciones impuestas por la Constitución de 1857. Ya en 1869 en su Tratado de la Propiedad, Payno planteaba una mayor protección a la propiedad que la otorgada por la Constitución.³² Sin embargo, coincidía en ciertas restricciones legítimas del Estado al dominio sobre las aguas, en la tala de bosques, ciertas actividades comerciales e industriales y las necesarias para la ordenación urbana.³³ Tales restricciones válidas no apartaban a Payno de la idea de que el futuro económico de México radicaba en la agricultura basada en la protección de la propiedad privada, bajo un esquema de propietario-productor que podría mantener sus derechos frente a ataques tanto del poder público, así como de pueblos indígenas y otros actores privados.³⁴ En este sentido es que calificaba a la expropiación por causa de utilidad pública como equivalente a un despojo.³⁵ Para evitar injerencias injustificadas a la propiedad privada,

³¹ Cfr., Ledesma, José de Jesús, "El derecho de propiedad en el pensamiento liberal mexicano hasta el año de 1860", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, vol. 3, 1971; pp. 303-320, p. 319.

³² Véase, Manuel Payno, *Tratado sobre la Propiedad. Ensayo de un estudio del derecho romano y del derecho público y constitucional en lo relativo a la propiedad*, México, Imprenta de I. Cumplido, 1869. Dentro del mismo prólogo de Guillermo Prieto se insta a: "Proclamóse en voz alta y sin esbozo la existencia del derecho inviolable y sagrado, anterior a la ley independiente de ella, y esta solo como el reconocimiento como el acatamiento a los atributos esenciales del hombre".

³³ *Ibidem*, pp. 203-205.

³⁴ *Ibidem*, p. 210: Dice Payno: "El propietario debe ser el custodio del suelo, el defensor de la paz pública, el apoyo del orden, mientras que la autoridad lo que tiene que hacer, es respetar la propiedad, hacer efectivas las doctrinas del derecho constitucional moderno, proteger por medio de la legislación prudente todos los muchos ramos que abraza el cultivo de la tierra, la mejora de los granos, de las plantas, de los árboles y de los ganados, y dejar en todo lo demás la libertad mas completa, para que se desarrollen los tres elementos constitutivos de la riqueza pública: el capital, la tierra y el trabajo".

³⁵ *Ibidem*, p. 211.

Payno propone una indemnización previa y valuada bajo criterios objetivos, además de reducir al mínimo los causales de utilidad pública.³⁶ Sin embargo, el pensamiento de Payno, al reducir considerablemente la posibilidad de socialización de la propiedad, necesaria para llevar a cabo el reparto agrario, no sería la concepción liberal que haría de puente con la idea de la propiedad desde la Constitución de 1857 hasta la de 1917. Por el contrario, serían las teorías sobre la propiedad, también liberales, de Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez.³⁷

III. El ethos revolucionario y la regulación de la propiedad en el Artículo 27 de la Constitución de 1917

El texto original del artículo 27 daba cuenta de la fuerte influencia que ejerció Molina Enríquez sobre Luis Cabrera, ejerciendo de una especie de constituyente sin participar en el mismo, pero invitado a colaborar en la redacción del mismo por Pastor Rouaix.³⁸ Sin embargo, la huella de Wistano Luis Orozco y de su obra *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos* también sería un referente, en especial su fundamento jurídico sobre el desarrollo histórico de la propiedad inmueble en México, a través colonización, desamortización, nacionalización y expropiación de bienes.³⁹ Orozco es quien desarrolla, a través de su análisis histórico de las leyes colonización, el concepto de dominio eminente, bajo el cual se constituye la propiedad privada a través de su concesión por parte de la Nación.⁴⁰ La idea de dominio eminente tendía un impacto importante respecto al de la propiedad originaria de la Nación, si bien parecería una secularización de la discusión escolástica de la Escuela de Salamanca sobre el dominio originario de Dios y la propiedad privada.

Aún los movimientos revolucionarios más cercanos a las causas campesinas, el zapatismo y el villismo, no contemplaban dentro de su programa la abolición de la propiedad privada.⁴¹ De hecho el carácter comunitario de la propiedad agraria zapatista pretendía coexistir con la pequeña propiedad villista, algo que finalmente fue acomodado de manera simbólica en el artículo 27, si bien a través de un reparto agrario que nunca tuvo como objetivo satisfacer las demandas zapatistas y si la consolidación paralela de la propiedad privada.⁴² Sin embargo,

³⁶ *Ibidem*, pp. 212-214.

³⁷ Véase, Cuevas Murillo, Óscar, "La reforma liberal en materia de propiedad, según Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XX, 2008, pp. 97-128.

³⁸ Cfr., Azuela, Antonio, "La ciudad, la propiedad privada y el derecho", México, COLMEX, 1989, p. 28.

³⁹ Cfr., Cuevas Murillo, Óscar, "La reforma liberal en materia de propiedad, según Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez", *supra* nota 38, p. 108.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 116.

⁴¹ Cfr., Nava, Telésforo, "Tenencia de la Tierra y propiedad privada: su caracterización histórica", *Polis. Investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*, no. 90, 1990, pp. 221-237, p. 225.

⁴² *Ibidem*, p. 229.

este acomodo simbólico de la propiedad social (sobre todo ejidal), con la pública y privada en la Constitución de 1917 significó el triunfo del constitucionalismo sobre los intereses tanto de los pequeños propietarios como de las comunidades, además de los grandes terratenientes porfirista. Este difícil acomodo político, marca también la complicada relación de la propiedad en el texto constitucional, además de la actuación del Estado mexicano sobre la economía.

Las ideas de Orozco y Molina Enríquez, así como de la Historia constitucional mexicana, concretamente la experiencia de 1857, quedarían plasmadas en el primer párrafo del artículo 27:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Si bien el texto del párrafo primero ha quedado inalterado hasta nuestros días, el acomodo social al que hacía referencia ha sido modificado de manera importante y el proyecto agrario revolucionario, que encontró su zenit durante el cardenismo, ha sido mudado, si no desmantelado, a través de las contra-reformas legislativas y constitucionales, especialmente las de 1992. Sin embargo, la propiedad privada sigue estando sujeta en el texto constitucional a la transmisión originaria y por ende a las modalidades establecidas por la Nación.

Por lo que respecta al segundo párrafo y su referencia a la expropiación, comparte con el primero su carácter inmutable desde 1917. Esta afirmación merece una precisión, ya que como se verá más adelante, tanto la práctica judicial, como las modificaciones a leyes secundarias y tratados internacionales celebrados por México han variado considerablemente la protección a la propiedad privada en casos de expropiación. No obstante el texto del segundo párrafo persiste como la memoria de un recuerdo de la capacidad del Estado de regulación de la propiedad privada, recuerdo que sigue incomodando a los sectores más favorables a las restricciones de la actividad del Estado en México:

Las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

Esta fórmula no varía de la adoptada y contrario a las críticas de Manuel Payno a finales del Siglo XIX, no se establece una indemnización previa. La indemnización, su forma de cuantificación, el momento en el que se debe realizar así como la sujeción al debido proceso, variarían considerablemente durante la historia legislativa y judicial del México posrevolucionario.

Es esta variación y maleabilidad, la que muestra los importantes cambios políticos y sociales dados, tanto dentro del sistema de partido único, como en la época de alternancia de los partidos políticos. También dicha mutabilidad da muestra de la amplia capacidad, tanto del concepto de propiedad originaria de la Nación, como del sistema de expropiación, para albergar los más diversos proyectos políticos y económicos.

Al contrario que los párrafos primero y segundo, el tercer párrafo del artículo 27 ha sido el objeto de reformas, ya que en él se especifican las formas y modalidades que puede establecer el Estado respecto a la propiedad privada y son este párrafo y los subsiguientes los que marcan el cambio fundamental del sistema de propiedad constitucional de 1917 respecto al existente en 1857. Si bien el antecedente de la desamortización de los bienes eclesiásticos guiaba, de manera paradójica, el marco jurídico a seguir para concretar el proyecto revolucionario de dismantelamiento del latifundio, el reparto agrario precisaba de un sistema constitucional más complejo y de facultades también más amplias para el Ejecutivo. Por ende se establece el derecho de la Nación a imponer modalidades a la propiedad privada:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación,

Esta parte del texto también queda sin alteración alguna desde 1917, si bien se han añadido otros objetivos sociales que justifican la restricción de la propiedad privada, que son: lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. Estas reformas hacen eco del cambio de la sociedad mexicana, de una eminentemente rural a una de reciente urbanización. Se dan también dentro del marco de la regulación sobre asentamientos urbanos en 1975, que con toda su retórica que apunta hacia una conexión con el sistema revolucionario del reparto agrario, más bien establece una ruptura importante e implica más bien una aceptación del latifundio urbano y excluye realmente a los predios urbanos del sistema de propiedad social.⁴³

⁴³ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de febrero de 1976. Para una discusión tanto de la reforma constitucional como de la Ley de asentamientos urbanos, véase, Azuela, Antonio, "*La ciudad, la propiedad privada y el derecho*", *supra* nota 39, pp. 31-43. El tercer párrafo continúa en la tónica de regulación de la propiedad urbana: en consecuencia, se dictaran las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria [...].

Respecto a la propiedad rural, quedaban intactas en la reforma de 1975, las disposiciones relativas a dicha propiedad y a la promoción de las actividades productivas del campo, que permanecían desde 1917.⁴⁴ Sin embargo, el cambio más importante, tanto en campo normativo efectivo como en el simbólico, estaría por venir en 1992, con la supresión de la mención específica que hacía el fraccionamiento del latifundio y la supresión del reparto agrario.⁴⁵ Así el derecho de los pueblos que carecieran de tierras o aguas para ser dotados de tierra, desaparecía del texto constitucional y la propiedad privada en el ámbito rural, quedaba a salvo de medidas expropiatorias justificadas en el reparto agrario. La contra reforma agraria de 1992, eliminó el reparto agrario y de manera más general la reforma agraria, las cuales quedaban confinadas a la historia y los setenta y cinco años de reparto agrario llegaban a su fin.

Un aspecto que vale la pena mencionar es que el párrafo tercero desde su redacción original, excluía a la pequeña propiedad del reparto agrario. Por ende, la protección a la propiedad privada en los sectores rurales quedaba confinada a los límites impuestos por la misma. Sería en los excedentes latifundistas en los que operaría el reparto agrario, bajo un dispositivo jurídico verdaderamente interesante, que era la mención específica en este párrafo de la presunción de utilidad pública que recaía sobre cualquier adquisición de propiedad privada adquirida con el fin de llevar a cabo del reparto agrario.⁴⁶ En este sentido también se confirmaban las acciones de fraccionamiento de los latifundios y dotación de tierras, llevadas a cabo bajo el manto jurídico del Decreto de 6 de enero de 1915. Durante los primeros años de la reforma agraria, los propietarios de tierras afectadas para dicha empresa recurrieron a vías judiciales para impugnar las expropiaciones realizadas por el Gobierno Federal. Para efectos de evitar el litigar los casos ante tribunales y para fortalecer el Poder del Ejecutivo respecto al reparto agrario y por ende las su facultad para limitar la propiedad privada, se estableció un estado de excepción procesal, similar al existente hasta 2008 en el artículo 33 para efectos de exclusión de extranjeros o el sistema actual de arraigo en materia penal, según el cual se excluían los actos de reparto agrario como impugnables mediante el juicio de amparo. Este cambio se dio a través de una reforma a la constitución en 1934, durante el gobierno de Abelardo L. Rodríguez que decía textualmente:

⁴⁴ Las medidas necesarias que se puede dictar para el fomento de la producción agraria y en posible detrimento de la propiedad privada son las necesarias para: la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

⁴⁵ Decreto por el que se reforma el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el de 6 de enero de 1992. Disponible en < http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4643312&fecha=06/01/1992> (7 de julio de 2013).

⁴⁶ Los causales de utilidad pública, además del derivado del reparto agrario, serían enunciados sólo hasta 1936, a través del artículo 1 de la Ley de Expropiación.

Los propietarios afectados con resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas, que se hubiesen dictado a favor de los pueblos, o que en el futuro se dictaren no tendrán ningún derecho ni recurso legal ordinario, ni podrán promover el juicio de amparo.⁴⁷

Este estado de excepción procesal fue utilizado durante la mayor parte de los años de mayor extensión del reparto agrario, concretamente durante el cardenismo. Dando cuenta del viraje importante en materia de política económica que supuso respecto al cardenismo, la presidencia de Miguel Alemán, fue durante su mandato que se modificó dicha fracción para restablecer el juicio de amparo, de la siguiente manera:⁴⁸

Los dueños o poseedores de predios agrícolas o ganaderos en explotación, a los que se haya expedido o en el futuro se expida, certificado de inafectabilidad, podrán promover el juicio de amparo contra la afectación o privación agraria ilegales de sus tierras o aguas.

También a través de la reforma alemanista, se modificó considerablemente la definición de la pequeña propiedad de tal manera amparando mayores extensiones para nuevas actividades económicas agrícolas y en especial para la ganadería. El dispositivo legal para la implantación de la propiedad privada sobre el minifundio y el ejido fue la expedición de certificados de inafectabilidad.⁴⁹ Esta postura más favorable a la protección de la propiedad privada, se combina con la reforma en materia de asentamientos urbanos de 1976 y la contra reforma de 1992, que si bien consolidan a la propiedad privada sobre la función social, no encuentran discordancia con la larga tradición constitucional de protección a la misma, tanto en los momentos constitucionales conservadores como en los liberales del Siglo XIX. Esta creciente protección a la propiedad privada tendrá después una interpretación judicial robusta en décadas posteriores.

Antes de analizar las posturas judiciales respecto a la expropiación, se tienen que explorar otras restricciones a cierto tipo de propiedad establecida por el párrafo cuatro de la CPEUM. En lo referente a recursos naturales de la plataforma continental y zócalos submarinos de las

⁴⁷ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1934, en el que se modificaban, entre otras cosas, a fracción XIV del artículo 27. Al respecto, véase, Elizondo, Carlos, *La industria del Amparo Fiscal* p. 357, Carlos Elizondo Mayer-Serra, "*La industria del amparo fiscal*", *Política y Gobierno*, vol. XVI, no. 2, II semestre 2009, pp. 349-383, p. 357.

⁴⁸ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de febrero de 1947.

⁴⁹ *Cfr.* Nava, Telésforo, "Tenencia de la Tierra y propiedad privada: su caracterización histórica", *supra* nota 42, p. 232.

islas, minerales y yacimientos del subsuelo, aguas y petróleo, estos pertenecen a la Nación.⁵⁰ Las actividades comerciales en estos ramos económicos pasan por una regulación variopinta de acceso a su explotación comercial, desde la posibilidad de explotar la minería mediante concesión sin restricciones para empresas nacionales y extranjeras, hasta el monopolio estatal en materia de petróleo. No obstante, en ningún caso dichos bienes pasan completamente al dominio privado sin restricciones a la propiedad. También son propiedad de la nación los cuerpos acuíferos tanto marinos como interiores.⁵¹ Aquí también el artículo 27 califica de antemano de utilidad pública cualquier afectación que se haga a predios en los que corra o se deposite agua.

Para efectos de las propiedades mencionadas, se establece un dominio de la nación reforzado, al establecer que el dominio de la Nación sobre dichos recursos son inalienables e imprescriptibles y solo podrán participar particulares a través del régimen de concesión. Caso distinto lo constituye el petróleo y los carburos de hidrogeno sólidos, líquidos o gaseosos o minerales radioactivos, servicio público de energía eléctrica y lo referente a la energía nuclear, en cuyo caso no se otorgaran concesiones ni contratos. Diversos esquemas de participación privada, tanto en energía eléctrica como en gas y petróleo y petroquímica han sido impugnados constantemente en referencia a al artículo 27. Si bien este tema merece un desarrollo

⁵⁰ Señala el párrafo cuarto del 27: "corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrogeno solidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional".

⁵¹ Sigue el 27: " Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la república; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la república y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la república con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el ejecutivo federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se consideraran como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerara de utilidad pública, y quedara sujeto a las disposiciones que dicten los estados.

mayor, no parece que en ninguno de estos casos se cuestione la propiedad originaria de la nación sobre dichos bienes, ni se adquieren derechos de propiedad por los particulares, más bien se trata de delimitar la extensión de la prohibición de participación privada en el sector energético. Por último en su enunciado de bienes propiedad de la Nación, el artículo 27 también incluye la zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial.⁵²

Una importante modalidad a la propiedad privada sobre bienes inmuebles y aguas, que introduce el artículo 27, son las restricciones a la propiedad de extranjeros.⁵³ Estas restricciones se dividen en dos grandes grupos, la primera de ellas referente a la declaración de renuncia a la protección diplomática de sus gobiernos para la adquisición de extranjeros de tierras, aguas y concesiones sobre mina o aguas ubicadas fuera de la zona restringida; la segunda es la prohibición de adquisición de dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Esta prohibición constitucional, se matiza debido a la utilización del fideicomiso como forma de adquisición de derechos de propiedad sobre inmuebles situados en la zona restringida y a la Ley de inversión extranjera y su Reglamento, que han permitido una apertura no contemplada por el artículo 27 para la participación extranjera en inmuebles ubicados en la zona restringida.⁵⁴ Además, la celebración de Tratados de Libre Comercio que incluyen disposiciones relativas a inversiones extranjeras y de acuerdos bilaterales en materia de inversión modifican considerablemente los derechos de tales inversionistas, ante limitaciones impuestas a dichas propiedades. Este tema será abordado de manera más completa dentro de los temas relativos a la expropiación.

Además de la suspicacia a la participación extranjera en sectores de la economía, derivada de experiencias históricas de intervencionismo francés, español, inglés, pero sobre todo estadounidense, otra limitación cargada del peso de la historia mexicana, son las limitaciones existentes para la propiedad de bienes por parte de asociaciones religiosas.⁵⁵ Si bien, la reforma de 1992 modificaba en gran medida las relaciones entre el Estado y los representantes de cultos, la experiencia liberal de 1857 pesaba fuertemente en la conciencia de los poderes políticos a principios de los noventa. Tomando en cuenta que la primera gran prueba para el

⁵² Señala el 27: "La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a este, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. en aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos estados".

⁵³ CPEUM, Art. 27.I.

⁵⁴ Véase, Rábago Dorbecker, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera*, México, Porrúa-UIA, 2004.

⁵⁵ CPEUM, Art. 27.II. Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria.

ejercicio de los poderes de la joven Nación mexicana frente a la propiedad privada fue la desamortización de los bienes eclesiales, no parece casualidad que esta reforma al 27 se da al mismo tiempo que la contra reforma en materia agraria.

Otras modalidades, similares a las de las propiedades eclesiales, son las de instituciones de beneficencia asociaciones civiles, que solo podrán adquirir los bienes necesarios para su objeto.⁵⁶ En cuanto se refiere a las personas jurídicas de carácter mercantil, las mismas se sujetan a limitaciones similares a las asociaciones civiles en cuanto a terrenos rústicos y en lo referente a tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales, las mismas estarán restringidas a una extensión definida.⁵⁷ Una mención especial merecen los bancos, debido a que su actividad crediticia y sobre todo hipotecaria les otorga acceso a la posibilidad de una extensa propiedad sobre bienes inmuebles, tanto urbanos como rústicos.⁵⁸ Lo referente a la propiedad pública de estados y municipios, será analizado más adelante dentro de los temas de expropiación y el cambio fundamental que significó otorgar estas facultades a los estados y municipio, sobre todo para la regulación de la propiedad urbana.

Quizá la piedra angular del sistema de propiedad social previsto en el artículo 27, es el reconocimiento de personalidad jurídica de los núcleos poblacionales ejidales y comunales.⁵⁹ En especial esta fracción, leída conjuntamente con el artículo 2, establece el marco constitucional de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. Si bien esa disposición ha sido desestructurada por la contra reforma de 1992, un uso integrado de las normas nacionales e internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas permiten crear un artefacto de protección más robusto. Subsisten dentro de esta fracción, elementos que permiten elementos para la protección de la propiedad de ejidos y comunidades. No obstante, gran parte de

⁵⁶ CPEUM, Art. 27.III. Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria.

⁵⁷ CPEUM, Art. 27.IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto. En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la fracción XV de este artículo. La ley reglamentaria regulará la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no excedan en relación con cada socio los límites de la pequeña propiedad. En este caso, toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos, será acumulable para efectos de computo. asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades. La propia ley establecerá los medios de registro y control necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto por esta fracción.

⁵⁸ CPEUM, Art. 27.V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.

⁵⁹ CPEUM, Art. 27. Fracción VII.

dichos elementos contienen la conocida fórmula de desconstitucionalización, por medio de su posterior desarrollo normativo por vía legislativa ordinaria.⁶⁰ El dismantelamiento del sistema ejidal y comunitario en 1992, dejó algunas instituciones que se erigen como formas de protección de la propiedad ejidal y comunal, específicamente el derecho de preferencia de los ejidatarios en caso de enajenación. A la vez, el artículo 27 como hace con la pequeña propiedad, establece límites a la propiedad de cada uno de los ejidatarios dentro de los núcleos poblacionales.⁶¹ También se establecen las formas generales de organización ejidal y comunal, lo que resulta fundamental para la vida productiva de la misma y de manera más general para la regulación de su propiedad.⁶² Para efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica de los núcleos poblacionales ejidales y comunales, se instituyó el reparto agrario, que necesitaba de otra idea fuera del artículo 27, que es la prohibición de los latifundios y la definición de la pequeña propiedad de la fracción XV. Además la creación de un sistema de justicia agraria especializada se construía en términos generales en la fracción XIX, misma que se erigiría como un factor real de poder en el campo mexicano (si bien formalmente adscrita al Poder Ejecutivo) en la era posterior al final del reparto agrario.⁶³

Finalmente en lo que se refiere a regulación de la propiedad, el artículo 27 incluye, a través de una reforma de 1992, una figura que en primera instancia parece ajena a su objetivo

⁶⁰ Concretamente se deja a su posterior desarrollo legislativo las siguientes cuestiones: "la ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores. La ley, con respeto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo establecerá los procedimientos por los cuales ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley."

⁶¹ Estos límites son: Dentro de un mismo núcleo de población, ningún ejidatario podrá ser titular de más tierra que la equivalente al 5% del total de las tierras ejidales. en todo caso, la titularidad de tierras en favor de un solo ejidatario deberá ajustarse a los límites de la pequeña propiedad.

⁶² Estas grandes líneas de organización son las siguientes: la asamblea general es el órgano supremo del núcleo de población ejidal o comunal, con la organización y funciones que la ley señale. el comisariado ejidal o de bienes comunales, electo democráticamente en los términos de la ley, es el órgano de representación del núcleo y el responsable de ejecutar las resoluciones de la asamblea.

⁶³ La fracción XIX desarrolla la base de la administración de justicia agraria: "Con base en esta Constitución, el estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria, con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyara la asesoría legal de los campesinos. Son de jurisdicción federal todas las cuestiones que por límites de terrenos ejidales y comunales, cualquiera que sea el origen de estos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población; así como las relacionadas con la tenencia de la tierra de los ejidos y comunidades. para estos efectos y, en general, para la administración de justicia agraria, la ley instituirá tribunales dotados de autonomía y plena jurisdicción, integrados por magistrados propuestos por el ejecutivo federal y designados por la Cámara de Senadores o, en los recesos de esta, por la Comisión permanente. La ley establecerá un órgano para la procuración de justicia agraria.

principal que es establecer la estructura y límites de la propiedad agraria en México; esta figura es el patrimonio de familia.⁶⁴ Resulta interesante que una figura contemplada en el derecho civil de los estados, se elevó a reconocimiento constitucional en momentos tanto posteriores, como inmediatamente anteriores a crisis económicas que pondrían dicho patrimonio en juego. Dicha figura jurídica pretende cubrir de una protección basada en la inalienabilidad y por ende de embargo o gravamen, los bienes básicos para la vida familiar. Extrañamente, la vía propuesta por el legislador deriva de una modalidad a la propiedad y se nota un desfase con las referencias del artículo 4 a un derecho subjetivo a la vivienda. Lo anterior sigue una larga tradición jurídica mexicana de preferir como vía de articulación de los derechos sociales, a través de la creación de instituciones en la burocracia estatal y bajo los parámetros impuestos por los mismos, más que a través del reclamo, en la esfera política, judicial o administrativa, amparado en el reconocimiento de un derecho social.

IV. Varias variaciones a un mismo tema: la expropiación y el derecho mexicano

Uno de los barómetros más importantes para medir el grado de protección de la propiedad por parte del artículo 27 constitucional, es cuando la misma es expuesta a la expropiación. Como se señala anteriormente, durante la época más próspera del reparto agrario, se suspendió el acceso a la justicia mediante el juicio de amparo y sólo se reinstauró hasta el alemanismo. El marco constitucional bajo el cual el Estado mexicano ejerce los límites a la propiedad y sobre todo la posible articulación social de la misma, reposa en gran medida en sus facultades expropiatorias. Es un prerequisite de la constitución de la propiedad pública y necesaria para la realización de la reforma agraria. Además las labores de planeación urbana y rural y de garantía de la soberanía alimentaria tienen un fuerte anclaje en dichas facultades. Para ello, el artículo 27 habilita la posibilidad de estados y municipios de adquirir y poseer bienes raíces.⁶⁵ La posibilidad de desarrollo normativo, federal y estatal, de los causales de utilidad pública bajo los cuales se puede ocupar la propiedad privada es una pieza fundamental para la facultad expropiatoria. También el método de valuación, que constitucionalmente privilegiaba el método de valor fiscal, se erigió como una forma de garantizar, junto con la suspensión temporal del acceso al juicio de amparo, la viabilidad de las expropiaciones realizadas para dismantelar los latifundios y realizar el reparto agrario, además del ordenamiento rural

⁶⁴ CPEUM, Art. 27. XVII.

⁶⁵ CPEUM, Art. 27.VI.

y urbano.⁶⁶ El sistema de valuación a variado de manera considerablemente en la Ley de Expropiación al añadir el valor de mercado como forma de valuación en tales casos.

Sin embargo, la contradicción aparecía en la aplicación armónica entre los derechos procesales establecidos en el artículo 14 y las disposiciones del artículo 27. El caso particular de la garantía de audiencia como parte integral del debido proceso, ha sido un tema discutido de manera constante en el Poder Judicial, variando considerablemente de postura. Por ejemplo, en un criterio estableció que en casos de expropiación la garantía de previa audiencia no rige.⁶⁷ Lo interesante de esta decisión, es que su fundamentación superpone un derecho colectivo sobre el derecho individual de la propiedad. Recientemente este criterio ha sido revertido y el pleno de la SCJN decidió declarar inconstitucional el decreto de expropiación sobre el sector azucarero por no haber concedido el derecho a audiencia previa.⁶⁸ Otro punto a considerar, es que aún bajo esta creciente protección a la propiedad privada, tenemos un sistema interno mucho menos favorable que el existente bajo los compromisos internacionales contraídos en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.⁶⁹ Si bien tanto México ha celebrado una serie de acuerdos en materia de protección de inversiones donde se tutelan los derechos de propiedad de dichos inversionistas de manera mucho más amplia que en las propias disposiciones constitucionales internas. El debate se centra en si esos estándares de protección a la propiedad privada realmente se traducen en un clima de mayor atracción a la inversión extranjera, lo cual es muy controvertido.⁷⁰

A parte de estas consideraciones y sin dejar de lado que indiscutible que el estado pueda expropiar o nacionalizar bienes, tanto de nacionales como de extranjeros, por ser una atribución necesaria para realizar sus funciones; el ejercicio de dicha facultad ha sido autolimitada

⁶⁶ El Artículo 27.VI prevé el siguiente método de valuación: "El precio que se fijara como indemnización a la cosa expropiada, se basara en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por el de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. el exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. esto mismo se observara cuando se trate de objetos cuyo valor no este fijado en las oficinas rentísticas."

⁶⁷ Véase Tesis P./J. 65/95, EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. V, junio de 1997, p. 44. Reg. IUS. 198404.

⁶⁸ Véase Tesis 2a./J. 124/2006, EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 278. Reg. IUS 174253.

⁶⁹ México ha celebrado más de 25 acuerdos de promoción y protección de inversiones, además de ocho capítulos de inversión incluidos en Tratados de Libre Comercio.

⁷⁰ Algunos estudios del Banco Mundial confirman que no existe una relación necesaria entre la atracción de inversiones y la celebración de acuerdos de inversión, véase Hallward-Dreimeir, Mary, "Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and they Could Bite", *Policy Research Working Paper*, Washington, Banco Mundial, 2003, núm. 3121.

por el Estado mexicano debido a compromisos adquiridos mediante convenios internacionales. Lo anterior afirma el repunte y afianzamiento de una política económica en la que se excluía del horizonte de posibilidades, por lo menos de manera temporal, una vuelta al control del Estado de los sectores económicos liberalizados. Aun así la expropiación es un elemento necesario para el desarrollo de políticas públicas encaminadas al desarrollo, como puede ser la construcción de infraestructura o la protección al medio ambiente. Pero la expropiación es además de un elemento esencial para implementar la política económica de cualquier Estado, es un acto en el que se miden los alcances y límites de su poder sobre los gobernados.⁷¹ Desde la perspectiva sociológica Azuela, Herrera y Saavedra-Herrera la expropiación es un momento de:

(des)estructuración o, si se quiere, de (re)estructuración social, en el que unos propietarios son remplazos por otros.⁷²

Parecería entonces que uno de los cambios más importantes referentes a la capacidad regulatoria del Estado mexicano, ha sido esta autolimitación de su capacidad de expropiar, al establecer un marco privilegiado para la inversión extranjera. Dentro del artículo 21 de la Ley de Expropiación, se incluye una medida muy novedosa y que implica un cambio considerable en la doctrina mexicana, al expresar que la misma se aplicará sin perjuicio de lo establecido por los tratados internacionales de los que México sea parte y en su caso en los acuerdos arbitrales que se celebren. Aunque parezca que tal pronunciamiento sale sobrando, el que la propia ley interna mexicana admita la posibilidad de un trato diferenciado a extranjeros en cuestiones de expropiación, es un cambio muy importante respecto a la etapa posrevolucionaria mexicana. Lo anterior resulta aún más sorprendente, en un país en el que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), como la doctrina mexicana se habían pronunciado de manera ambivalente respecto a la jerarquía de los tratados (hasta la tesis de 1999) y a la posición de los mismos dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Ahora después de la verdadera transformación que supuso la Consulta a Trámite en el Caso Rosendo Radilla por parte de la SCJN.

⁷¹ Para Jacinto Faya Viesca la expropiación o nacionalización, traducida en la intervención del Estado en la economía mexicana, ha sido "la consecuencia del paso del Estado Constitucional al Constitucionalismo Social, es decir, el abandono definitivo de la idea consistente en que los principios de libertad y propiedad privada son suficientes, y además de los únicos, para resolver los graves problemas sociales de México", *cf.*, *Rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1987, p. 41.

⁷² Azuela, Antonio, Herrera, Carlos y Saavedra-Herrera, Camilo, "La expropiación y las transformaciones del Estado", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 71, no. 3, 2009, pp. 525-555, p. 526.

Si bien esto no cancela la facultad de expropiación del Estado mexicano, si establece unas formas de compensación y una clasificación de los actos de expropiación, provenientes de sistemas jurídicos en los que el derecho de propiedad es celosamente protegido por el ordenamiento jurídico. Llama la atención que dichos cambios provengan de tratados en el ámbito comercial y no directamente de una protección al derecho de propiedad contenido en acuerdos de derechos humanos. Esta última cuestión será analizada en la última parte de este comentario. Se puede adelantar, que la opción por tal viraje en las capacidades regulatorias del Estado, muestran los distintos impactos de las dos tipos de obligaciones internacionales adquiridas bajo la misma figura jurídica, que es la de los tratados internacionales.

También una salvaguarda relacionada más con la sociología jurídica que vale la pena señalar, es que si bien el discurso de los sectores más conservadores en el país siempre ha magnificado el potencial confiscatorio del artículo 27, la realidad muestra un uso mucho más moderado de dichas facultades y en especial una prevalencia de la protección de la propiedad privada.⁷³ En lo referente a expropiación de bienes extranjeros, la historia posrevolucionaria muestra una protección general de los mismos, fuera de la nacionalización del petróleo. Por ejemplo, la amenaza de utilización de la cláusula Calvo frente a extranjeros que busquen la protección de sus gobiernos prácticamente no ha sido utilizada.⁷⁴

En cuanto al desarrollo normativo de las facultades de expropiación, este comienza con la Ley de Expropiación.⁷⁵ Ahí se define la expropiación como una declaración del Ejecutivo federal en la que se afecte de manera completa la propiedad (expropiación propiamente) o se ocupe temporal, total o parcialmente, o se limiten los derechos de dominio de un particular (expropiación indirecta). Dicha definición debe ser complementada con las aportaciones, mucho más generosas, que provienen de los diferentes compromisos adquiridos por el Estado mexicano por medio de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

⁷³ Un excelente ejemplo de la exagerada retórica de ciertos grupos de la clase empresarial mexicana respecto a las capacidades regulatorias del Estado mexicano, en un momento especialmente complicado de las relaciones gobierno-empresas, fue la oposición de ciertos grupos empresariales a la propuesta de reforma constitucional en materia de regulación urbana y a la Ley general de asentamientos humanos, descrita por Azuela; véase, Azuela, Antonio, "La ciudad, la propiedad privada y el derecho", *supra* nota 39, pp. 37-43. Una traducción a la teoría jurídica sobre dichas posturas se puede observar en M. Katz, Isaac, "La Constitución y los derechos de propiedad privada", *Cuestiones Constitucionales*, no. 4, 2001, pp. 27-48.

⁷⁴ Una investigación que llevo a cabo Leonel Pereznieta Castro confirma lo anterior, ya que señala que en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores y en el Archivo Histórico de la misma, desde principios de siglo hasta 1996 no consta la aplicación de la Cláusula Calvo en su versión del artículo 27.I de la Constitución mexicana. Además no aparece ningún despojo de bienes de un extranjero por haber solicitado la protección diplomática, Véase, Pereznieta Castro, Leonel, "Dos mitos en el Derecho Internacional Privado Mexicano "la Cláusula Calvo" y "la zona prohibida" o "zona restringida", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 1997, pp. 111-135, p. 128.

⁷⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de noviembre de 1936.

(en adelante APPRIIs) y Capítulos relativos a Inversiones contenidos en Tratados de Libre Comercio.⁷⁶

Además de la definición sobre expropiación y los temas de indemnización, otro punto fundamental en los procesos de expropiación, es la definición de la causa de utilidad pública. Este es un concepto muy difícil de definir, ya que en el derecho internacional se parte de la idea de la presunción de utilidad pública sobre los actos expropiatorios de los estados, por ellos existen poco casos en los que una nacionalización haya sido declarada contraria al estándar internacional por dicha razón.⁷⁷ En gran medida esta situación deriva de las implicaciones políticas que tiene el hecho de que un juez o árbitro extranjero se pronuncie sobre la validez de la utilidad pública de un acto soberano como es la expropiación.

Ya en el ámbito interno la cuestión es distinta, puesto que existe un desarrollo legislativo sobre el concepto de utilidad pública en el artículo 1 de la Ley de Expropiación.⁷⁸ Los tribunales federales mexicanos han tratado de dotar de contenido al concepto de utilidad pública y el mismo puede ser utilizados para determinar si efectivamente una expropiación se encuentra debidamente basada en una utilidad pública, tanto a nivel interno como a internacional. Hasta ahora la SCJN se ha pronunciado en equiparar la utilidad pública cuando exista un

⁷⁶ Véase, Rábago Dorbecker, Miguel, "El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?", en José María Serna de la Garza (coord.), *Derecho Comparado Asia-México: Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IIJ-UNAM, 2007, pp. 445-471.

⁷⁷ Sobre la dificultad de provocar que una expropiación viole el requisito de causa de utilidad pública ante un tribunal internacional, véase, Nwogugu, E., "Legal Problems of Foreign Investments", *Recueil des cours*, vol. 153, 1976-V, pp. 167-262, p. 226 y Migliorino, Luigi "La promozione e la protezione degli investimenti nell' Accordo Nord-Americano di Libero Commercio del 1992 (NAFTA)", *Diritto del Commercio Internazionale*, núm. 1, 1994, pp. 221-235, pp. 231-232. Este fue el caso de los arbitrajes Libios puesto que la cuestión se centró en si la expropiación era un represalia, los árbitros respondieron afirmativamente en el caso BP pero no en los de LIAMCO y TEXACO, *cfr.* Sacerdoti, Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, vol. 269, 1997, pp. 251-460, p. 252.

⁷⁸ Entre los supuestos que considera de utilidad pública para la expropiación se incluyen: el establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; la apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; el embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el gobierno federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; la conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; la satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; la equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; la creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; y la creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida.

provecho común a la colectividad.⁷⁹ El rasgo común de este fallo con otros pronunciamientos, es que una expropiación no cumple con el principio de utilidad pública cuando el beneficio sea solamente a un particular. La presente tesis incluye a cualquier tipo de particular en esta categoría, incluyendo individuos, sociedades y corporaciones. Otras tesis han establecido que la expropiación a favor de particulares es violatoria al artículo 27 de la CPEUM.⁸⁰ Este mismo principio ha sido refirmado en otra tesis posterior, en la que se refirma que debe haber un interés social o nacional y nunca el beneficio a un particular.⁸¹

Analizados las cuestiones de interés público, definición e indemnización en materia de expropiación, se debe hacer un balance sobre el estado actual de la facultad de expropiación. El terreno está plagado de paradojas para explicar dicho momento. Por un lado existe una cesión importante hacia las definiciones globalizadas de expropiación y garantía de la propiedad, a través de los tratados en materia de comercio e inversión, pero por otro lado la tendencia judicial hacia la protección de la propiedad privada también ha podido habilitar la lucha de comunidades rurales en contra de despojos, disfrazados de expropiación, como en el caso Atenco. Desde el neoliberalismo jurídico se plantea un reforzamiento de la propiedad privada para evitar la intervención indebida del Estado en el mercado, con la consiguiente disminución de las facultades expropiatorias del mercado.⁸² Sin embargo, el viraje hacia una protección mayor de la propiedad por parte de los tribunales mexicanos, aunque encuentra su caso más representativo en la introducción de la previa audiencia en el caso de las expropiaciones azucareras, también comienza a amparar a comunidades agrarias y núcleos poblacionales ejidales y comunales.⁸³ De ahí, que después de la postura tomada por la SCJN en el Caso Rosendo Radilla y la inauguración de la décima época, la implementación de los derechos de propiedad en tratados internacionales en materia de derechos humanos permita vislumbrar nuevos horizontes. ¿En una tendencia hacia la protección de derechos de propiedad, interpretará el Poder Judicial mexicano los derechos de propiedad incluidos en tratados

⁷⁹ Tesis, UTILIDAD PÚBLICA (EXPROPIACIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época. Apéndice 2000, México, t. III, p. 131. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/911/911051.pdf>> (7 de julio de 2013).

⁸⁰ Tesis Aislada, EXPROPIACIÓN A FAVOR DE PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, t. 11Tomo II, p. 458. Reg. IUS. 291208.

⁸¹ Tesis Aislada, EXPROPIACIÓN EN BENEFICIO DE PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, t. LXV, p. 599. Reg. IUS. 328837.

⁸² José Rolda Xopa hace eco de estas posturas al proponer, bajo fundamentos de la intervención del estado en el mercado, que dichas expropiaciones serían una intervención no justificada y afectaría los costos de transacción de las operaciones comerciales, y por tanto bajo una óptica de mercado dicha intervención no es deseable, *cfr.*, *Constitución y mercado*, México, Porrúa, 2004, pp. 152-153. El más grande defensor del fortalecimiento de la propiedad privada como forma de propiciar el crecimiento económico y por ende del neoliberalismo jurídico es M. Katz, Isaac, "La Constitución y los derechos de propiedad privada", *supra* nota 74.

⁸³ Véase, Azuela, Antonio, Herrera, Carlos y Saavedra-Herrera, Camilo, "La expropiación y las transformaciones del Estado", *supra* nota 73.

internacionales para proteger intereses de grandes empresas respecto a legítimas políticas sociales del Estado o por el contrario incorporará estos estándares para amparar a los casos presentados por comunidades y núcleos rurales en contra de actos de despojo de sus tierras o viviendas?

V. Andamiaje de la propiedad privada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México

El giro copernicano que prometía la reforma constitucional en materia de derechos humanos, parece manifestarse en todas las áreas del sistema jurídico en México y todas las predicciones son sólo eso. Sin tomar en consideración la dinámica social que pueda presentarse y los actores y formas en las que las disposiciones sobre derecho de la propiedad insertas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sean alegadas ante tribunales, sólo se puede apuntar hacia la práctica internacional y las propias disposiciones materiales para dilucidar el nuevo panorama. Para ello se tiene que hacer un recuento de las obligaciones internacionales que tiene el Estado mexicano y de sus alcances con respecto a la propiedad, tanto en el sistema universal como en el regional.

En el ámbito universal las diferencias emanadas del debate ideológico existente en la rivalidad entre estados capitalistas y estados que seguían un sistema de economía central, impidió que el derecho de propiedad fuera incluido dentro de los Pactos –Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDCP y PIDESC, respectivamente)– en 1966. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) señala, de manera escueta, en el artículo 17, que toda persona tiene derecho a la propiedad y que nadie puede ser arbitrariamente privado de su propiedad. Un matiz importante, es que pese a la ambigüedad del artículo 17, la referencia en el primer párrafo al derecho de propiedad, es a su ejercicio de manera individual o colectiva. Dicha referencia abre la posibilidad de utilizar dicho precepto para la protección de ambas modalidades de propiedad. Al querer acomodar dos posturas político-ideológicas, el sistema universal deja la definición de propiedad abierta y de manera ambigua protege, tanto sistemas individuales de propiedad como colectivos; además de tutelar ciertos derechos económicos, sociales y culturales.

Aunque en los Pactos guardan un cauteloso silencio respecto a los temas de propiedad, la puesta en práctica de los derechos establecidos en PIDESC llevan aparejados ciertas restricciones al derecho de propiedad absoluto. El ejemplo ilustrativo que propone Arat, es el dere-

cho a la alimentación contenido en el artículo 11 del PIDESC que parte de la idea de que el mercado internacional de alimentos quizá no garantice el cumplimiento de dicho derecho.⁸⁴

La propiedad no fue tratada con el mismo silencio que en 1966 en los posteriores convenios en el marco de la ONU, en especial debido a que tratan situaciones especiales de discriminación estructural. Cronológicamente, el derecho a ser propietario sin discriminación por cuestiones de raza, marcaba la primera aparición de los derechos de propiedad dentro de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 (en adelante CERD).⁸⁵

Debido a la falta de acceso a la propiedad debido a discriminaciones de género, el tema de la propiedad fue abordado en el Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (en adelante CEDAW).⁸⁶ Dentro de las disposiciones de la CEDAW en cuestiones de eliminación de la discriminación entre varón y mujer en asuntos de familia y matrimonio, se incluye la obligación de garantizar los mismos derechos de propiedad entre los cónyuges.

La siguiente referencia, se da en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (en adelante ICRMW).⁸⁷ En este caso, existen referencias directamente a las afectaciones arbitrarias de los bienes de migrantes y también a la expropiación, por primera vez en un acuerdo internacional de Derechos Humanos en el ámbito universal. Se dispone que ningún trabajador migratorio o sus familiares podrán ser privados arbitrariamente de sus bienes, ya sea individuales o los que posea en asociación con otras personas. Así, la ICRMW vuelve al reconocimiento tanto individual como colectivo de la propiedad al que se refería la DUDH y el CERD. También se establece el derecho a una indemnización justa y apropiada, en casos de expropiación total o parcial, de conformidad a la legislación vigente del Estado en el que trabaje.

El último esfuerzo convencional del sistema universal, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, también contiene una referencia a la propiedad y su igual

⁸⁴ Zehra F. Kabasakal Arat, "Human Rights Ideology and Dimensions of Power: A Radical Approach to the State, Property and Discrimination", *supra* nota 10, p. 924.

⁸⁵ ONU, CERD, art. 5 v. Los estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho a toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce los derechos siguientes:... v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros.

⁸⁶ ONU, CEDAW, art. 16 h.

⁸⁷ ONU, ICRMW, art. 15.

reconocimiento ante la ley.⁸⁸ Al igual que en el caso de mujeres, migrantes y niños y niñas, las personas con discapacidad encuentran barreras al acceso a la propiedad en función del reconocimiento de su personalidad jurídica. Para ello la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad obliga a los estados para garantizar el derecho de las personas con discapacidades de ser propietarios, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero. Si bien de manera más tímida que en la ICRMW, también se hace una referencia a la obligación de los estados de velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes arbitrariamente.

Los contrastes entre estas Convenciones muestran las preocupaciones presentes en los negociadores, tanto en distintos momentos como con respecto a distintas poblaciones. La CERD se limita a ampliar la cláusula de no discriminación racial a la propiedad colectiva e individual. En cambio la CEDAW toma el enfoque de la administración de bienes en el ámbito familiar y matrimonial. El más alto nivel de sofisticación se encuentra en la ICRMW, sobre todo en el tema de la privación arbitraria de la propiedad. Curiosamente incluyó la expropiación, si bien la gran mayoría de los trabajadores migrantes son privados de sus bienes más bien por imposibilidad física de acceder a los mismos, sobre todo después de una deportación. Finalmente, en el caso de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, la prioridad es el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Los instrumentos interamericanos se distinguen de los universales en su regulación del derecho a la propiedad privada. La polémica respecto a la inclusión de derechos de propiedad en los instrumentos negociados dentro de la ONU, no produjo el resultado de excluir una regulación de la propiedad privada en los instrumentos interamericanos, esencialmente por la ausencia de estados en los que la propiedad privada era vista como una afrenta a su sistema político económico. Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH) se reconoció el derecho de propiedad, si bien sería posteriormente matizado en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). Así quedaba el reconocimiento de la propiedad privada en la Carta de la OEA:

Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

⁸⁸ ONU, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 12.

Mientras tanto, la CADH muestra mayores limitaciones a la protección a la propiedad privada:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3.- Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por ley.

No obstante que se incluyó el derecho a la propiedad privada en artículo 21, algunos estados optaron por realizar considerables reservas y la aprobación de este artículo no estuvo exento de polémica. Por ejemplo, Argentina estableció una importante reserva:

El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable a lo que los tribunales nacionales determinen como causas de "utilidad pública" e "interés social", ni lo que éstos entiendan por indemnización justa.

También la Commonwealth de Dominica formuló una reserva a dicho artículo al momento de ratificar el Pacto señalando respecto al 21.2.:

Esto debe interpretarse a la luz de las disposiciones de la Constitución de Dominica y no debe considerarse que amplía o limita los derechos declarados en la Constitución.

Aun manteniendo importantes restricciones a la propiedad privada en el artículo 27 y en plena consolidación del régimen revolucionario, el Estado mexicano no consideró oportuno formular reserva alguna en materia de propiedad. Esta puede ser vista como una prueba más de la existencia de una protección a la propiedad privada en el sistema constitucional mexicano y del carácter de dicha protección como la regla general, solamente interrumpida extraordinariamente por la expropiación.

La opción del sistema interamericano por incluir el derecho de propiedad, no significa un reconocimiento absoluto de la misma. Un elemento importante es el Protocolo Adicional a la CADH en materia de sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (en adelante "Protocolo de San Salvador"). Como señalan Abrahmovich y Courtis ello implica la socialización del derecho a la propiedad privada comprende el establecimiento de limitaciones, además de la pérdida del carácter absoluto de dicho derecho, sobre consideraciones sociales, como se encuentra planteado en la CADH.⁸⁹ De hecho dentro de las formas en las que Abrahmovich y Courtis, prevén que los estados pueden cumplir con las obligaciones derivadas de los DESC; en su mayoría se refieren a limitaciones directas o posibles limitaciones a la actividad de los actores privados, entre estas incluido el ejercicio de la propiedad privada.⁹⁰

La práctica jurisdiccional interamericana ha probado que el contenido del derecho de propiedad en el sistema interamericano, esta lejos de ser absoluto y, aún más, ha dado muestras de una reconfiguración del derecho de propiedad para efectos de proteger a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

El primer caso en el que se presentaron temas relativos a la propiedad privada en el sistema interamericano fue el caso *Ivcher Bronstein vs Perú* del 2001.⁹¹ Al parecer este caso auguraba una protección de las privaciones arbitrarias de la propiedad privada por parte del artículo 21, en el sector empresarial. El caso se originaba por la cancelación de la nacionalidad de un empresario de grandes medios de comunicación en el Perú, debido a sus críticas al régimen fujimorista. Por debajo de la cancelación de la nacionalidad del señor Ivcher Bronstein, subyacía el deseo del entonces gobierno del Perú, de privarle del control de el Canal 2 de televisión y así cambiar su política editorial. Así, en este primer caso parecía ajustarse a una protección de la propiedad privada de empresas y particulares, en contra de acciones, muy arbitrarias en este caso, por parte del Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "la Corte") sostuvo que el estado peruano violó el derecho de propiedad privada del señor Bornstein en relación a las fracciones 1 y 2 del artículo 21. En este sentido y siguiendo los dos casos más relevantes al respecto en la Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction* y *ELSI*, consideró que la propiedad accionaria estaba protegida internacionalmente. Una cuestión más interesante fue, si la protección del artículo 21 se extendía a formas indirectas de afectación y no solamente a privaciones totales como en las expropiaciones o nacionalizaciones.⁹²

⁸⁹ Véase Art. 21.1. Protocolo de San Salvador y Abramovich, Victor y Courtis, Christian, "*Los derechos sociales como derechos exigibles*", Madrid, Trotta, 2a. Ed, 2004, p. 26.

⁹⁰ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, "*Los derechos sociales como derechos exigibles*", *supra* nota 90, pp. 32-36.

⁹¹ Véase, Corte IDH. Caso *Invher Bornstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. No. 74.

⁹² *Ibidem*, párr. 125-127.

Siguiendo criterios similares a los de tribunales arbitrales en casos de nacionalizaciones, la Corte encontró responsable al Estado peruano debido a la falta de causa de utilidad pública, ausencia de indemnización de conformidad a la ley interna y también faltas al debido proceso.⁹³

En la siguiente ocasión en que la Corte se enfrentó a una violación al artículo 21, la cuestión se presentaría de manera radicalmente distinta. En esta ocasión no se protegían derechos de propiedad de un empresario, sino los derechos colectivos sobre el territorio de una comunidad indígena.⁹⁴ La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, reclamaba al Estado nicaragüense. Así los alcances del artículo 21 en su modalidad colectiva se veían ponían en juego en un ámbito en el que quizá los redactores de la CADH no se habían planteado. Apelando al carácter evolutivo del derecho de propiedad, la Corte realizó una operación de relectura de dichos derechos dentro de Derecho Internacional y de tal manera estableció que dicha protección se extiende a los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.⁹⁵ También se pronunció sobre algunas características del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, de tal manera aportando nuevos elementos al artículo 21, entre otras: su carácter comunal y colectivo, la estrecha relación de los pueblos indígenas con la tierra, su importancia espiritual y colectiva, y su carácter fundamental para su supervivencia económica.⁹⁶ Otra relectura del artículo 21 que tuvo la Corte, fue la importancia de tener en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para efectos de considerar que la posesión basta para que tener el reconocimiento oficial de dichas tierras, sin necesidad de un título real.⁹⁷ Estas bases marcarían los posteriores casos de la Corte en cuanto a propiedad de pueblos indígenas, además de ser quizá una de los planteamientos más interesantes por lo que se refiere a una lectura intercultural de los derechos humanos.

La propiedad reaparecería en uno de los casos más relevantes, y a la vez más decepcionantes, en los que la Corte se refirió a los Derechos Económicos sociales y culturales, que es el de *Cinco Pensionistas Vs. Perú* de 2003.⁹⁸ Aquí se presentan circunstancias también muy distintas a tanto a las de *Ivcher Bornstein* como en *Awes Tingni*, ya que la violación a los derechos de propiedad se centraba en los derechos de cinco personas sobre sus pensiones de jubilación.

⁹³ *Ibidem*, párr. 128-130.

⁹⁴ Véase Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 148.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 149.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 151.

⁹⁸ Véase Corte IDH, Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C. No. 98.

Por tanto, la cuestión gravitaba en saber si una considerable reducción de las pensiones recibidas por sus beneficiarios, implicaba una violación al artículo 21. De manera similar al caso *Awás Tingni* y a través de una apelación al carácter evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte señaló que al momento de adquirir un derecho a una pensión, en los términos de la legislación local, se adquiere también un derecho de propiedad.⁹⁹ Resuelto el tema relativo a la inserción de los derechos sobre las pensiones como derechos de propiedad, la Corte abordó la cuestión relativa a los requisitos bajo los cuales los estados podrían restringir dicha propiedad.¹⁰⁰ Lo primero que reafirmó fue el carácter limitado de los derechos de propiedad y en especial la posibilidad de que los Estados establezcan limitaciones en función de utilidad pública o interés social. A los requisitos para que los estados establezcan dichas limitaciones, la Corte suma los del artículo 5 del Protocolo del Salvador por tratarse de derechos de propiedad en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales. En tales casos ser limitaran mediante leyes que tengan por objeto el bienestar general dentro de una sociedad democrática y en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

El derecho de a la propiedad también estaría mencionado, aunque más de modo tangencial, en el Caso *Tibi Vs Ecuador* de 2004, ya que se trata de una detención arbitraria y tortura de una persona, además de la privación de sus bienes.¹⁰¹ La privación de los bienes es accesoria de la detención y de hecho dichos bienes están compuestos por el auto y los bienes que tenía la víctima al momento de la detención.¹⁰² Dados los hechos, la aportación principal de la Corte en este caso es que la mera posesión, probada en la relación dada por las autoridades policíacas o de seguridad estatal sobre la propiedad incautada en dichas detenciones, es suficiente para acreditar la propiedad y que no se requieren otros títulos en estos casos.¹⁰³ Concluye entonces que la privación de bienes dentro de las detenciones arbitrarias que no sean devueltos a la víctima, constituye una violación al artículo 21.¹⁰⁴

En el caso *Moiwana Vs Surinam* de 2005, si bien la Comisión no alegó violaciones al artículo 21, los representantes de las víctimas solicitaron que la Corte se pronunciara sobre la violación continuada de dicho derecho por parte del Estado de Surinam, desde la masacre y expulsión de la Comunidad N'djuka Maroon de Moiwana en 1983 por parte de las fuerzas armadas de ese

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 103.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 116.

¹⁰¹ Véase Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Serie C. No. 114.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 213.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 213-219.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 220.

Estado.¹⁰⁵ Existen importantes diferencias con el caso *Awás Tingni*, la como el hecho de que la comunidad indígena en Moiwana no se encontraban en posesión de las tierras en cuestión y también que se trata de un hecho anterior a la ratificación de Surinam del Pacto de San José y por ende de su aceptación de la competencia de la Corte. No obstante la Corte se basó en gran medida en su Sentencia en el caso *Awás Tingni* en lo referente a la posesión como forma suficiente para el reconocimiento de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas.¹⁰⁶ Un matiz interesante es que los pueblos N'djuka llegaron a Moiwana en el Siglo XIX por lo que no eran indígenas de la región, si bien la Corte consideró que por su vinculación colectiva con dichos territorios dichos pueblos tenían una "relación omnicompreensiva" con los mismos. Este criterio, basado en gran medida en el trabajo de los peritajes antropológicos, abre la puerta a centrar la discusión sobre la propiedad de los pueblos indígenas en un aspecto más funcional que en un esencialismo étnico. La Corte también dejó a salvo los derechos de los pueblos aledaños, al someter la delimitación del territorio a la consulta de estos grupos.

En la misma línea que los casos *Awás Tingni* y *Moiwana*, el caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* del 2005 trata sobre el reconocimiento de las tierras de la comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua.¹⁰⁷ Esta sentencia es contemporánea de *Moiwana* pero difiere de ella en el sentido de su uso extensivo del Convenio 169 de la OIT, reforzando el carácter cultural de la propiedad.¹⁰⁸ También se desarrolla el elemento de la relación de la tierra con la caza, pesca y recolección necesaria para el mantener no solamente culturalmente, sino materialmente a estos pueblos indígenas.¹⁰⁹ La contribución a la definición cultural de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas de esta Sentencia es bastante amplia, al incluir su relación con sus: "tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores".¹¹⁰ Otra referencia importante sobre el entorno es a la relación con la naturaleza y su historia, como medios de transmisión del patrimonio cultural inmaterial.

Una nueva variante a la que tuvo que enfrentarse la Corte, fue que en este caso algunas empresas ostentaban títulos de propiedad sobre las tierras reclamadas por la comunidad

¹⁰⁵ Véase Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de febrero de 2005, Serie C. No. 124.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 130-135.

¹⁰⁷ Véase Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C. No. 125.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 130-135.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 140.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 154.

Yayke Axa y entre los puntos alegados por el Estado paraguayo se encontraba su obligación de respetar dicha propiedad en función del artículo 21.¹¹¹ Ante tal cuestión, la Corte optó por reafirmar que es posible restringir la propiedad privada de particulares para lograr el objetivo de preservar identidades culturales, pagando una justa indemnización.¹¹² Pero esto no significa una preferencia automática de la propiedad comunal sobre la privada, ya que la Sentencia también contempla la posibilidad, establecida en el artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT para el ofrecimiento de tierras alternas o indemnización, en el caso de que el Estado no pueda restituir las tierras a las comunidades.¹¹³

La siguiente Sentencia de la Corte que hace referencia al artículo 21, rompe con la tendencia establecida hasta el momento, en el que los casos se referían a tierras de pueblos indígenas. El Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* se centra en una violación a la libertad de expresión y a la incautación de un libro y de su soporte electrónico por parte de la justicia militar chilena.¹¹⁴ Por lo que se refiere a la forma de decidir de la Corte en esta Sentencia, la misma es más cercana al caso *Ivcher Bronstein* y por tanto al de tribunales arbitrales y a la Corte Internacional de Justicia, al ampliar la protección de la propiedad privada a bienes inmateriales, en este caso a los derechos de autor.¹¹⁵ De hecho cita acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual en la orbita de la Organización Internacional de Propiedad Intelectual y la OMC.

Compartiendo el peso de la historia de la perdida de tierras comunitarias de los pueblos del Chaco paraguayo, al igual que *Yayke Axa*, el siguiente caso de 2006 *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* también se refiere a los efectos devastadores producidos por estos desplazamientos.¹¹⁶ Ambos casos también comparten el conflicto existente entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la existencia de títulos de propiedad de empresas privadas dentro de esos territorios, complicando de manera importante la delimitación de las tierras. A diferencia de *Yayke Axa*, en *Sawhoyamaya* los representantes de las víctimas se refieren al principio de proporcionalidad para alegar que el reparto propuesto por el Estado favorece de manera clara a los propietarios privados e impone restricciones injustificadas para el ejercicio efectivo de los derechos de propiedad colectiva de la comunidad.¹¹⁷ Otro

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 143.

¹¹² *Ibidem*, párr. 148.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 149-152.

¹¹⁴ Véase Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr. 102-104.

¹¹⁶ Véase Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 114.

factor importante es que el Estado paraguayó se refiere a las obligaciones contraídas en el Acuerdo de promoción y protección de inversiones con Alemania, como alegato para proteger la propiedad de empresas y ciudadanos alemanes en el territorio en disputa.¹¹⁸ A pesar de estos factores diferentes, la Corte sigue en términos generales la interpretación del Convenio 169 que hizo en *Yayke Axa*, si bien desarrolla de manera más específica algunas cuestiones. En cuanto a la definición de las formas de uso y goce de tierras comunitarias, específica que implican un uso cultural que se aleja de la concepción tradicional de la propiedad y que para ser efectivo el artículo 21 se debe dar cabida a las distintas formas de concebir el uso y disposición de bienes.¹¹⁹

En *Sawhoyamaxa* la Corte esquematiza sus posturas tomadas respecto a la propiedad de comunidades indígenas en los casos anteriores, concluyendo con cuatro hipótesis:¹²⁰ 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; (*Awás Tingni*) 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; (*Moiwana*) 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; (*Yakye Axa*) y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. (*Sawhoyamaxa*)

En un desvío sobre los casos referentes a pueblos indígenas, en el siguiente caso cronológicamente, la Corte se refirió a las afectaciones radicales a la propiedad, derivadas de masacres cometidas por las AUC en el municipio de Ituango en Colombia.¹²¹ En el presente caso, los paramilitares substrajeron cabezas de ganado de la comunidad e incendiaron y destruyeron sus bienes.¹²² La aportación más importante del Caso, es la relación hecha entre el artículo 21 sobre propiedad privada y el artículo 11.2 en lo relativo a inviolabilidad del domicilio, dado que en dicha masacre se perpetraron quemas y destrucción de viviendas.¹²³ Utilizando el principio de *iura novit curia*, ya que no fueron alegadas estas violaciones al 11.2 por parte de

¹¹⁸ *Ibidem*, párr. 115.

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 120.

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 128.

¹²¹ Véase Corte IDH Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

¹²² *Ibidem*, párr. 176-178.

¹²³ *Ibidem*, párr. 189-200.

la Comisión ni de los representantes, la Corte amplió el espectro de protección del artículo 21, al relacionarlo con las violaciones al domicilio y estableciendo una interpretación en la que las destrucciones y privaciones a las viviendas, como es en el caso de desplazamientos forzados, pueden constituir una violación conjunta a estos artículos.

Después del caso *Ituango* la Corte volvió a conocer de asuntos relativos a propiedad de pueblos indígenas, que han representado la mayoría de los presentados en base al artículo 21. En 2007 decidió otro caso contra Surinam presentado por el Pueblo Saramaka.¹²⁴ Esta cuestión fue presentada por la Asociación de Autoridades Aramaka, doce capitanes Saramaka en representación del pueblo Saramaka de la región superior del Río Surinam. Una innovación es que en el caso *Saramaka* la Corte establece el estándar de las obligaciones para garantizar el derecho de propiedad sobre las tierras comunales de los pueblos indígenas en función de los artículos 1.1 y 2 de la CADH.¹²⁵ Esta cuestión se tornaba especialmente difícil debido a la ausencia de disposiciones especiales de desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en la constitución de Surinam y este estado no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT. Ante tales complicaciones, la Corte realizó una interpretación conjunta del artículo 21, con el artículo 27 del PIDCP, para establecer el derecho de la comunidad Saramaka a su propiedad conforme a su tradición comunitaria.¹²⁶ Derivado de la falta de reconocimiento a la propiedad colectiva indígena por parte del sistema jurídico de Surinam, la Corte repasó todo el ordenamiento interno aplicable al presente caso y también realizó un análisis del derecho consuetudinario de los pueblos Saramaka para ver si efectivamente existían formas de garantía de dichos derechos. Posteriormente a esta revisión, la Corte concluye que no el marco legal interno de Surinam no le garantiza al pueblo Saramaka la posibilidad de evitar injerencias externas y por tanto pueden ser despojados por el Estado o por propietarios terceros.¹²⁷ En esta misma línea la Corte construye un argumento fuerte en relación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas en cuanto a proyectos de concesiones para la explotación de recursos naturales en sus territorios.¹²⁸ Otro recurso innovador se refiere a la equiparación de la obligación de compartir los recursos adquiridos con las comunidades, en caso de concesiones en los territorios de los pueblos indígenas, a los requisitos de indemnización en caso de expropiación.¹²⁹

¹²⁴ Véase Corte IDH Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 91.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 94-96.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 115.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 133-137.

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 138-140.

En 2008 la Corte decidiría en un caso que presentaba una impugnación clásica a una expropiación directa ejercida por el Ayuntamiento de Quito de unos inmuebles propiedad de particulares.¹³⁰ Por tanto la Corte desarrolla dos criterios esenciales para la viabilidad de la expropiación, la causa de utilidad pública y la indemnización.¹³¹ Sobre el primer tema, para la Corte la protección del medio ambiente se considera una causa de utilidad pública y por tanto legitima la restricción de la propiedad privada, ya que el propósito de la expropiación del predio de las víctimas era la creación del Parque Metropolitano de Quito.¹³² Respecto a la indemnización la Corte concluyó que no el proceso excedió un plazo razonable y que la falta de fijación de la indemnización supuso una incertidumbre jurídica y fáctica del titular del bien, basándose conjuntamente en los artículos 1, 21 y 25 de la CADH.¹³³

Después del caso *Chirboga* la Corte se pronuncio en otro caso sobre violaciones a la propiedad derivadas del Sistema de Seguridad Social Peruano como en el caso *Cinco Pensionistas*.¹³⁴ La aportación en este caso, es que se liga los derechos de debido proceso al derecho de propiedad y por tanto el incumplimiento de sentencias relativas a seguridad social representa una violación conjunta al 21 y al 25 de la CADH.¹³⁵

El más reciente de los casos en los que la Corte se ha pronunciado sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas es también contra Paraguay, en condiciones similares a *Sawoyamaxe*. En este caso se trata de la petición de reconocimiento de la propiedad ancestral de la Comunidad indígena de Xákmok Kásek.¹³⁶ En donde este caso difiere de los otros casos sobre territorios indígenas en Paraguay, es por la existencia de una Declaración de reserva natural, sin consulta previa a los pueblos, dentro del territorio disputado por la Comunidad indígena de Xákmok Kásek. Esta declaratoria fue declarada por el perito Rodolfo Stavenhagen y esto fue apuntado por la Corte, como: "una nueva y sofisticada forma que han adoptado los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas para obstaculizar el reclamo de territorio de los pueblos originarios (...) siempre arropados bajo formas legales y hasta invocando fines tan puros como la conservación del medioambiente".¹³⁷

¹³⁰ Véase Corte IDH Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción preliminar y fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 66.

¹³² *Ibidem*, párr. 76.

¹³³ *Ibidem*, párr. 117.

¹³⁴ Véase Corte IDH Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la contraloría) vs. Perú, Excepción preliminar, fondo y reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 210.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 80-91.

¹³⁶ Véase Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

¹³⁷ *Ibid.*, párrafo 169.

El más reciente caso sobre propiedad privada que ha tratado la Corte, es referente a modificaciones salariales en una empresa pública peruana.¹³⁸ En este caso la Corte extiende la definición de propiedad al salario, al igual que lo había hecho anteriormente con derechos de seguridad social.

¹³⁸ Véase Corte IDH, Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de marzo de 2011, Serie C, No. 235.

Criterios jurisprudenciales

Nacionales

- Tesis Aislada, EXPROPIACIÓN EN BENEFICIO DE PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, t. LXV, p. 599. Reg. IUS. 328837.
- Tesis Aislada, EXPROPIACIÓN A FAVOR DE PARTICULARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, t. 11Tomo II, p. 458. Reg. IUS. 291208.
- Tesis P./J. 65/95, EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. V, junio de 1997, p. 44. Reg. IUS. 198404.
- Tesis 2a./J. 124/2006, EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 278. Reg. IUS 174253.
- Tesis, UTILIDAD PÚBLICA (EXPROPIACIÓN). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Quinta Época. Apéndice 2000, México, t. III, p. 131. Disponible en <<http://ius.scjn.gob.mx/documentos/tesis/911/911051.pdf>> (7 de julio de 2013).

Internacionales

- Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C. No. 98.
- Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de marzo de 2011, Serie C, No. 235.
- Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la contraloría) Vs. Perú, Excepción preliminar, fondo y reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 210.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.
- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C. No. 125.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79.
- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 8 de febrero de 2005, Serie C. No. 124.
- Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.
- Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.
- Caso Ivher Bornstein Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. No. 74.
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, Excepción preliminar y fondo, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179.
- Caso Tibi Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 07 de septiembre de 2004, Serie C. No. 114.

Derechos humanos
de los contribuyentes
a la luz del Artículo 31
fracción IV Constitucional
y de las Convenciones
Internacionales sobre
Derechos Humanos

Gabriela RÍOS GRANADOS*

* Investigadora de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en Derecho Fiscal por la Universidad de Salamanca, España.

El justo equilibrio y la armonía que debe lograrse entre la protección a los derechos humanos del contribuyente y la protección del interés colectivo en el establecimiento y determinación de los tributos para el sostenimiento de las cargas tributarias.¹

SUMARIO: I. *Delimitación del tema*. II. *Capacidad contributiva*. III. *Igualdad tributaria*. IV. *Reserva de ley en materia tributaria*. V. *Destino del gasto público*. VI. *Derechos transversales*.

PALABRAS CLAVE: Igualdad tributaria; justicia tributaria; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; gasto público; mínimo vital; proporcionalidad; equidad; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. Delimitación del tema

Al hablar de los derechos humanos de los contribuyentes nos referimos a los derivados del artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "CPEUM" o "la Constitución"), y a la luz de la doctrina más cualificada son capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público. Y como lo hemos hecho saber en otros trabajos, la doctrina jurisprudencial mexicana ha recogido en reiterados criterios estos principios materiales de justicia tributaria, sin que hubiera tenido que haber una reforma constitucional para incorporarlos en nuestro sistema tributario.

Sin embargo, también es menester indicar que existen otros derechos humanos tienen plena injerencia con los derechos de los contribuyentes, que al ser transversales tocan a todos particulares como es el caso del derecho de la audiencia previa, el derecho al acceso a la impartición de justicia pronta, completa e imparcial, seguridad jurídica y legalidad por la debida sujeción al procedimiento, irretroactividad de las leyes, entre otros.

¹ Cruz de Quiñones Lucy, "Derechos Humanos y la Tributación" Lecciones De Derecho Tributario - Inspiradas Por Un Maestro, en *Homenaje a Eusebio González García*, tomo I. Universidad del Rosario, Bogotá 2010, p. 57.

Es así, que en materia tributaria adquiere relevancia el contenido del artículo primero de la Constitución que señala: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas en la interpretación más amplia". De tal suerte, que esta norma será la piedra de toque de algunos derechos humanos que no han podido ser justiciables como es el caso de los derechos económicos y sociales engarzándolos con el referido al destino del gasto público. Ahora bien, con esta reforma los operadores jurídicos nacionales deberán nutrirse de normas convencionales en materia de derechos humanos, así como de sus interpretaciones, de normas consuetudinarias internas o internacionales. De esta manera, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención"), de la cual México se adhirió el 24 de marzo de 1981 –publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981– deberá aplicarse cuando se trate de derechos humanos de los contribuyentes.

Bajo el paraguas del principio *pro persona* no importa la prevalencia jerárquica de la norma.² Mediante dicho principio se aplica la norma más favorable al contribuyente y menos restrictiva del ejercicio de un derecho, no importando su jerarquía normativa, es así, que en nuestro sistema tributario se incorpora un nuevo paradigma el cual obligará a los operadores jurídicos a aplicar en beneficio del contribuyente la norma que otorgue mayor protección no importando si se trata de la norma constitucional o convencional.³ Por otro lado, es importante apuntar que en materia tributaria la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CortelDH) no ha emitido ningún criterio vinculante a México; sin embargo, en este trabajo analizamos algunas sentencias emitidas por la CortelDH en materia tributaria siguiendo el criterio de la SCJN en el caso de Rosendo Radilla, pues a la luz de esta resolución son criterios orientadores, tales como la sentencia de 29 de mayo de 1999 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones) resuelta en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

Además, y quizá lo más relevante, se hará mención de las pocas resoluciones que se han emitido algunos magistrados y ministros y que han invocado tratados internacionales en materia de derechos humanos y de los que México es parte. De tal suerte, que este comen-

² Castilla Karlos, "El principio *pro persona* en la administración de justicia", en *Cuestiones Constitucionales* núm. 20, enero-julio, 2009, México, p. 65.

³ En la sentencia del caso *González y otras (Campo Algodonero)*, en que se fincó responsabilidad internacional al Estado mexicano por violaciones a los derechos humanos por el homicidio de tres mujeres en Ciudad Juárez, se indicó que: "el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el "mejor ángulo" para la protección de la persona. Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 33.

tario es a la luz del bloque de constitucionalidad, por lo que se hace una interconexión entre los conceptos contruidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, con los confeccionados bajo en ámbito convencional, así como jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, todos relacionados con la materia tributaria. También es cierto que la reforma constitucional no sólo implica la invocación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino también el control difuso que tendrán que ejercer los órganos jurisdiccionales, por lo que concebimos que no se puede banalizar esta reforma, pues implica un cambio radical dentro de nuestro sistema jurídico y, en particular, de nuestro sistema tributario mexicano.

No debemos olvidar que la Suprema Corte de Justicia ha sido bastante conservadora en sus posturas en materia tributaria, y un claro ejemplo, fue la controvertida resolución de los Amparos en Revisión que declaró la constitucionalidad del Impuesto Empresarial a Tasa Única (en adelante "IETU"), en donde la Suprema Corte no quiso alterar la cuestión presupuestaria del Estado, pues en caso de haber declarado inconstitucional el impuesto, por los efectos propios del juicio de amparo, debió haber ordenado a la autoridad competente la devolución del impuesto declarado inconstitucional, lo que significa que debió haberseles regresado el impuesto a cerca de veintiocho mil personas que interpusieron juicio de amparo en contra del IETU. También es importante apuntar que al menos en materia de derechos de los contribuyentes no se ha invocado ningún tratado internacional en materia de derechos humanos, sin embargo, si tenemos resoluciones ejemplares que si han emitido su criterio jurisdiccional con base en la norma convencional, como es en los casos de consultas tributarias, acceso a la justicia,⁴ y responsabilidad patrimonial del Estado.⁵

Bajo esta lógica debemos hacer una inmersión en el contexto internacional de los derechos humanos, pues la reforma ha hecho un trasplante de algunas figuras que no están contempladas en nuestro sistema jurídico. De tal manera, que en primer lugar se hará un diagnóstico del artículo 31 fracción IV de la Constitución, el cual como hemos señalado, es la base de los derechos humanos de los contribuyentes, que como sabemos son proporcionalidad, equidad, legalidad y destino del gasto público. Para este estudio resulta conveniente señalar

⁴ Encontramos en la resolución del Amparo Directo en Revisión 1784/2009, (Sentencia Definitiva del 4 de noviembre de 2009) de la Segunda Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que el quejoso dota de contenido a este derecho haciendo una interpretación conforme al artículo 17 de la Constitución Federal y al artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112247>> (3 de julio de 2013).

⁵ Tesis Aislada. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009. Pág. 454. Reg. IU.S. 166301.

que en la tradición jurídica mexicana es procedente el Juicio de Amparo contra actos legislativos en materia tributaria que vulneren derechos humanos de los contribuyentes,⁶ ya que los principios materiales de justicia tributaria están contemplados en el artículo 31 fracción IV⁷ de la Constitución, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial y la doctrina nacional son derechos humanos. En un comienzo esto no era así, sino que se debió a una primera interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que los ministros y principalmente el ministro Ignacio L. Vallarta⁸ consideró que el único poder legitimado para interpretar las normas tributarias era el legislativo por deferencia y por respeto a la división de poderes. El punto de inflexión fue en 1925 con el caso de Maclovio Maldonado⁹ que admitió el juicio de garantías en virtud del impuesto ruinoso y exorbitante, y la Segunda Sala de la SCJN siguió este sano criterio en 1937¹⁰ y 1940.¹¹ Sin embargo, la SCJN volvió a cambiar su criterio en varias ocasiones y no fue sino hasta entrados los sesentas¹² cuando definitivamente se admitió la procedencia del juicio de amparo contra leyes impositivas. Y a partir de entonces, se ha decantado una copiosa jurisprudencia en esta materia, que se ha enriquecido con

⁶ Algún autor sostiene que en realidad del Juicio de Amparo Fiscal no es otra cosa que un proceso de lo contencioso administrativo. Castro y Castro V. Juventino: *El polémico amparo fiscal*, México: Edición Privada, 2009, p. 12.

⁷ La fracción IV del artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sanciona que los mexicanos tienen obligación de contribuir a los gastos públicos de conformidad con las leyes de su lugar de residencia, de forma proporcional y equitativa. El análisis jurisprudencial y doctrinal ha sido controvertido, en primer término que porque no se encuentra físicamente ubicado dentro de la parte dogmática de la Constitución Federal, sino en la orgánica. Dicha interpretación ha sido cuestionada por algunos autores. Ver: Castro y Castro V. Juventino: *El polémico amparo fiscal*, México: Edición Privada, 2009, p. 13. Considero que es de lamentar que juristas, entre ellos algunos ministros, sostengan que el artículo 31 fracciones IV constitucional no consagra ninguna garantía en sí misma, en mi opinión esto se debe a la ignorancia de la vasta y profusa doctrina sobre los principios materiales de justicia tributaria. Estas garantías protegen el patrimonio y la libertad del individuo. Además, que en la época del ministro Ignacio L. Vallarta, siguiendo la tesis de la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, principalmente la postura del presidente de aquella *John Marshall*, sostenía que la autoridad legitimada para interpretar las normas de contenido tributario era el legislativo (salvo en supuestos excepcionales de gravedad) y no así el jurisdiccional, toda vez que los ciudadanos otorgaban su voto de confianza en el legislador para imponerles contribuciones. Y en todo caso, si imponían impuestos ruinosos, la oposición vendría dada en la no reelección de sus representantes ante el Congreso de la Unión. Para una mayor referencia sobre la evolución del juicio de amparo en materia tributaria véase: Ríos Granados Gabriela: *El control de proporcionalidad en el Derecho tributario mexicano*, México: Porrúa, en prensa; Góngora Pimentel Genaro David: *La lucha por el amparo fiscal*, México: Porrúa, 2007; García Bueno Marco César: *El principio de capacidad contributiva a la luz de la jurisprudencia y doctrina Española e Italiana*, México: TFJA, 2002.

⁸ Vallarta Ignacio L.: *Obras*, tomo II, México: Porrúa, 1989, pp. 31 y ss.

⁹ Tesis Aislada. IMPUESTOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Pleno, t. XVII, p. 1014. Reg. IUS. 810759.

¹⁰ Tesis Aislada. IMPUESTOS, PROPORCION Y EQUIDAD DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. LI, p. 333. Reg. IUS. 333175.

¹¹ Tesis Aislada. IMPUESTOS, FACULTADES DEL PODER JUDICIAL PARA INTERVENIR EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. LXV, p. 3830. Reg. IUS. 329118.

¹² Con la jurisprudencia sentada por el Pleno de la SCJN en 1962 finalmente adquirió carta de naturaleza garantista el artículo 31 fracción IV de la Constitución Federal, lo que permitió al contribuyente acudir a juicio de garantías para la impugnación de leyes tributarias. Pleno de la Suprema Corte, en tesis de jurisprudencia intitulada: Impuestos, equidad y proporcionalidad de los, *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1995, tomo I, Parte HO, tesis número 385, p. 357.

la incorporación de los medios de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, tanto por la acción de inconstitucionalidad como la controversia constitucional.

Hay varias cuestiones que han causado controversia en el tema del juicio de amparo fiscal. Por una parte, los abogados postulantes han sostenido que los criterios jurisprudenciales no han formado una dogmática tributaria jurisprudencial,¹³ pues ha sido inconsistente en varias de sus resoluciones, por ejemplo, en el tema de la extrafiscalidad, tanto el Pleno, la Primera y la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han convalidado el trato inequitativo entre contribuyentes con base en fines extrafiscales, aunque estos fines extrafiscales no se fundamenten en algún derecho humano consagrado en nuestra Constitución Federal; o bien, que estos fines extrafiscales no hayan sido plenamente motivados en el debate parlamentario.

Por otro lado, la autoridad hacendaria ha sostenido que existe un abuso del empleo del juicio de amparo por parte de los abogados fiscalistas.¹⁴ Así, en reiteradas ocasiones se ha citado el informe de labores de 2007 del ministro José Ramón Cossío Díaz de la Primera Sala de la SCJN, el cual destaca que la mayoría de asuntos que conoce dicha Sala han sido en materia tributaria, no obstante, no sea esa lo habitual.¹⁵ En todo caso estos acuerdos fueron motivados por el cúmulo de asuntos en materia tributaria.

Además, otro dato relevante para la Autoridad son los efectos retroactivos y devolutivos de la sentencia de amparo, ya que si se declara inconstitucional una ley tributaria, el efecto de la misma será retroactivo por la propia naturaleza del juicio de amparo de restituir al quejoso el daño causado al bien jurídico protegido. Esto implica que la autoridad hacendaria deberá devolver un impuesto declarado inconstitucional.¹⁶ Lo que al final del día no puede soportar

¹³ Así lo han denunciado Elizondo Mayer-Serra Carlos, Pérez de Acha Luis Manuel: "Separación de poderes y garantías individuales: La Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes", en *Cuestiones Constitucionales*, número, 14, enero-junio, 2006, p. 103, en su trabajo citan varias tesis y jurisprudencias ilustrativas de la inconsistencia de los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia impositiva; En el caso de Luis Manuel Pérez De Acha, esta postura fue defendida en su tesis de grado doctoral intitulada: *La justicia fiscal: una referencia a la equidad tributaria*, México: UNAM, 2008. García Bueno Marco César: *El principio de capacidad contributiva a la luz de la jurisprudencia y doctrina Española e Italiana, supra* nota 8. Dicho autor analiza la capacidad contributiva a la luz de la jurisprudencia mexicana.

¹⁴ También lo han manifestado así Elizondo Mayer-Serra Carlos, Pérez de Acha Luis Manuel. *Cuestiones Constitucionales, Ibidem*, p. 126.

¹⁵ La competencia de los Amparos en Revisión en materia administrativa de la Primera Sala se debe a dos acuerdos plenarios, el 9/2006 (Punto Quinto; publicado en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, p. 1409); y el 6/2007. Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el miércoles 7 de marzo de 2007.

¹⁶ Este argumento pragmático presupuestal ha sido criticado por la más cualificada doctrina jurídica tributaria del Derecho español. Checa González Clemente manifiesta: "que es difícilmente defendible desde una óptica estrictamente jurídica, pues con este medio de ocasionar una catástrofe presupuestaria se origina un déficit del control constitucional tributario, aparte de ello, no parece que la jurisprudencia prospectiva tenga mucho sentido en un

el erario público del Estado,¹⁷ otro ejemplo, se advierte en el año 2008 cuando se interpusieron alrededor de veintiocho mil juicios de amparo contra el Impuesto Especial a Tasa Única que entró en vigor en dicho año, para lo cual se debieron haber creado dos Juzgados de Distrito Especializados para el estudio de dichos juicios.

Es así, que el juicio de amparo en materia tributaria ha mantenido inconformes tanto a los abogados fiscalistas como a la autoridad hacendaria, por lo que a principios de 2009 se sometió a dictamen en la Cámara de Diputados una propuesta de reforma al artículo 107 Constitucional, en la que en términos generales propone que las sentencias dictadas en el juicio de amparo en materia tributaria tengan efectos *erga omnes* y eficacia prospectiva o *ex nunc*.¹⁸ Esto último significa que ya no habrá devolución de contribuciones por la declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria; contrario a lo que en el tradicional juicio de amparo se ha considerado como principios, tales como el de la relatividad de las sentencias y el agravio personal y directo. Sin embargo, para fortuna de los contribuyentes el proyecto de ley de la nueva Ley de Amparo no se modificó en materia tributaria y permaneció intacto este tema. Ahora bien, lo expuesto es un diagnóstico sobre la situación del juicio de amparo contra leyes tributarias. Lo que nos ayuda a enriquecer este comentario, pues sería prácticamente imposible glosar el *mare magnum* de criterios jurisprudenciales que ha emitido el órgano jurisdiccional, en este sentido, solo analizamos las más representativas de cada uno de los derechos humanos de los contribuyentes, y que por su trascendencia han ido perfilado el contenido de los derechos consagrados en el artículo 31 fracción IV constitucional.

ordenamiento en que la Constitución, más que un conjunto de principios orientadores de la función legislativa ordinaria, es una norma, la primera norma del ordenamiento, por lo que, en suma, una norma posterior que tenga contenido contrario a la Constitución no puede coexistir con ella, en términos puramente lógicos", El citado autor hace su buen juicio jurídico en apoyo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que con regularidad sus sentencias tienen efectos retroactivos, y cita la sentencia de 11 de agosto de 1995 *Rodgers BV, asuntos acumulados C-367 a 377/93*, en donde respecto de la cuestión presupuestaria el Tribunal indicó que si el Tribunal tuviese que atender a esta circunstancia "las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son estas las que pueden entrañarlas consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros. Además, limitar los efectos de una sentencia basándose únicamente en este tipo de consideraciones redundaría en un menoscabo sustancial de la protección jurisdiccional que los derechos de los contribuyentes obtienen de la normativa fiscal." Checa González Clemente, La responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley", *Revista Jus et Praxis*, año 10, núm. 45, p. 61 Esta postura contrasta radicalmente con la opinión de Elizondo Mayer-Serra Carlos, Pérez de Acha Luis Manuel, quienes afirman que esto ha permitido al Tribunal Constitucional español ser más audaz al momento de resolver los asuntos tributarios, al verse menos condicionado por las secuencias de sus sentencias. Además, estos autores también apuestan por el argumento presupuestal del Estado, olvidando totalmente los derechos fundamentales de los contribuyentes, *supra* nota 14, págs. 121 y 128.

¹⁷ Ante medios de comunicación y en eventos académicos el Procurador Fiscal de la Federación Javier Laynez ha manifestado que la devolución de los impuestos por leyes declaradas inconstitucionales pone en riesgo 346 mil 377 millones de pesos involucrados por los juicios de amparo y que generan un incentivo perverso para el gremio de los abogados fiscalistas. Evento del 18 de agosto de 2009 en el Senado de la República.

¹⁸ Cuestión que ha sido altamente criticada por el foro mexicano. Véase el trabajo de Calvo Nicolau Enrique y Carl Koller Lucio. *Réplica a los argumentos de la procuraduría fiscal de la federación para justificar la reforma al artículo 107 constitucional*. Réplica a la Procuraduría Fiscal de la Federación de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, agosto, 2009, p. 2.

II. Capacidad contributiva

En líneas arriba hemos manifestado que se ha decantado una copiosa jurisprudencia sobre la capacidad contributiva, pero no ha sido consistente en algunas ocasiones, en nuestro diagnóstico únicamente se destacan los criterios que a nuestro juicio han dado contenido y límites a la capacidad contributiva. Es así, que se debe apuntar que por vía jurisprudencial se introdujo este principio material de justicia fiscal de confección europea y que en las constituciones europeas se ha sancionado como principio de capacidad económica, de ahí que tengamos la primera distinción entre capacidad económica y contributiva, pero de alguna manera ha ido perfilando cómo se debe entender la proporcionalidad en el Derecho tributario mexicano. Recordemos que en un principio no había sido fácil darle contenido a la proporcionalidad y ni a la equidad sancionadas en el artículo 31 fracción IV,¹⁹ amén de que fue hasta la década de los setenta que se admitió definitivamente la procedencia del juicio de amparo, dejando atrás los vaivenes para conocer del juicio de amparo en esta materia. Y no podemos pasar por alto que hoy en día, la mayoría de los asuntos de los que conoce la SCJN se refieren al ámbito tributario, con el cual estamos del otro lado de la balanza de cuando se otorgó la procedencia del juicio de amparo en materia fiscal. Y esto ha dado lugar a multiplicidad de criterios en lo que concierne a los derechos humanos de los contribuyentes.

Al día de hoy podemos resumir que la capacidad contributiva es la potencialidad real de pagar contribuciones, esto significa que los sujetos pasivos deben aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades, rendimientos o la manifestación de la riqueza gravada²⁰

¹⁹ Es así que desde la séptima época la proporcionalidad y la equidad se han ido perfilando de la siguiente manera: "...la proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos". "El cumplimiento de este principio se realiza a través de tasas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior los de menores ingresos, estableciéndose, además, una diferencia congruente entre los diversos niveles de ingresos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera, debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula." (7a.) IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, Vol. 199-204, Primera Parte, p. 144. Reg. IUS. 232197

²⁰ Tesis. P/J. 10/2003 (9a.). PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. DEBE EXISTIR CONGRUENCIA ENTRE EL TRIBUTO Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS CAUSANTES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XVII, Mayo de 2003, p. 144. Reg. IUS. 184291.

esto de acuerdo con la jurisprudencia mexicana. De tal manera, que la doctrina mexicana la identificado como la real aptitud de pago de contribuciones. Y al igual que lo haya hecho la doctrina tributaria la jurisprudencia ha reconocido que la capacidad contributiva se configura de forma distinta de acuerdo con la naturaleza y características de cada contribución.²¹ Lo que significa que no tiene la misma incidencia en el impuesto, el derecho, la contribución de mejoras y la aportación de seguridad social.

También se ha indicado que el legislador tiene una amplia banda de configuración al definir las tasas y tarifas, sin embargo, su techo será la no confiscación y su piso el mínimo existencial.²² De esta manera, se ha introducido otro elemento importante en la discusión jurisprudencial que es el "derecho al mínimo vital o el derecho al mínimo existencial" y se ha considerado que "sin embargo, afirmar que todas las personas deben contribuir no implica que no habrá excepciones, ya que la causa que legitima la obligación tributaria es la existencia de capacidad idónea para tal fin, parámetro que debe entenderse vinculado con lo que se ha denominado "mínimo vital" o "mínimo existencial", y que se ha establecido en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como una garantía fundada en la dignidad humana, configurada como el requerimiento de que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática." Es así, que se ha reconocido que es el umbral de no tributación en todos los ingresos percibidos cotidianamente, en razón de las necesidades básicas o primordiales,²³ "sin que sea su pretensión que el legislador defina tal figura, sino que sólo se respete ese monto patrimonial, y sin que el tributo llegue a ser tan excesivo que implique una confiscación, de manera que el Poder Judicial de la Federación analice y califique si la norma respeta esos dos parámetros que se muestran como limitantes a la Potestad Tributaria".²⁴

En nuestra consideración el derecho al mínimo vital en el ámbito tributario, es el núcleo de la capacidad contributiva subjetiva, por lo que no deberá gravarse porque es el mínimo ingreso que obtiene para destinarlo a gastos necesarios e indispensables, como lo son la

²¹ Tesis, P. 44 (8a.). PROPORCIONALIDAD DE LAS CONTRIBUCIONES. DEBE DETERMINARSE ANALIZANDO LAS CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE CADA UNA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Octava Época, México, Pleno, t. IV, Primera Parte, Julio-Diciembre de 1989, p. 143. Reg. IUS. 205939.

²² Tesis Aislada. 1a. XCVIII/2007. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXV, Mayo de 2007, p. 792. Reg. IUS. 172546.

²³ Amparo en Revisión 2237/2009. (Sentencia Definitiva del 19 de septiembre de 2011). Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114032>> (3 de julio de 2013).

²⁴ Tesis Aislada. 1a. XCVIII/2007. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO, *supra* nota 23.

vivienda, salud, educación, alimentos. El derecho al mínimo vital se debe motivar en la dignidad humana y fundamentar en la norma convencional.

La jurisprudencia mexicana ha fundamentado este derecho en el artículo 31 fracción IV así como el primero de la Constitución. Ahora bien, lo interesante de las tesis aisladas referidas al mínimo vital es que motivan en la dignidad humana, pero desafortunadamente no se fundamentaron en alguna norma convencional, y lo deseable con esta nueva dimensión de los derechos humanos, es que además de fundamentarlo en los artículos 1o., 4o., 31 fracción IV y 123 de la Constitución Federal se haga de conformidad con el artículo 11²⁵ de la CADH; el artículo 34 inciso g²⁶ de la Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993; los artículos 6²⁷ párrafo 1 y 7²⁸ inciso a) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador (en adelante "Protocolo de San Salvador", ratificado por México el 16 de abril de 1996; y los artículos 7 incisos a), i) y ii),²⁹ 11³⁰ párrafos I y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC").

²⁵ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²⁶ El inciso g) establece: "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos".

²⁷ Artículo 6 párrafo 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

²⁸ Artículo 7.- Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

²⁹ Artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto.

³⁰ Artículo 11:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para ello.

Y como lo hemos expresado en otros trabajos, somos de la idea que el derecho al mínimo existencial se debe expandir a otras áreas como la referida al trabajo y a la seguridad social, y sobre este punto, debe imperar el no gravamen a pensionados, discusión que se ha puesto sobre la mesa en la Cámara de Diputados y en algunas resoluciones del órgano jurisdiccional, por lo que bajo el principio *persona* deberá aplicarse el artículo 9³¹ del Protocolo de San Salvador.

En este sentido, cabe aplicar como criterio orientador a la luz de lo resuelto en el asunto Rosendo Radilla, el caso Suárez Rosero vs Ecuador resuelto por la CortelDH, el 29 de mayo de 1999 sobre la interpretación de la Sentencia de Reparaciones, pues en dicha sentencia se planteó la cuestión si la generación de intereses y el destino que se dé a los montos por concepto de las indemnizaciones ordenadas a favor de la víctima y de sus familiares eran sujetas a gravamen con posterioridad a su pago.³² Lo que si quedaba claro es que las indemnizaciones estaban exentas de gravamen. Otra duda que se generó era sobre la exención para el pago ordenado a favor de los abogados de la víctima, pus el Ecuador manifestó desacuerdo con respecto a la exención ordenada por la Corte para el pago de las costas y los gastos, porque éstas serían el resultado del ejercicio profesional de los abogados de la víctima, el cual en su opinión, no se podría apartar de los impuestos generales de los demás profesionales del Ecuador. Sobre la primera cuestión Ecuador manifestó: "que el monto que esta Corte asignó (...) no está sujeto a tributo alguno al momento de su recepción, ni sujeto a ninguna retención por concepto de impuestos, pero que su uso y administración, así como la generación de intereses y el destino de los fondos, constituyen nuevos hechos generadores, que sí están y deben ser gravados, porque no devienen del producto de la asignación, sino de su uso y destino".³³

Sobre estos puntos la CortelDH resolvió: "Que los pagos ordenados por la Corte en la sentencia mencionada a favor de los señores Rafael Iván Suárez Rosero y Margarita Ramadán de Suárez se harán de forma íntegra y efectiva. Incumbe al Estado del Ecuador la obligación de aplicar los mecanismos necesarios para asegurar el cumplimiento de esta obligación de la manera más expedita y eficiente, en las condiciones y dentro del plazo establecidos en

³¹ Artículo 9. Derecho a la seguridad social.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependencias.

³² Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 55.

³³ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones*. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 5.

dicha sentencia y, particularmente, de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que la deducción legal que efectúan las entidades del sistema financiero ecuatoriano a las transacciones monetarias no menoscabará el derecho de los beneficiarios de disponer de la totalidad de los montos ordenados en su favor".³⁴ Bajo esta misma línea de argumentación la Corte ordenó al Estado que a favor de la menor de edad se colocará un fideicomiso y que dicho monto no será sujeto alguno de gravamen, ni retención alguna de impuestos; y por último, respecto al pago de los abogados de la víctima ordenó que deben recibir íntegra y efectiva el pago de las costas y los gastos ordenado por la Corte y que dicho monto no estará sujeto al momento del pago a deducción ni carga tributaria algunas.³⁵

Por otro lado, a partir de ahora como se podrá apreciar se ve enriquecida la fundamentación y la motivación en lo que respecta al derecho al mínimo existencial. En esta tónica el mínimo existencial se puede ampliar a un mínimo existencial familiar, como sucede en otras latitudes, obviamente, esto está dentro de las atribuciones del legislador, sin embargo, mediante interpretación judicial, se podrá ensanchar del mínimo existencial personal al familiar, con base en el artículo 17³⁶ de la CADH, así como el artículo 23 párrafo 1³⁷ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCYP") y el artículo 10³⁸ del PIDESC.

De acuerdo con el nuevo paradigma que se ha formado por el bloque de constitucionalidad constituido por tratados internacionales y jurisprudencia emanada por la CorteIDH, resulta relevante enlazar como lo hemos hecho líneas arriba, los artículos referentes a la dignidad humana, a los derechos económicos sociales, incluso los que hacen alusión a la no discriminación.

³⁴ *Ibidem*, párr. 12.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo

³⁷ Artículo 23 párrafo.1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

³⁸ Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

En resumen, los tratados internacionales sobre derechos humanos amplían la dimensión de los derechos de los contribuyentes, consideramos que el operador jurídico podrá nutrir y enriquecer los criterios referentes a la capacidad contributiva con base en estos tratados. Por lo que, es conveniente la aplicación de los artículos sancionados en las normas convencionales. En nuestra consideración, los artículos 11, 17 y 21 de la CADH perfectamente pueden abonar a la discusión jurisprudencial elementos que permitirán proteger la aptitud de pago de contribuciones del particular haciendo que se respete su dignidad, la protección de la familia y su propiedad privada.

III. Igualdad tributaria

La equidad o igualdad tributaria también ha merecido el estudio por parte del órgano jurisdiccional al desprenderse del artículo 31 fracción VI como lo hemos mencionado anteriormente. De esta manera, en reiterados criterios jurisprudenciales³⁹ se ha indicado que este derecho se refiere a que el legislador no dé un trato diferenciado a dos situaciones de hecho o presupuesto de hecho⁴⁰ que debió haberse regulado de la misma manera o con las mismas consecuencias jurídicas. En todo caso, este trato diferenciado siempre debe obedecer a finalidades avaladas por la Constitución, entre las que cabe mencionar las que derivan de la aplicación de fines extrafiscales,⁴¹ los cuales el legislador los confecciona como deducciones, exenciones o aminoraciones o reducciones en la tasa para modificar o incentivar el

³⁹ La equidad tributaria implica que las normas no den un trato diverso a situaciones análogas o uno igual a personas que están en situaciones dispares. Tesis P/J. 42/97 (9a.). EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DIS-PARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Junio de 1997, p. 36. Reg. IUS. 198402.

⁴⁰ Tesis Aislada. P. VII/2005. VALOR AGREGADO. LOS ARTÍCULOS 20.-A, FRACCIÓN I, INCISO I) Y 90., FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE EN 2003, AL DAR UN TRATO DIFERENCIADO A LOS EDITORES DE REVISTAS, LIBROS Y PERIÓDICOS QUE ENAJENAN DICHOS BIENES, VIOLAN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXI, p. 9. Reg. IUS. 178837. "Los citados preceptos, al generar una desigualdad de trato entre sujetos que realizan el mismo hecho imponible, es decir, la enajenación de las publicaciones que editan, sin que exista un motivo objetivo y razonable que lo justifique violan el principio de equidad tributaria contenido en el artículo 31 fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que si bien es cierto que el régimen de exención que respecto de la enajenación de revistas prevé el artículo 90., fracción III, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, vigente en 2003, y el de tasa 0% que en relación con la enajenación de libros y periódicos contempla el inciso i) de la fracción I del artículo 20.A del citado ordenamiento legal, tiene como fin común no impactar al consumidor final, también lo es que a sus efectos y consecuencias respecto de los editores de libros, periódicos y revistas son diversos, en tanto que la exención conlleva a la imposibilidad jurídica de acreditar el impuesto al valor agregado que le fue trasladado al producto o distribuidor al adquirir los insumos relaciones con la actividad exenta, con repercusiones directas en los costos de operación y, por ende, es evidente que al excluirse del aludido régimen especial de tasa 0% a los editores de revistas, éstos deberán absorber la respectiva carga impositiva, lo cual no acontece tratándose de editores de libros y periódicos, quienes al tener la obligación de enterar dicho tributo, gozan del beneficio referido, lo que deriva de un trato inequitativo, máxime si se considera que la comercialización de los mencionados productos es similar y que todos ellos comparten el fin de fomentar la actividad cultural por medio de la lectura."

⁴¹ Debemos recordar que dentro de los fines extrafiscales caben todos los que se fundamenten en cualquier derecho humano o política pública traducida en una ley o decreto Presidencial, es así que podemos hablar de beneficios

comportamiento del contribuyente, o al contrario, establece sobretasas o crea contribuciones con fines redistributivos. Sin embargo, desafortunadamente en algunas ocasiones el legislador no motiva objetiva y adecuadamente la extrafiscalidad en el debate parlamentario, lo significa que no hace un correcto juicio de razonabilidad, en lo que deriva en un trato diferenciado arbitrario,⁴² y ante esta situación los particulares interponen el juicio de garantías.

O bien, que el trato diferenciado derive de la medición de la capacidad contributiva, pues desde el plano doctrinal la capacidad contributiva será el parámetro o basamento para aplicar la igualdad tributaria. Y como lo hemos señalado en otros trabajos, "la igualdad es un criterio de la distribución de las cargas tributarias con apego a la aptitud económica real en la que el sujeto se encuentra. El legislador cumple con dicho principio evaluando la situación personal y familiar del contribuyente, y discrimina en beneficio de quienes por sus circunstancias están imposibilitados para cumplir con la obligación tributaria en la misma medida. Los ingresos de uno u otro contribuyente podrán ser similares o idénticos en su cuantía, pero si las condiciones personales y familiares los distinguen, el tributo también debe distinguir. El vínculo entre el principio de capacidad contributiva, y aquel otro es difícil de romper. Por medio de este último principio adquieren relevancia los elementos cualitativos de la riqueza como base de gravamen, evitando que el impuesto –caso específico– o el tributo –en su generalidad– se rijan exclusivamente por aspectos de contenido cuantitativo".⁴³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar si es constitucional ese trato diferenciado acude a un control de proporcionalidad para saber si ese trato desigual es idóneo o congruente, necesario y proporcional con el fin que se persigue,⁴⁴ toda vez que median-

extrafiscales para proteger el medio ambiente, o exenciones extrafiscales para proteger a grupos vulnerables. Para un mayor estudio ver: Ríos Granados, Gabriela. *Control de Proporcionalidad*. México: Porrúa, 2009.

⁴² Giménez Glück, D. *El juicio de igualdad y el Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 32 y 33.

⁴³ García Bueno, Marco C. y Ríos Granados, Gabriela. Alcance de los principios materiales de justicia tributaria en el sistema tributario mexicano: la capacidad contributiva, la igualdad y la proporcionalidad tributaria, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. En: *Estudios Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coord.), México: UNAM-Marcial Pons, 2008, p. 457.

⁴⁴ Tesis 1a./J. 55/2006 (9a.). IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso constitucionalmente exigido. En este tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa

te esta existe una colisión de derechos humanos. En recientes fechas, nuestra Suprema Corte en el estudio de la constitucionalidad del trato diferenciado ha introducido un elemento del derecho colombiano y se conoce como *la doctrina del escrutinio no estricto*, y las características principales de esta teoría son las siguientes: 1) El escrutinio no estricto se refiere al examen no riguroso por parte del órgano jurisdiccional sobre la igualdad que no derive del artículo 1o. de la Constitución Federal, dicho de otra manera, el órgano jurisdiccional hará un estudio profundo sobre las razones que tuvo el legislador para establecer un trato diferenciado siempre y cuando se refiera a "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", pues existe una prohibición expresa para realizar este tipo de discriminaciones, lo que ha interpretado la Suprema Corte es que se refiere a una relevante protección o tutela particular a no ser discriminado por los motivos enunciados en el artículo 1o. Constitucional.⁴⁵ 2) Respecto al escrutinio estricto el juzgador exigirá al legislador razones fuertes y precisas, es decir, sólidas argumentaciones en las cuales exprese los motivos que le llevaron a establecer la medida legislativa que vulnera el principio de igualdad derivado del artículo 1o. constitucional. 3) De esta manera, se presentan diversas intensidades de escrutinio o examen,⁴⁶ desde la débil hasta la fuerte con el objetivo de no vulnerar la libertad del legislador en la configuración de la norma. 4) Es así, que la igualdad tributaria merecerá un escrutinio no estricto de

obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

⁴⁵ Tesis. 1a./J. 37/2008 (9a.). IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO Estricto DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.

⁴⁶ Tesis Aislada. 1a. CII/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, Septiembre de 2010, p. 185. Reg. IUS. 163766.

acuerdo con esta metodología.⁴⁷ 4) Y al hilo de esta argumentación nace el tema de la "motivación reforzada",⁴⁸ que no es sino otra cosa que el legislador cuando altera derechos humanos o bienes considerados relevantes por la Constitución, deberá razonar si los fines que persigue con la medida legislativa empleada están de acuerdo con la Constitución. 5) En todo caso, el juzgador podrá analizar si el trato desigual o discriminatorio vulnera derechos fundamentales⁴⁹ o existen categorías sospechosas,⁵⁰ esto con el ánimo de aplicar el escrutinio intenso.

Por último, es un hecho, que en criterios jurisprudenciales sobre igualdad tributaria no se han aplicado tratados internacionales sobre derechos humanos, no obstante, si se han aplicado doctrinas nacidas en el derecho comparado, como es la expuesta sobre el "escrutinio no escrito", y al respecto, somos de la idea que también debe aplicarse el escrutinio estricto en el tema de la igualdad tributaria, pues como hemos expresado anteriormente, la igualdad se basa en la capacidad contributiva, y si el legislador hace distinciones es precisamente para gravar idóneamente la real aptitud de contribuciones. Por lo que, conviene invocar frente a estos criterios, las Convenciones de Derechos Humanos que resguardan la igualdad, y que prospectivamente deberán aplicar los operadores jurídicos, como es el artículo 24⁵¹ de la CADH; el artículo 26⁵² del PIDCYP; y los artículos aplicables al caso concreto sancionados en las siguientes convenciones: Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ONU, Nueva York, E. U. A., 7 de marzo de 1966); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, (OEA, Guatemala, 7 de junio de 1999).

⁴⁷ Tesis. 1a./J. 84/2006 (9a.). ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.

⁴⁸ Tesis. P./J.120/2009 (9a.). MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXX, Diciembre de 2009, p. 1255. Reg. IUS. 165745.

⁴⁹ Tesis Aislada. 1a. CIII/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, Septiembre de 2010, p.184. Reg. IUS. 163767.

⁵⁰ Tesis Aislada. 1a. CIV/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183. Reg. IUS. 163768.

⁵¹ "Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

⁵² Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

IV. Reserva de ley en materia tributaria

Sobre este tema hemos visto que algunas legislaturas de las Entidades Federativas dejan al amparo de los Ayuntamientos u otras organizaciones no gubernamentales los elementos que cuantifican el pago de impuestos⁵³ o derechos,⁵⁴ ante esta circunstancia los órganos jurisdiccionales han declarado inconstitucionales los artículos que sancionan esta delegación indebida de facultades reservadas al legislador por mandato del artículo 31 fracción IV.⁵⁵ Por otro lado, la situación que se ha mencionado respecto a la capacidad contributiva y a la igualdad tributaria se repite en materia de reserva de ley o legalidad tributaria, pues desafortunadamente no se ha hecho una interpretación conforme a tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero es importante apuntar que tiene perfecta aplicación el artículo 9⁵⁶ de la CADH.

Sobre la sujeción de las exenciones al principio de reserva de ley, cabe citar el argumento del Estado Ecuatoriano dentro del *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* en la Interpretación de la Sentencia de Reparaciones de la CortelDH, pues expresó lo siguiente: "b) La Corte al establecer que los pagos estarán exentos de cualquier impuesto o gravamen existente o que llegare a decretarse en el futuro está estableciendo una exención y según el ordenamiento jurídico interno las exenciones sólo pueden ser creadas por ley y no por medio de una sentencia

⁵³ Tesis. P/J. 20/97 (9a.). VALOR Y MEJORÍA ESPECÍFICA DE LA PROPIEDAD, IMPUESTO SOBRE EL AUMENTO DE EL ARTÍCULO 6o. DEL DECRETO 208 DE LA LEGISLATURA DE NUEVO LEÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, México, Pleno, t. V, Marzo de 1997, p. 64. Reg. IUS. 199232. En el mismo sentido: Tesis Aislada. II.A.56 A. RADICACIÓN IMPUESTO SOBRE EL ARTÍCULO 83 BIS-H DE LA LEY DE HACIENDA MUNICIPAL DEL ESTADO DE MÉXICO, VIGENTE EN 1993, VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 31 FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. 76, Abril de 1994, p. 14. Reg. IUS. 194469.

⁵⁴ Tesis Aislada. 2a. LXXXII/2000. AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL ESTADO DE QUINTANA ROO. EL ARTÍCULO 9o. DEL DECRETO 31, PUBLICADO EL VEINTINUEVE DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO, QUE FACULTA A LA COMISIÓN CORRESPONDIENTE PARA CELEBRAR CONVENIOS EN LOS QUE SE DÉ UN TRATO ESPECIAL A UNOS CONTRIBUYENTES Y PARA CREAR DISCRECIONALMENTE NUEVAS CATEGORÍAS ES VIOLATORIO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XII, Agosto de 2000, p. 359. Reg. IUS. 191342.

⁵⁵ Tesis Aislada. P. LXXXVIII/97. IMPUESTO PREDIAL, SON INCONSTITUCIONALES LAS LEYES QUE FACULTAN A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS ACTUALIZAR, POR MEDIO DE TABLAS DE VALORES CATASTRALES, LA BASE GRAVABLE DEL TRIBUTO. (LEGISLACIÓN DE SINALOA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Mayo de 1997, p. 165. Reg. IUS. 198708. En este mismo sentido: Tesis Aislada. Tesis: 2a. CXLI/99. CONTRIBUCIONES MUNICIPALES. LOS AYUNTAMIENTOS CARECEN DE FACULTADES PARA ESTABLECER CUALQUIERA DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES (ACTA DE SESIÓN DE CABILDO DE 25 DE ENERO DE 1997 DEL AYUNTAMIENTO DE VALLE DE BRAVO). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Segunda Sala, t. X, Diciembre de 1999, p. 404. Reg. IUS. 192804.

⁵⁶ 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.

extranjera. C) De igual manera existe un principio de reserva de ley en materia tributaria que lo recoge el Código Tributario Ecuatoriano en su art. 3, que establece que la facultad de establecer, modificar o extinguir tributos es exclusiva del Estado, mediante Ley, en consecuencia, no hay tributo sin Ley". Al respecto, la Corte falló: "como parte de la justa indemnización a que se hace referencia el artículo 63.1 de la Convención, es tanto "equitativo" como "razonable" que los abogados de la víctima reciban dichas cantidades en forma íntegra y efectiva. Si el Estado dedujese algún porcentaje de estas cantidades por concepto de gravámenes, el monto recibido por los abogados no será el mismo que aquél sobre el cual la Corte emitió pronunciamiento. Por lo tanto, en la hipótesis mencionada, no se estaría dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de reparaciones".⁵⁷

V. Destino del gasto público

Por fortuna el destino al gasto público es considerado una garantía constitucional diversa a las sancionadas en el artículo 31 fracción IV. No obstante, no ha tenido el mismo desarrollo jurisprudencial que las otras garantías en materia tributaria, sin embargo, podemos destacar algunas características que se han establecido jurisprudencialmente. Desde la quinta época se estableció que los impuestos con destino específico son constitucionales.⁵⁸ En otras tesis, se ha sostenido que el subsidio es considerado dentro del presupuesto del gasto público del Estado cuando se refiera a subsidiar la importación de los artículos necesarios para la vida del pueblo, lo cual es de interés general.⁵⁹ En la séptima época se reitera que: "El señalamiento de que con los impuestos deban cubrirse los gastos públicos, no constituye una prohibición para que los tributos se destinen desde su origen, por disposición de las legislaturas, a cubrir un gasto en especial, siempre que éste sea en beneficio de la colectividad. Si alguna prohibición contiene el precepto, no es otra que la de que los impuestos se destinen a fines diferentes a los del gasto público".⁶⁰

En reiteradas tesis se sostiene que es constitucional etiquetar los ingresos a un fin determinado, pudiendo darse el caso de que ese fin sea extrafiscal, es decir, aunque genere recursos como un impuesto redistributivo o un derecho tiene una finalidad distinta a la recaudación *per se*, esto es, incentivar cambio de comportamientos.⁶¹ O bien, que no tenga un fin extra-

⁵⁷ CortelDH. Suarez Rosero Vs. Ecuador, *supra* nota 34, párr. 41.

⁵⁸ Tesis Aislada. SERVICIO TELEFONICO, IMPUESTO SOBRE INGRESOS POR. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. CXXIX, p. 525.Reg. IUS. 316203.

⁵⁹ Tesis Aislada. IMPUESTO AD VALOREM. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. CX, p. 115. Reg. IUS. 319118.

⁶⁰ IMPUESTOS, GASTO PUBLICO ESPECIAL A QUE SE DESTINEN LOS. NO HAY VIOLACION AL ARTICULO 31 CONSTITUCIONAL, FRACCION IV. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México, Pleno, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 244 Reg. IUS. 232355.

⁶¹ Tesis Aislada. IMPUESTO, NO ES INCONSTITUCIONAL LA LEY QUE FIJA EL DESTINO DEL. (DECRETO NUMERO 293, DE 17 DE JUNIO DE 1967, QUE CREA UN IMPUESTO ADICIONAL DESTINADO AL SOSTENIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD

fiscal⁶² y sea destinado a un gasto especial como el referido al sufragar los gastos del Instituto Mexicano del Seguro Social, tal como se puede apreciar a continuación: "Los ingresos que por virtud de tales aportaciones se recaudan, son para sufragar el gasto público, en tanto se destinan a la satisfacción atribuida al Estado de una necesidad colectiva y quedan comprendidos dentro de la definición que de tal concepto da la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y si bien pasan a formar parte del patrimonio del organismo descentralizado, no se funden con el resto de los ingresos presupuestarios por destinarse a un gasto especial determinado en la ley que los instituye y regula, lo que se deriva de su naturaleza que responde a una obligación de carácter laboral pero que para prestarse con mayor eficacia y solidaridad ha pasado al Estado a través del Instituto Mexicano del Seguro Social. Lo anterior no quita a los capitales constitutivos su destino al gasto público, pues nuestra Constitución no prohíbe que las contribuciones se apliquen a un gasto público especial, sino a un fin particular. Consecuentemente, si tales capitales constitutivos tienen naturaleza fiscal, es decir, son contribuciones en términos de lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, constitucional, los mismos están sujetos al requisito de equidad que en tal precepto se establece".⁶³

También se ha establecido en tesis aisladas la distribución equitativa del gasto público tal como puede apreciarse a continuación: "Así, no debe soslayarse que la progresividad del sistema tributario y su intrínseca justicia pueden garantizarse si éste resulta coherente e integrado con el gasto público, que debe dirigirse a satisfacer las prioridades que le asigna la CPEUM, tendente a lograr una igualdad de hecho. En tal virtud, la desigualdad cualitativa indispensable para cumplir con el principio constitucional de proporcionalidad tributaria, es la que se realiza mediante la progresividad global del sistema fiscal en que se alienta la aspiración a la redistribución de la renta, propósito que puede conseguirse a través de la tributación diferenciada, y también mediante el reparto diferenciado del gasto público, atendiendo a las necesidades sociales que el texto constitucional reconozca".⁶⁴

DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México, Pleno, Vol. 36, Primera Parte, p. 17. Reg. IUS. 233524.

⁶² Tesis 1a./J. 46/2005 (9a.). FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXI, Mayo de 2005, p. 157. Reg. IUS. 178454.

⁶³ Tesis Aislada. P. XXII/94. SEGURO SOCIAL, LEY DEL. LOS CAPITALS CONSTITUTIVOS TIENEN EL CARACTER DE CONTRIBUCIONES AUNQUE DIVERSAS A LOS IMPUESTOS, DERECHOS Y CONTRIBUCIONES DE MEJORAS Y DEBEN CUMPLIR CON EL REQUISITO DE EQUIDAD DE ACUERDO CON SU NATURALEZA ESPECIFICA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época. México, Pleno, Núm. 77, Mayo de 1994, p. 43. Reg. IUS. 205477.

⁶⁴ Tesis Aislada. 1a. CCXLIX/2007. PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. LA PROGRESIVIDAD COMO CRITERIO PROPIO DE DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NO SE LIMITA AL ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN, SINO QUE TAMBIÉN PUEDE INCLUIR JUICIOS EN TORNO AL REPARTO DIFERENCIADO DEL GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVI, Diciembre de 2007, p. 144. Reg. IUS. 170651.

En la elaboración de este derecho fundamental se ha ido avanzado, pues de algunas tesis aisladas se puede derivar que se incorpora la teoría *follow de money*, de tal manera, que se vincula el incremento del impuesto con programas específicos de combate a la pobreza, esto un caso inusual en nuestro sistema tributario.⁶⁵ Y en algunas otras, se comienza a hacer referencia al tema de la transparencia en los recursos públicos con el ánimo de fortalecer la rendición de cuentas en el manejo y administración de los recursos públicos y con el objeto de garantizar a los ciudadanos que los recursos recibidos por el Estado se destinan a los fines para los cuales fueron recaudados.⁶⁶

Por otro lado, es necesario indicar que la doctrina tributaria latinoamericana ha aceptado paulatinamente la importante trascendencia que tiene el gasto público para alcanzar la distribución de la riqueza, así como otros fines constitucionalmente legitimados, como el gasto público social, de tal modo que se ha ido confeccionando un gasto "focalizado" hacia los sectores más débiles y marginados de las poblaciones latinoamericanas.⁶⁷ Y de alguna manera se ha reconocido esta función en algunas tesis jurisprudenciales, tal como se aprecia en la siguiente tesis: "De las opiniones doctrinarias, se infiere que el concepto de "gasto público", tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo, por cuanto el importe de las contribuciones recaudadas se destina a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales, o a los servicios públicos; así, el concepto material de "gasto público" estriba en el destino de la recaudación que el Estado debe garantizar en beneficio de la colectividad".⁶⁸ En otra de reciente hechura: "La propiedad tiene una función social que conlleva responsabilidades, entre las cuales destaca el deber social de contribuir al gasto público, a fin de que se satisfagan las necesidades colectivas o los objetivos inherentes a la utilidad pública o a un interés social, por lo que la obligación de contribuir es un deber de solidaridad con los menos favorecidos".⁶⁹

⁶⁵ Tesis. P./J. 106/2010 (9a.). RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SU EJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXXII, Noviembre de 2010, p. 1211. Reg. IUS. 163442.

⁶⁶ Tesis Aislada. 1a. CXLVIII/2011. VALOR AGREGADO. EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DERIVÓ EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 10., SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, ESTÁ DEBIDAMENTE JUSTIFICADO Y NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DESTINO AL GASTO PÚBLICO (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL EL 7 DE DICIEMBRE DE 2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 231. Reg. IUS. 161154.

⁶⁷ Restrepo, Juan Camilo: La nueva fisonomía jurídica del concepto de "gasto público" en Latinoamérica, en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*. Tomo I, García Novoa César, Hoyos Jiménez Catalina, Madrid; Marcial Pons, 2008, p. 543.

⁶⁸ Tesis Aislada. 2a. IX/2005. GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXI, Enero de 2005; p. 605. Reg. IUS. 179575.

⁶⁹ Tesis 1a./J. 65/2009 (9a.). OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Julio de 2009, p. 284. Reg. IUS. 166907.

El concepto de ingresos tributarios con destinación específica permitirán alcanzar y proteger algunos derechos humanos que hasta la fecha han sido poco judicializables, y al mismo tiempo permitirán transparentar el gasto y con ello permitir una rendición de cuentas a los contribuyentes. En este sentido, cabe aplicar las siguientes artículos de las convenciones internacionales: los artículos 11⁷⁰ sobre el derecho a un medio ambiente sano del Protocolo de San Salvador, 14 sobre el derecho a los beneficios de la cultura;⁷¹ de la CADH, el artículo 26 sobre desarrollo progresivo;⁷² del PIDESC los artículos 2⁷³ y 3.⁷⁴ Además, de los artículos aquí enunciados perfectamente pueden aplicarse las siguientes declaraciones: Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social (11 de diciembre de 1969); la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (16 de junio de 1972); Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (16 de noviembre de 1974); Declaración sobre la utilización del Progreso Científico y Tecnológico en interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad (10 de noviembre 1975); y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (4 de diciembre de 1986).

Como se podrá apreciar el desarrollo este derecho ha sido muy limitado, sin embargo, consideramos que este derecho humano puede alcanzar otra dimensión con base en la interpretación conforme sobre todo aquellos tratados internacionales que salvaguardan los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el engarzamiento entre el destino del gasto público y los derechos económicos, sociales y culturales se debe citar una valiosa experiencia en nuestro ámbito jurisdiccional, pues que ha permitido hacer efectivos algunos derechos

⁷⁰ Artículo 11.- Derecho a un medio ambiente sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

⁷¹ Artículo 14. Derecho a los beneficios de la cultura.

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona: a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán ciencia, la cultura y el arte.

⁷² Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁷³ Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

⁷⁴ Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres ya las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

donde existe la obligación del Estado de dar y proporcionar bienes y servicios de calidad, como fue el Juicio de Amparo Administrativo 1157/2007-II donde el Juez Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero resolvió el juicio de amparo a favor de los miembros de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Estado de Guerrero, por violación de su derecho a la salud, pues la comunidad de 321 habitantes no contaba con un establecimiento adecuado para proporcionar la atención médica.⁷⁵

Es así, que bajo esta nueva óptica las resoluciones judiciales deben construir este derecho constitucional y la doctrina⁷⁶ ha reconocido el papel reconfigurador de los tratados internacionales en el ámbito de las relaciones entre el Poder Judicial y Legislador.

VI. Derechos transversales

1. Responsabilidad patrimonial del Estado

Una vez hecho el diagnóstico y la prospectiva de los derechos humanos de los contribuyentes, en este apartado analizamos algunas tesis jurisprudenciales que han interpretado algún derecho con base en tratados internacionales, es así que en el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz, se establecieron varias tesis aisladas con ocasión del Amparo en Revisión 75/2009⁷⁷ sobre la medición del daño moral derivado de la responsabilidad patrimonial del Estado. En la resolución del Amparo en Revisión 75/2009 que declaró inconstitucional el párrafo II del artículo 14 de la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, además realizar un juicio de ponderación, se aplicaron tratados internacionales. En este tema, de acuerdo con la parte quejosa el "límite máximo que establece los montos indemnizatorios a que puede ser condenado el Estado por daño moral viola el derecho subyacente a la figura sobre el cual se establece dicho límite: el derecho a una indemnización por el daño moral producido por la actividad administrativa irregular del Estado".⁷⁸

⁷⁵ Staines Díaz, Makawi: La construcción y abastecimiento adecuado de los centros de atención médica, como deber a cargo del Estado, derivado del derecho a la salud (Caso Mini Numa; Juicio de Amparo 1157/2007-II, 11 de julio de 2008, Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, México), en *Garantismo Judicial, Derecho a la Salud*, Silva García Fernando, México: Porrúa, 2011, p. 229.

⁷⁶ Silva García Fernando. *El control judicial de las leyes con base en tratados humanos sobre Derechos Humanos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 5, enero-junio, 2006, México, p. 233.

⁷⁷ Tesis Aislada. 1a. CLV/2009. DAÑO MORAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, A QUE REMITE EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, OBLIGAN A LA AUTORIDAD JUDICIAL A INDIVIDUALIZAR LOS MONTOS DE MANERA OBJETIVA Y RAZONABLE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009, p. 440. Reg. IUS. 166456.

⁷⁸ Amparo en Revisión 75/2009 (Sentencia Definitiva de 18 de marzo de 2009). Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TESIS%20JURISPRUDENCIALES%202012_PRIMERA%20SALA.pdf> (3 de julio de 2013).

Del tal suerte, que la Sala al estudiar la constitucionalidad del párrafo II del artículo 14 de la LFPE lo hizo bajo la siguiente metodología: Sí la medida legislativa superaba los siguientes pasos: "1) debe ser admisible constitucionalmente, esto es, debe introducirse para la consecución de un objetivo contemplado en la Constitución, 2) debe ser una medida idónea, lo que implica que la restricción debe ser necesaria para la consecución del fin inicialmente propuesto y 3) debe ser proporcional respecto a la afectación que hace en otros bienes o intereses constitucionales".⁷⁹

En resumen, llegó a la conclusión que el párrafo II del artículo 14 de la LFPE es inconstitucional, porque del artículo 113 párrafo segundo se consagra un derecho sustantivo constitucional, el cual no es absoluto, sino al contrario tiene sus restricciones, pero estas restricciones no pueden ser arbitrarias, y para no incurrir en dicha arbitrariedad, la Sala hizo un control de proporcionalidad de acuerdo con los tres subprincipios: "a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) debe ser una regulación necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) debe ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos".⁸⁰ Bajo esta misma línea de argumenta-

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Tesis 1a./J. 2/2012 (9a). RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBETOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, México, Primera Sala, Libro V, t. 1, Febrero de 2012, p. 533. Reg. IUS. 160267. "Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para

ción se indicó que: "(...)Además, el mismo contraviene a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado mexicano y podría plantear problemas para cumplir con lo dispuesto por la Corte Interamericana y con las recomendaciones de la Comisión Interamericana en materia de reparación del daño, ya que el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado dispone que el cumplimiento de indemnizaciones ordenadas por estos órganos se rige por lo establecido en el Capítulo II de la misma, sección en la que se encuentra el artículo".⁸¹ 2. Aplicación del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el tema de la pena privativa de libertad como sanción de los delitos de defraudación fiscal y equiparables.

Sobre este aspecto algunos tributaristas mexicanos han indicado que se debe hacer una interpretación conforme al artículo 7 de la CADH, pues sanciona que nadie será detenido por deudas y salvo aquellos que deriven de mandatos judiciales por incumplimiento de deberes alimentarios. En nuestro Código Fiscal de la Federación sanciona penas privativas de libertad por la comisión de los delitos de defraudación fiscal y sus equiparables, por lo que al aplicar la Convención pues la autoridad jurisdiccional deberá aplicarlo frente a nuestra legislación interna toda vez que le proporciona una protección más amplia y favorable al particular.

Un caso que tiene relación con actividades ilícitas y la tributación, es el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, la CortelDH resolvió: "requerir al Estado que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento que fueron ordenados por el Tribunal en las Sentencias de 6 de febrero y 4 de septiembre de 2001, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la CADH; en particular, el Estado debe: a) informar de manera ordenada, detallada, completa y actualizada sobre las diligencias llevadas a cabo y el avance de cada uno de los procesos comprendidos en el presente caso, poniendo énfasis en las causas que originaron la oposición y aplicación del plazo de prescripción en tres de las acciones penales concernidas, presentando, de ser el caso, copias de las partes relevantes de los respectivos expedientes, y b) abstenerse de cobrar aquellos tributos, multas y/o intereses moratorios generados durante la administración ilegal de la CLRSA entre el 1 de agosto de 1997 y el 6 de diciembre de 2000, con el propósito de garan-

proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática."

⁸¹ Tesis Aislada. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Supra* nota 6.

tizar que el derecho patrimonial del señor Ivcher Bronstein sobre dicho capital no se vea afectado por deudas tributarias generadas por actos ilícitos del propio Estado".

VII. Garantías procesales aplicadas en el Derecho Tributario

Los artículos 8⁸² y 25⁸³ del Pacto de San José ensanchan el referido a las garantías procesales que se deberán aplicar en todo procedimiento administrativo donde el contribuyente sea parte.

⁸² Artículo 8. 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.

⁸³ Artículo 25.

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.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Amparo Directo en Revisión 1784/2009, (Sentencia Definitiva del 4 de noviembre de 2009) de la Segunda Sala, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que el quejoso dota de contenido a este derecho haciendo una interpretación conforme al artículo 17 de la Constitución Federal y al artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112247>> (3 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 2237/2009. (Sentencia Definitiva del 19 de septiembre de 2011). Disponible en:<<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=114032>> (3 de julio de 2013).
- Amparo en Revisión 75/2009 (Sentencia Definitiva de 18 de marzo de 2009). Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TESIS%20JURISPRUDENCIALES%202012_PRIMERA%20SALA.pdf> (3 de julio de 2013).
- Tesis Aislada.1a. XCVIII/2007. DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXV, Mayo de 2007, p. 792. Reg. IUS. 172546.
- Tesis Aislada. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009. Pág. 454. Reg. IUS. 166301.
- Tesis Aislada. IMPUESTOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Pleno, t. XVII, p. 1014. Reg. IUS. 810759.
- Tesis Aislada. IMPUESTOS, PROPORCION Y EQUIDAD DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. LI, p. 333. Reg. IUS. 333175.

- Tesis Aislada. IMPUESTOS, FACULTADES DEL PODER JUDICIAL PARA INTERVENIR EN MATERIA DE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. LXV, p. 3830. Reg. IUS. 329118.
- Tesis (7a.) IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Séptima Época, México, Vol. 199-204, Primera Parte, p. 144. Reg. IUS. 232197
- Tesis. P./J. 10/2003 (9a.). PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. DEBE EXISTIR CONGRUENCIA ENTRE EL TRIBUTO Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS CAUSANTES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XVII, Mayo de 2003, p. 144. Reg. IUS. 184291.
- Tesis. P. 44 (8a.). PROPORCIONALIDAD DE LAS CONTRIBUCIONES. DEBE DETERMINARSE ANALIZANDO LAS CARACTERISTICAS PARTICULARES DE CADA UNA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Octava Época, México, Pleno, t. IV, Primera Parte, Julio-Diciembre de 1989, p. 143. Reg. IUS. 205939.
- Tesis P./J. 42/97 (9a.). EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Junio de 1997, p. 36. Reg. IUS. 198402.
- Tesis Aislada. P.VII/2005. VALOR AGREGADO. LOS ARTÍCULOS 20.-A, FRACCIÓN I, INCISO I) Y 90., FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE EN 2003, AL DAR UN TRATO DIFERENCIADO A LOS EDITORES DE REVISTAS, LIBROS Y PERIÓDICOS QUE ENAJENAN DICHOS BIENES, VIOLAN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXI, p. 9. Reg. IUS. 178837.
- Tesis 1a./J. 55/2006 (9a.). IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75. Reg. IUS. 174247.
- Tesis. 1a./J. 37/2008 (9a.). IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO Estricto DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS

UNIDOS MEXICANOS). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVII, Abril de 2008, p. 175. Reg. IUS. 169877.

- Tesis Aislada. 1a. CII/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, Septiembre de 2010, p.185. Reg. IUS. 163766.
- Tesis. 1a./J. 84/2006 (9a.). ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXIV, Noviembre de 2006, p. 29. Reg. IUS. 173957.
- Tesis. P/J.120/2009 (9a.). MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t.XXX, Diciembre de 2009, p. 1255. Reg. IUS. 165745.
- Tesis Aislada. 1a. CIII/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, Septiembre de 2010, p.184. Reg. IUS. 163767.
- Tesis Aislada. 1a. CIV/2010. PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183. Reg. IUS. 163768.
- Tesis. P/J. 20/97 (9a.). VALOR Y MEJORÍA ESPECÍFICA DE LA PROPIEDAD, IMPUESTO SOBRE EL AUMENTO DEL ARTÍCULO 6o. DEL DECRETO 208 DE LA LEGISLATURA DE NUEVO LEÓN VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, México, Pleno, t. V, Marzo de 1997, p. 64. Reg. IUS. 199232.
- Tesis Aislada. II.A.56 A. RADICACIÓN IMPUESTO SOBRE. EL ARTÍCULO 83 BIS-H DE LA LEY DE HACIENDA MUNICIPAL DEL ESTADO DE México, VIGENTE EN 1993, VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 31 FRACCIÓN IV,

DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, T.C.C., t. 76, Abril de 1994, p.14. Reg. IUS. 194469.

- Tesis Aislada. 2a. LXXXII/2000. AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DEL ESTADO DE QUINTANA ROO. EL ARTÍCULO 9o. DEL DECRETO 31, PUBLICADO EL VEINTINUEVE DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO, QUE FACULTA A LA COMISIÓN CORRESPONDIENTE PARA CELEBRAR CONVENIOS EN LOS QUE SE DÉ UN TRATO ESPECIAL A UNOS CONTRIBUYENTES Y PARA CREAR DISCFECIONALMENTE NUEVAS CATEGORÍAS ES VIOLATORIO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XII, Agosto de 2000, p. 359. Reg. IUS. 191342.
- Tesis Aislada. P. LXXXVIII/97. IMPUESTO PREDIAL, SON INCONSTITUCIONALES LAS LEYES QUE FACULTAN A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS ACTUALIZAR, POR MEDIO DE TABLAS DE VALORES CATASTRALES, LA BASE GRAVABLE DEL TRIBUTO. (LEGISLACIÓN DE SINALOA). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. V, Mayo de 1997; p. 165. Reg. IUS. 198708.
- Tesis Aislada. Tesis: 2a. CXLI/99. CONTRIBUCIONES MUNICIPALES. LOS AYUNTAMIENTO CARECEN DE FACULTADES PARA ESTABLECER CUALQUIERADE SUS ELEMENTOS ESENCIALES (ACTA DE SESIÓN DE CABILDO DE 25 DE ENERO DE 1997 DEL AYUNTAMIENTO DE VALLE DE BRAVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Segunda Sala, t. X, Diciembre de 1999, p.404. Reg. IUS. 192804.
- Tesis Aislada. SERVICIO TELEFONICO, IMPUESTO SOBRE INGRESOS POR. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. CXXIX, p. 525. Reg. IUS. 316203.
- Tesis Aislada. IMPUESTO AD VALOREM. *Semanario Judicial de la Federación*. Quinta Época, México, Segunda Sala, t. CX, p.115. Reg. IUS. 319118.
- Tesis: 7a. IMPUESTOS, GASTO PUBLICO ESPECIAL A QUE SE DESTINEN LOS. NO HAY VIOLACION AL ARTICULO 31 CONSTITUCIONAL, FRACCION IV. *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México, Pleno, Vol. 181-186, Primera Parte, p. 244. Reg. IUS. 232355.
- Tesis Aislada. IMPUESTO, NO ES INCONSTITUCIONAL LA LEY QUE FIJA EL DESTINO DEL. (DECRETO NUMERO 293, DE 17 DE JUNIO DE 1967, QUE CREA UN IMPUESTO

ADICIONAL DESTINADO AL SOSTENIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación*. Séptima Época, México, Pleno, Vol. 36, Primera Parte, p. 17. Reg. IUS. 233524.

- Tesis 1a./J. 46/2005 (9a.). FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXI, Mayo de 2005, p. 157. Reg. IUS. 178454.
- Tesis Aislada. P. XXI/94. SEGURO SOCIAL, LEY DEL. LOS CAPITALS CONSTITUTIVOS TIENEN EL CARACTER DE CONTRIBUCIONES AUNQUE DIVERSAS A LOS IMPUESTOS, DERECHOS Y CONTRIBUCIONES DE MEJORAS Y DEBEN CUMPLIR CON EL REQUISITO DE EQUIDAD DE ACUERDO CON SU NATURALEZA ESPECIFICA. *Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época. México, Pleno, Núm. 77, Mayo de 1994, p. 43. Reg. IUS. 205477.
- Tesis Aislada. 1a. CCXLIX/2007. PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. LA PROGRESIVIDAD COMO CRITERIO PROPIO DE DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL NO SE LIMITA AL ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN, SINO QUE TAMBIÉN PUEDE INCLUIR JUICIOS EN TORNO AL REPARTO DIFERENCIADO DEL GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXVI, Diciembre de 2007, p. 144. Reg. IUS. 170651.
- Tesis. P./J. 106/2010 (9a.). RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SU EJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DE EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Pleno, t. XXXII, Noviembre de 2010, p. 1211. Reg. IUS. 163442.
- Tesis Aislada. 1a. CXLVIII/2011. VALOR AGREGADO. EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DERIVÓ EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 10., SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, ESTÁ DEBIDAMENTE JUSTIFICADO Y NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DESTINO AL GASTO PÚBLICO (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL EL 7 DE DICIEMBRE DE 2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 231. Reg. IUS. 161154.

- Tesis Aislada. 2a. IX/2005. GASTO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Segunda Sala, t. XXI, Enero de 2005; p. 605. Reg. IUS. 179575.
- Tesis 1a./J. 65/2009 (9a.). OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Julio de 2009, p. 284. Reg. IUS. 166907.
- Tesis Aislada. 1a. CLV/2009. DAÑO MORAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL, A QUE REMITE EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, OBLIGAN A LA AUTORIDAD JUDICIAL A INDIVIDUALIZAR LOS MONTOS DE MANE-RA OBJETIVA Y RAZONABLE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, México, Primera Sala, t. XXX, Septiembre de 2009, p. 440. Reg. IUS. 166456.
- Tesis 1a./J. 2/2012 (9a). RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, México, Primera Sala, Libro V, t. 1, Febrero de 2012, p. 533. Reg. IUS. 160267.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 55.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 5.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 33.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en diciembre de 2013 en los talleres de Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), Avenida San Lorenzo núm. 244, Colonia Paraje San Juan, Delegación Iztapalapa, C.P. 09830, México, D.F. Se utilizaron tipos Myriad Pro de 8, 10, 11, 12 y 20 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel Ab Cream de 75 grs.

