

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO DEL AMPARO PENAL

I. EL AMPARO PENAL Y SUS PRINCIPIOS

1. *Principios del juicio de amparo*

Los principios generales del amparo son conocidos por todos. En lo sucesivo, únicamente los traeremos a la memoria, haciendo las aclaraciones pertinentes que resulten de la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 y la nueva Ley de Amparo.⁶¹

A. *Prosecución judicial*

El juicio de amparo es un proceso en el más puro sentido técnico de la palabra: es un conjunto de actos concatenados a la finalidad de solucionar un conflicto de intereses derivados de la aplicación de los derechos fundamentales y otras normas constitucionales. La autoridad que lo desarrolla y resuelve es una de corte material y formalmente jurisdiccional, y los jueces de amparo gozan de diversas garantías que aseguran su independencia e imparcialidad.

Como todo procedimiento jurisdiccional en sentido estricto, el juicio de amparo se halla sujeto a los parámetros del *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, en particular a los del *debido proceso*. Lo anterior es corroborado por la jurisprudencia

⁶¹ La siguiente exposición se basa en Burgoa Orihuela, *op. cit.*, nota 26, pp. 268 y ss.

cia de la CIDH, como vimos en la última sección del capítulo anterior.⁶²

Sin embargo, la jurisprudencia ha afirmado dogmáticamente que los jueces de amparo no pueden violar garantías individuales, porque son sus garantes. Esta afirmación se ha tomado en el sentido de que son inoperantes los agravios relativos a dichas violaciones; aunque el Pleno de la Suprema Corte ha matizado este criterio, afirmando que pueden considerarse dichos argumentos, cuando se relacionan con la indebida aplicación de la Ley de Amparo u otra atinente a la materia.⁶³

B. Instancia de parte agraviada

Como sucede en todo proceso, el juez de amparo no puede actuar *motu proprio*. Para iniciar este medio de control se requiere que el juzgador sea instado a ello por una persona legitimada al efecto, en virtud de la lesión que le produzca el acto de autoridad reclamado.

C. Agravio personal

Si bien quien debe iniciar el juicio de amparo es el lesionado por el acto reclamado, no cualquier agravio da derecho a ejercer esta acción procesal. Antes de la reforma del 6 de junio de 2011, la fracción V del artículo 73 de la anterior Ley de Amparo, exigió que el agravio que legitima al quejoso sea una afectación a su “interés jurídico”. Pero ahora dicha reforma permite que el

⁶² *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párrs. 137 y 139; y *Servellón García u otros vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párrs. 147 y 148.

⁶³ “AGRAVIOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES. DEBEN ATENDERSE CUANDO SUSTENTAN TAL AFIRMACIÓN EN LA INEXACTA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES APLICABLES”, tesis P. LI/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, junio de 1999, p. 9.

agravio para acceder al juicio de amparo se produzca por el perjuicio causado al “interés legítimo” del quejoso, salvo cuando se reclamen actos de *tribunales* judiciales, administrativos o laborales, para los cuales se conservó el concepto de “interés jurídico”. Los artículos 5o., fracción I, 6o., y 61, fracción XII, de la nueva Ley de Amparo regulan precisamente esta nueva legitimación ampliada.

La diferencia entre el “interés jurídico” y el “legítimo”,⁶⁴ *grosso modo*, es que el primero se refiere a agravios directos a la esfera de derechos y obligaciones personales del quejoso; en cambio, el “legítimo” permite extender la esfera protectora del amparo a lesiones indirectas a la esfera jurídica y aun a situaciones grupales jurídicamente tuteladas, ocasionadas por la autoridad. Por eso ya es incorrecto denominar este principio de legitimación activa como de “agravio personal y directo”, y proponemos denominarlo simplemente “agravio personal”. Desde luego, no sin considerar que “actos o resoluciones provenientes de tribunales”, como indica la fracción I del artículo 107 constitucional, quien desee promover amparo en su contra deberá estar respaldado por un interés jurídico.

Esta nueva legitimación ampliada en el juicio de amparo extiende su esfera protectora, mas no al grado de hacerlo una “acción popular” que cualquiera pueda ejercer. Por eso la legitimación activa en este proceso requiere un “agravio personal”; expresión que a nuestro parecer comprende tanto al interés “jurídico” como al “legítimo”, y así denota *a grandes rasgos* la naturaleza del agravio que ahora debe sufrir su promovente.

Para el sistema procesal acusatorio, el “interés legítimo” del juicio de amparo no es tan importante, pues, como señalamos, la reclamación de actos provenientes de órganos jurisdiccionales sigue exigiendo un interés para obrar restringido: el “jurídico”.

⁶⁴ Para un análisis detallado del tema y su evolución jurisprudencial en México, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

D. *Relatividad de las sentencias*

Este principio ha sido de los más tradicionales de nuestro juicio de garantías, pues data incluso de la Constitución yucateca de 1841 en que Manuel Crescencio Rejón creó el juicio de amparo. Como se sabe, se expresaba a través de la “fórmula Otero” contenida en el primer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional. Bien vista, la reforma publicada el 6 de junio de 2011 no suprimió del todo esta fórmula, y las sentencias de amparo continúan teniendo solo efectos relativos. Lo que dicha reforma sí eliminó en el mencionado texto constitucional, fue su última parte que prohibía hacer una “declaración general” sobre la constitucionalidad del acto o norma general que se reclamó.

La protección que otorga una sentencia de amparo —aunque con los matices derivados del interés legítimo— seguirá teniendo efectos solo en relación con la persona que planteó este proceso constitucional. La novedad respecto del sistema anterior es que cuando la Suprema Corte de Justicia declare en jurisprudencia firme la inconstitucionalidad de una norma general avisará de ello al órgano que la expidió, y si transcurrido el plazo de noventa días naturales este no hubiera solucionado dicha irregularidad, el máximo tribunal emitirá una “declaratoria general de inconstitucionalidad” que anulará *erga omnes* la norma de que se trate.⁶⁵ A estos efectos resulta importante lo dispuesto por el artículo 78 de la nueva Ley de Amparo, que explica la eliminación de la última parte de la fórmula Otero: cuando la sentencia se refiera a la reclamación de una norma general, dicha resolución “deberá determinar si es constitucional, o si debe considerarse inconstitucional”; lo que servirá para ulteriormente, en su caso, emitir la declaratoria general que expulse del ordenamiento dicha norma.⁶⁶

⁶⁵ Esta figura fue propuesta por Héctor Fix-Zamudio desde hace varios años. Véase de ese autor: “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 183 y ss.

⁶⁶ La cual será “derogada”, por lo cual luego de dicha declaratoria el amparo será improcedente, y la nueva aplicación de esa norma será objeto de una

El artículo 234 de la nueva Ley de Amparo señala que los efectos de esta declaratoria de inconstitucionalidad “no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución”. Esta propuesta es muy conveniente porque homologa el juicio de amparo con otros procesos constitucionales: de acuerdo con el último párrafo del artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, las sentencias en controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad que expulsan del ordenamiento una “ley” en sentido amplio, generalmente tiene efectos *ex nunc*, hacia el futuro, salvo en materia penal precisamente.⁶⁷ Lo único que habría que cuidarse es si dicha declaratoria pudiera tener efecto retroactivo en perjuicio de los derechos de la víctima, dado el papel relevante que se le ha reconocido en el proceso penal, especialmente por la reforma de 2008; por lo que sugerimos que dicha retroactividad no los afecte cuando hayan sido reconocidos en alguna sentencia y se refieran a la reparación del daño.

Dada su trascendencia para el ordenamiento jurídico, los efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad deben quedar muy bien establecidos en cuanto a su temporalidad. Por eso consideramos que la regulación de esta figura en las modificaciones a la legislación de amparo debe establecerse en el sentido que proponemos.

E. Definitividad

El juicio de amparo no es otro medio ordinario de defensa, por lo que solo puede iniciarse una vez agotadas las vías jurídicas

denuncia que se tramitará en un procedimiento especial. Véanse los artículos 61, fracción VIII, y 210, de la nueva Ley de Amparo.

⁶⁷ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INVALIDEZ DE DISPOSICIONES GENERALES. SOLO PUEDEN TENER EFECTOS RETROACTIVOS EN MATERIA PENAL”, jurisprudencia 80, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Pleno, t. I, p. 68.

ordinarias, sean estos procesos judiciales, recursos o incidentes. Empero se han previsto excepciones a este principio según la Constitución, su legislación reglamentaria y la jurisprudencia,⁶⁸ cuando se reclamen:

- Normas generales;
- Violaciones directas a la Constitución;
- Actos administrativos que por el medio de defensa ordinario no puedan suspenderse con iguales o mayores alcances y facilidad que en el amparo;
- Terceros extraños al juicio o las partes asimilables a ellos, y
- Los casos de extrema gravedad, entre ellos la desaparición forzada de personas, que prevé el artículo 15 de la nueva Ley de Amparo.

F. *Estricto derecho y suplencia de la queja*

El artículo 79, fracción III, de la nueva Ley de Amparo dispone que operará la suplencia de sus conceptos de violación o agravios a favor del inculcado o sentenciado, o bien, del ofendido o víctima cuando sea quejoso o adherente. Lo relativo a esta cuestión amerita un tratamiento más detenido, que le daremos en un apartado posterior, a cuyas consideraciones nos remitimos.

G. *Mayor beneficio*

Un principio del juicio de amparo de “reciente” elaboración jurisprudencial es el de “mayor beneficio” al quejoso. Tiene fundamento en el artículo 17 constitucional, y puede formularse, en términos generales, diciendo que en el juicio de amparo debe

⁶⁸ “DEFINITIVIDAD. EXCEPCIONES A ESE PRINCIPIO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”, tesis 2a. LVI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XII, julio de 2000, p. 156.

interpretarse y aplicarse la ley del modo que otorgue el mayor beneficio jurídico al quejoso.⁶⁹

El principio de mayor beneficio es una manifestación del principio *pro persona*, que busca dar a los derechos fundamentales el máximo espectro de tutela, bajo la idea de que es necesario “garantizar a los ciudadanos el *acceso real, completo y efectivo* a la administración de justicia”.⁷⁰ Su justificación yace en el fin de la acción de este proceso constitucional: *proteger los derechos fundamentales*. De acuerdo con lo anterior, el juicio de amparo debe ofrecer la mayor amplitud para salvaguardar esos derechos, en beneficio de la parte que se duele de su vulneración: la quejosa.⁷¹

Dicho principio es reconocido por el artículo 189, párrafo primero, de la nueva Ley de Amparo, referente a la manera que deben estudiarse los conceptos de violación en el amparo directo, en relación con el cual se acuñó este concepto. Sin embargo, consideramos que el mismo principio *también debe regir en el indirecto*, como lo ha hecho en varias ocasiones.⁷²

⁶⁹ Cfi: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESIÓN DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIÉNDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, jurisprudencia P./J. 3/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXI, febrero de 2005, p. 5.

⁷⁰ *Idem* (cursivas añadidas). Véanse también los artículos 1o., párrafo segundo, de la Constitución y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷¹ La tutela del quejoso puede entrar en conflicto con derechos fundamentales del tercero interesado que vayan contra la aplicación del principio de “mayor beneficio”. El tema requiere un tratamiento más detenido que no podemos brindarle aquí; sin embargo, deberá tenerse en cuenta que si el tercero interesado resiente una vulneración por una incorrecta estimación de sus derechos por parte de la autoridad, el remedio a la misma no es negar al quejoso el “mayor beneficio”, sino impugnar por su parte en amparo la acción u omisión de la responsable.

⁷² Véanse “AMPARO CONTRA LEYES. TÉCNICA PARA EL EXAMEN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO DE VIOLACIONES CONSTITUCIONALES FORMALES Y

El principio de mayor beneficio puede tener múltiples aplicaciones, que van desde una interpretación *pro actione* de los requisitos para acceder a este medio de control constitucional, hasta la manera en que deben considerarse los conceptos de violación presentados por el quejoso. No obstante, siempre existe la carga argumentativa del tribunal respecto a los motivos por los cuales estimó que su determinación aporta “mayores beneficios” al quejoso.⁷³

2. Principios del amparo penal

Tradicionalmente el juicio de amparo en materia penal se ha regulado por disposiciones legales expresas y criterios jurisprudenciales, que otorgan múltiples beneficios al reo. Estas regulaciones se hallan inspiradas por la finalidad tutelar del juicio de amparo y el valor superior que representa la libertad física, menoscabada por las restricciones a que puede someterse en los procedimientos penales.⁷⁴

MATERIALES”, tesis I.15o.A.25 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2482; “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO INDIRECTO. NO BASTA LA MERA AFIRMACIÓN DE QUE UNO DE ELLOS RESULTA FUNDADO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS RESTANTES, SINO QUE DEBE ANALIZARSE SI ÉSTE ES EL QUE OTORGA MAYORES BENEFICIOS JURÍDICOS AL QUEJOSO (APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P/J. 3/2005)”, tesis XVIII.1o.4 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1500.

⁷³ “PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO EN MATERIA PENAL. EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN QUE PLANTEAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO QUE CONTIENE EL DELITO POR EL QUE SE CONDENÓ AL QUEJOSO ES PREFERENTE A LOS QUE IMPUGNAN CUESTIONES DE LEGALIDAD”, tesis 1a./J. 24/2012 (9a.), *Semanario Federal de la Jurisdicción y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, lib. XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 356.

⁷⁴ Sería prolijo enumerar los precedentes en que la libertad personal inspira otorgar un privilegio al acusado en el juicio de amparo. Por todos véase, dadas su antigüedad y significación, el siguiente: “LIBERTAD PERSONAL, DEFEN-

La elevada estima de la libertad física ha hecho que amerite una “protección superior, jurídica y axiológicamente”, e incluso que se apliquen por analogía las reglas del amparo penal a otros ámbitos jurídicos en los que se afecte dicho derecho fundamental.⁷⁵ Tan importante es este derecho de la persona que el “tratamiento especial que recibe la afectación de la libertad personal en el juicio de amparo”, se ha convertido en un *lugar común* que no siempre se usa con precisión.⁷⁶

El amparo penal ha sido entonces un procedimiento *garantista en grado superlativo*.⁷⁷ Si naturalmente el juicio de amparo ya tiene esa calidad en muchos aspectos, en la materia penal, en que está en juego uno de los valores superiores de la persona y del orden constitucional, tiene que desplegar una tutela mucho más intensa. Aunque en los últimos años se ha convertido en un expediente de fácil disposición, el “garantismo” consiste en una

SA DE LA. MULTA NO IMPONIBLE POR AMPARO IMPROCEDENTE”, jurisprudencia 196, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Pleno, t. II, p. 141.

⁷⁵ “ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE CUANDO SE RECLAMA EN AMPARO”, jurisprudencia P./J. 16/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. VII, febrero de 1998, p. 34.

⁷⁶ Véase por ejemplo: “ORDEN DE REAPREHENSIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO ES PROCEDENTE EN SU CONTRA”, jurisprudencia 1a./J. 55/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 258 (como veremos en su momento, basta que dicho acto sea “irreparable” por afectar un derecho sustantivo— y además fundamental: la libertad personal—, para que en su contra proceda el amparo indirecto).

⁷⁷ Cfr. “RECURSO DE REVISIÓN. DEBE TENERSE POR INTERPUESTO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL, AUN ANTE LA FALTA DE EXHIBICIÓN TOTAL O PARCIAL DE LAS COPIAS DEL ESCRITO DE AGRAVIOS, CUANDO EL RECURRENTE ES EL QUEJOSO, DEFENSOR O AUTORIZADO Y EL ACTO RECLAMADO IMPLICA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL”, jurisprudencia 1a./J. 68/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XX, octubre de 2004, p. 203. Este criterio fue recogido por el artículo 88, último párrafo, de la nueva Ley de Amparo.

corriente jurídica bien delineada que intenta “posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”.⁷⁸

Hay entonces reglas del juicio de amparo en materia penal que específicamente atienden a los altos valores implicados en él. Entre las principales se encuentran:

- La promoción del juicio de amparo por comparecencia de cualquier persona, incluso un menor de edad y ante jueces ordinarios en competencia concurrente, y sin formular conceptos de violación; cuando se reclamen ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, incomunicación o desaparición forzada de personas que siempre serán suspendidos;⁷⁹
- La suplencia de la queja a favor del inculpado y la víctima, aun ante la falta de conceptos de violación o agravios;⁸⁰
- Eximir al amparo directo en materia penal, cuando lo promueva el inculpado, de la “preparación” de la reclamación de violaciones procesales, a través de la reiteración de las violaciones procesales en los agravios de la apelación contra dicha sentencia.⁸¹

⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 25. Para una muy amplia exposición del “garantismo”, véase del mismo autor: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2009, pp. 851 y ss. Para una mejor definición de este concepto, véase Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 18, julio-diciembre de 2012, pp. 239-263.

⁷⁹ Artículo 15 de la nueva Ley de Amparo.

⁸⁰ Artículo 79, fracción III, de la nueva Ley de Amparo.

⁸¹ *Cfr.*: artículo 171, segundo párrafo, de la nueva Ley de Amparo (interpretado *a contrario sensu*); “VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO. EN MATERIA ADMINISTRATIVA EL AGRAVIADO NO ESTÁ OBLIGADO A SU PREPARACIÓN ANTES DE COMBATIRLA EN LA DEMANDA DE AMPARO”, jurisprudencia 2a./J. 198/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XXVI, octubre de 2007, p. 437; “VIOLACIONES AL

Las reglas anteriores configuran un “amparo penal” con verdaderos privilegios para el quejoso, en aras de la defensa de su *libertad personal*. Por razones históricas, estos privilegios se han enfocado hacia el acusado, y no en pro de la víctima u ofendido por el delito. El nuevo papel de esta parte procesal en el sistema acusatorio, orilla a reconsiderar su situación dentro del juicio de garantías, lo que haremos en oportunidades posteriores.

* * *

No obstante lo anterior, en la nueva Ley de Amparo vemos un problema para la tradición liberal del juicio de derechos fundamentales. El artículo 17, fracción IV, de este ordenamiento dispone que “en cualquier tiempo” puedan impugnarse los actos a que se refiere su artículo 15, homólogo al 17 de la ley anterior. Entre dichos actos se encuentran los “ataques a la libertad personal fuera de procedimiento”, contra los cuales, sin limitación temporal alguna, puede promoverse amparo. El artículo 22, fracción II, de la ley anterior habló solo de los “ataques a la libertad personal”, sin calificativo, lo que permitía que en cualquier tiempo se reclamasen actos tan importantes como la *orden de aprehensión*, la *prisión preventiva* —que antes se dictaba en el auto de formal prisión— o el *arraigo*.⁸²

PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL, NO SE REQUIERE AGOTAR RECURSOS ORDINARIOS CONTRA LAS, PARA PREPARAR EL JUICIO DE GARANTÍAS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, t. III, Segunda Parte-2, enero a junio de 1989, p. 874.

⁸² *Cfr. infra*, nota 223. Véase también “DEMANDA DE AMPARO PENAL, PUEDE INTERPONERSE EN CUALQUIER TIEMPO CUANDO IMPLICA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, t. IV, segunda parte-2, julio-diciembre de 1989, p. 708; “LIBERTAD PERSONAL, ACTOS QUE IMPORTAN ATAQUES A LA. TÉRMINO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL JUICIO DE AMPARO”, tesis VIII.2o. 22 P, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, t. XV, enero de 1995, p. 258. Sobre el arraigo, véase Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación

En cambio, al especificar que esa amplitud solo se otorgará respecto de ataques a la libertad personal “*fuera de procedimiento*”, la nueva Ley de Amparo restringe la defensa contra afectaciones a ese bien jurídico distintas a las especificadas de tal manera, al sujetarlas a la regla general de quince días.⁸³ Para lo anterior debe considerarse que: 1) el proceso penal comienza con el *auto de vinculación a proceso*, según el numeral 170, fracción I, último párrafo, de la nueva Ley de Amparo;⁸⁴ 2) el artículo transitorio quinto de la misma establece que serán aplicables sus plazos a los actos dictados antes de su vigencia, cuyo plazo de impugnación no haya fenecido al iniciar esta, lo que repercutirá en la impugnación de esta clase de actos, y 3) el auto de formal prisión debe considerarse “equivalente” al de vinculación a proceso para los efectos de esta nueva legislación, de acuerdo con su transitorio décimo, lo que a primera vista parece inadecuado por las diferencias existentes entre ambas resoluciones y los sistemas a que pertenecen.⁸⁵

conforme o inconveniencia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 18, julio-diciembre de 2012, pp. 265-294.

⁸³ Una interpretación igualmente restrictiva, basada solo con el significado literal del término “ataque”, fue sostenida por Burgoa Orihuela, *op. cit.*, nota 26, pp. 424 y 425. Como veremos, la necesidad de proteger la libertad personal lleva a una posición contraria a la expuesta.

⁸⁴ Es objeto de discusión si el proceso penal comienza con la imputación a la que sigue la vinculación a proceso, o la acusación que lleva a la apertura a juicio oral. En rigor, la teoría general del proceso hace concluir que *la acusación constituye el ejercicio del derecho de acción* en el sistema acusatorio, pues con ella se formula ya la pretensión persecutoria. Sin embargo, los inconvenientes de tomar esta como inicio del proceso penal en relación con el amparo, seguramente llevaron al legislador a tomar, *solo para efectos de este juicio constitucional*, el dictado del auto de vinculación a proceso como signo del inicio del proceso penal, pese a su incompatibilidad con aquella teoría. Sobre este debate véase Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 7, pp. 159-172 (173-187).

⁸⁵ Véase “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. SU NATURALEZA Y EFECTOS SON DISTINTOS AL DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE OAXACA)”, tesis XIII.P.A.28 P, *Semanario Judicial*

Para el segundo de nosotros⁸⁶ esta limitación es contraria a los numerales 7.6 —que prohíbe restringir el recurso contra la detención ilegal— y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tienen como fin último que haya la *máxima amplitud para tutelar la libertad personal*, lo que apoya el hecho de que este supuesto es claramente una *excepción al principio de definitividad* del juicio de amparo.⁸⁷

Por tanto, los juzgadores de amparo deberán ejercer sus facultades de interpretación conforme o control de convencionalidad en relación con estos aspectos, y admitir en cualquier tiempo todo juicio de amparo contra medidas que afecten la libertad personal de las personas, entre las cuales también se halla el auto de vinculación a proceso,⁸⁸ permitiendo su promoción en cual-

de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 2253.

⁸⁶ Dado su cargo judicial interamericano, el primero de los autores no expresa por su parte opinión alguna sobre este tema.

⁸⁷ Artículo 61, fracción XVIII, inciso b), de la nueva Ley de Amparo. Esta disposición pone fin a la incertidumbre sobre el tema, que expusimos en Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 7, pp. 139 (150) y ss.

⁸⁸ Lo que junto con su irregularidad constituiría una violación procesal relevante, en “grado predominante o superior” y una “violación directa” a disposiciones constitucionales, justificará la inmediata procedencia del amparo indirecto en su contra, y proscibirá su reclamación en amparo directo. *Cfr.*: los artículos 107, fracción V, y 170, fracción I, párrafo cuarto, de la nueva Ley de Amparo; Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 7, pp. 175-177 (190-192); “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INculpADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”, tesis 1a./J. 101/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, lib. XVIII, t. 1, marzo de 2013, p. 534; “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL SER UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE QUE AFECTA EN GRADO PREDOMINANTE O SUPERIOR, PROCEDE EN SU CONTRA EL AMPARO INDIRECTO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS)”, tesis XVIII.4o.1 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, lib. IX, t. 2, junio de 2012, p. 799; “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO

quier tiempo y sin requerir el agotamiento de medios de defensa ordinarios. Esto, por supuesto, sin perjuicio del posible *cambio de situación jurídica* que permitan los términos del artículo 61, fracción XVII, de la nueva Ley de Amparo, tópico que luego trataremos.

II. JUICIO DE AMPARO Y PROCESO ACUSATORIO

1. *El proceso acusatorio*

El sistema procesal penal acusatorio fue implantado por la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*. De acuerdo con la propia ley fundamental, tiene los fines siguientes: 1) esclarecer los hechos, 2) proteger al inocente, 3) procurar que el culpable no quede impune, y 4) reparar los daños causados.⁸⁹ No nos detendremos en

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”, tesis II.2o.P.284 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, lib. IV, t. 5, enero de 2012, p. 4296; “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. SU NATURALEZA PARA EFECTOS DEL AMPARO”, tesis II.2o.P.282 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 4298; “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR, POR SÍ MISMO, UN ESTADO DE PERTURBACIÓN FORMAL E INDIRECTA A LA LIBERTAD PERSONAL DEL IMPUTADO QUE DEBE TOMARSE EN CUENTA PARA EFECTOS DEL AMPARO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO)”, tesis II.2o.P.283 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. 4299.

⁸⁹ Artículo 20, apartado A, fracción I. Estos principios son coincidentes con los señalados por la CIDH como objetivos del proceso penal: constituir “un recurso efectivo para garantizar el acceso a la justicia, la determinación de la verdad de los hechos, la investigación, y en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones [de derechos humanos]” (*Servellón García u otros vs. Honduras*, 21 de septiembre de 2006, párr. 156).

una extensa exposición sobre el proceso acusatorio, tan llevado y traído en los últimos años, pero sí consideramos pertinente, para que nuestra exposición posterior tenga una base, traer a la memoria sus aspectos más importantes.

El aspecto más llamativo de la reforma penal de 2008, reitramos, es la explícita introducción de la oralidad de los procesos penales como *mandato constitucional*, contenida en la primera línea del artículo 20 de la ley suprema. Como es fácil suponer, la oralidad tiene importantes consecuencias en el desarrollo del proceso y en los “métodos probatorios” propios del sistema acusatorio,⁹⁰ sobre lo cual volveremos adelante. En el campo penal es absolutamente indispensable con la máxima amplitud, por la alta jerarquía de los valores implicados: por un lado la libertad física y el honor del imputado, y por el otro el interés público en la persecución de los delitos —entendidos como agravios a los bienes colectivos más fundamentales—, incluyendo una mejor comunicación de las condenas de la comisión de actos delictivos.⁹¹

En los principales tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por México, la oralidad del proceso penal se halla establecida implícitamente, como consecuencia de la publicidad que debe revestirlo; la recomendación 25.1 de las Reglas de Mallorca lo establece con claridad, pero no es vinculante como

Véase también “AUTO QUE DECRETA EL SOBRESEIMIENTO POR PERDÓN DEL COMISARIADO EJIDAL QUE EXTINGUE LA ACCIÓN PENAL. EN SU CONTRA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO POR EJIDATARIOS EN CALIDAD DE VÍCTIMAS U OFENDIDOS SI NO RECONOCIERON DICHO PERDÓN PORQUE NO LO RESPALDA LA CELEBRACIÓN DE UNA ASAMBLEA GENERAL”, tesis II.2o.P.3 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, lib. VII, t. 2, abril de 2012, p. 1702.

⁹⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *cit.*, nota 78, p. 619.

⁹¹ Véase González Álvarez, Daniel, “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 643 y ss.

su nombre indica.⁹² Por eso es tan importante la consagración constitucional de la oralidad en el proceso penal mexicano.

Con rigor técnico, es incorrecto hablar de proceso “oral” o “escrito”, pues en todas las materias los procesos tienen elementos de una y otra naturaleza; aunque por lo que respecta a la reforma penal de 2008, ella tiene por objeto poner de relieve la consagración constitucional que operó.⁹³

A muy grandes rasgos y sin entrar en pormenores teóricos, las etapas del procedimiento penal mexicano pueden explicarse de la siguiente manera:

- INVESTIGACIÓN: En esta etapa la autoridad ministerial recabará datos, a partir de la *notitia criminis*, tendentes a acreditar hechos que constituyan un delito y la probable responsabilidad del indiciado. Es factible que en casos con un alto estándar de urgencia y necesidad, se le autoricen por el juez de control diversas actividades probatorias (cateo, intervención de comunicaciones, etcétera);
- ETAPA PRELIMINAR: Considerando que los datos sean suficientes para cumplir los extremos para una orden de aprehensión o de presentación, el Ministerio Público *imputará* a una persona cierto delito ante el juez de control, quien determinará en el auto de vinculación a proceso si dichos datos son suficientes, dictando las medidas cautelares que correspondan (como la prisión preventiva), y abriendo la investigación formalizada por el tiempo estrictamente necesario, que deberá ser el menor posible en caso de dictarse prisión preventiva.

⁹² Artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2, inciso f), y 8.5 del Pacto de San José. *Cfr.* Hidalgo Murillo, José Daniel, *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009, pp. 60 y 61.

⁹³ *Cfr.* Uribarri Carpintero, Gonzalo, “La oralidad en el siglo XX”, en *Estudios sobre historia de la oralidad en la administración de justicia en México*, México, SCJN, 2010, pp. 113 y 114.

- ETAPA INTERMEDIA: De contarse con los elementos suficientes, el Ministerio Público formulará *acusación* contra el imputado. Posteriormente, en la audiencia intermedia, se ofrecerán las pruebas conducentes, sin perjuicio de los acuerdos probatorios entre las partes para que algún hecho sea incontrovertido; el juez de control los admitirá según su pertinencia, idoneidad y licitud. El mismo juzgador indefectiblemente abrirá la etapa de juicio oral mediante el auto correspondiente.
- JUICIO ORAL: Ante juez distinto al de las etapas anteriores,⁹⁴ se desarrollará el debate procesal sobre la litis fijada, y se desahogarán los medios probatorios correspondientes (salvo cuando se admita la prueba anticipada). Este mismo juzgador dictará sentencia que condenará o absolverá al acusado.

2. Amparo y principios del sistema acusatorio

Se ha discutido si los principios señalados por el primer párrafo del artículo 20 constitucional son aplicables al juicio de amparo en materia penal. Hay quien sostiene que dichos principios también deben ser observados en sede constitucional, cuando en esta se impugnan actos relacionados con el procedimiento penal.⁹⁵ Otros, en cambio, son de la idea de que “todos los [principios] inherentes al nuevo sistema penal, son propios del proceso

⁹⁴ Dada la incompatibilidad entre las funciones de investigar y juzgar, aunada a la exclusividad de pruebas señalada en las fracciones III y IV del artículo 20 constitucional. Cfr. Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 94.

⁹⁵ “SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL. SI EN LA ETAPA DE IMPUTACIÓN INICIAL LA DEFENSA NO PLANTEÓ ANTE EL JUEZ DE GARANTÍA EL ARGUMENTO QUE PRETENDE HACER VALER EN EL AMPARO, EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL NO DEBE PRONUNCIARSE AL RESPECTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA)”, tesis XIII.P.A.18 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, t. XXXI, marzo de 2010, p. 3071.

ordinario, pero *no necesariamente para el juicio de amparo* cuya naturaleza y fines son distintos”,⁹⁶ y de que “no deben confundirse las distintas formalidades y principios procesales que rigen al nuevo proceso penal..., con las que continúan vigentes para el juicio de amparo”.⁹⁷

A nuestro parecer, la razón está con el segundo criterio que referimos.⁹⁸ No obstante, deben considerarse ciertos matices importantes.

El juicio de amparo es un *proceso judicial verdaderamente autónomo*, seguido ante autoridades orgánica y materialmente diferentes, y sobre todo con un objetivo que difiere del perseguido por el proceso penal: *salvaguardar los derechos fundamentales y el orden constitucional*. Aunque pueden hacerse precisiones sobre él de índole directa, por su cercanía con la casación, en términos generales *el juicio de amparo no es una instancia que propiamente continúe el proceso original*, y esto ha quedado cla-

⁹⁶ “SENTENCIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. DEBEN EMITIRSE EN FORMA ESCRITA Y ESTAR DOCUMENTADAS EN CONGRUENCIA CON LOS ARTÍCULOS 14, 16, 20 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 2, INCISO C, 47, 65, 66 Y 393 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO”, tesis II.2o.P.255 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2459.

⁹⁷ “VIDEORABACIONES EN EL JUICIO ORAL HECHAS EN DISCOS ÓPTICOS EN FORMATO DVD, QUE REMITE LA AUTORIDAD RESPONSABLE EN APOYO A SU INFORME JUSTIFICADO. SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN EL AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO DICTADO CONFORME AL NUEVO PROCESO PENAL Y EL JUEZ DE DISTRITO OMITIÓ ORDENAR OFICIOSAMENTE LA REPRODUCCIÓN DE AQUÉLLAS, EN LAS QUE SE CONTIENEN EL ACTO RECLAMADO Y LAS ACTUACIONES QUE LE SIRVIERON DE SUSTENTO, A TRAVÉS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS ADECUADOS, SE ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN PROCESAL QUE OBLIGA A LA AUTORIDAD REVISORA A ORDENAR LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 91, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE LA MATERIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA)”, tesis XIII.1o.10 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, t. XXIX, febrero de 2009, p. 2055.

⁹⁸ *Supra*, notas 96 y 97.

ro desde que se discutía si este medio extraordinario se trataba de un juicio o un recurso.⁹⁹

A lo anterior no se interpondría que la CIDH hubiera considerado la instancia de amparo como parte del “proceso penal”, según vimos en la sección respectiva del capítulo anterior.¹⁰⁰ Dicho tribunal sostuvo esa opinión para *efectos de establecer si el asunto se resolvió en un “plazo razonable”*, y a ese fin obedece la “adición” del amparo a las etapas del proceso penal, no a una declaración ontológica sobre la naturaleza del amparo. Además, en todo caso, su afirmación se referiría al de otros países en sus propias circunstancias, que podrían diferir de las mexicanas.

Por otra parte, los principios constitucionales relativos al proceso acusatorio penal tienen el carácter de *derechos fundamentales*, y por ende de *principios* que buscan influir toda decisión jurídica en que sean relevantes. El juzgador de amparo, más que cualquier otro por ser el guardián de esos derechos, debe estar atento a no vulnerarlos y procurar que sus resoluciones se ajusten al contenido de los mismos. Esto significa que las decisiones del juez constitucional deben estar orientadas por dichos principios, los cuales tampoco el legislador ha de vulnerar.

¿Qué sucede cuando uno los principios característicos del juicio de amparo parece pugnar con los del sistema acusatorio? Un ejemplo claro sería el conflicto entre la suplencia de la queja del primer proceso y la rigurosa igualdad del segundo, que incluso excluye terminantemente las comunicaciones *ex parte*.

A grandes rasgos, las bases del juicio de amparo no son menos constitucionales que las del proceso penal acusatorio; bajo el principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*), la

⁹⁹ Cfr. “AMPARO, MATERIA DEL (APRECIACIÓN DEL ACTO RECLAMADO)”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tercera Sala, t. LXXXIII, p. 1241; Burgo Orihuela, *op. cit.*, nota 61, pp. 156 y 157; 177-180.

¹⁰⁰ *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párrs. 204 y 215; *Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 71; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, párr. 160.

aplicación de las disposiciones que regulan el juicio de amparo tendrían preferencia sobre cualquier otra ajena a la materia correspondiente, y, en todo caso, especialmente cuando no sea definitivo el criterio anterior (que se refiere exclusivamente al plano literal), la interpretación constitucional correspondiente debe pasar el tamiz del principio de proporcionalidad.¹⁰¹

Por todo lo anterior, los principios del proceso penal “no necesariamente” aplican al juicio de amparo. Algunos de ellos sí lo hacen, pero no porque el amparo sea una “continuación” de la instancia ordinaria, o aquel indefectiblemente deba seguir dichos principios al ingresar en esa materia —aunque siempre deba considerar su influencia—, sino porque: 1) son *generalmente aplicables a todo proceso*, como es el caso de los de contradicción e intermediación para las pruebas ofrecidas en sede constitucional,¹⁰² o 2) porque como “principios” que son, influyen la decisión jurídica correspondiente que toma el juzgador dentro de su ámbito de discrecionalidad interpretativa o aplicativa.

Sin embargo, debe considerarse que el objetivo del amparo no es tener efectos que desnaturalicen los procesos naturales. Tampoco lo es permitir al quejoso obtener un resultado que no le correspondería, por exceder lo que el derecho otorga. Pero siempre debe analizarse con cuidado cada situación, para establecer los límites de los derechos de quienes intervienen en ella.¹⁰³

En tal virtud creemos que el primer criterio mencionado previamente,¹⁰⁴ aparentemente aplica de manera incorrecta el princi-

¹⁰¹ Véase *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

¹⁰² *Supra*, capítulo primero, nota 51.

¹⁰³ Véase “AMPARO DIRECTO. ANTE ERRORES U OMISIONES DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE NO SUSCEPTIBLES DE SER COMBATIDOS POR EL TERCERO PERJUDICADO, EL TRIBUNAL COLEGIADO PUEDE EN LA SENTENCIA, INVOCAR RAZONES DISTINTAS A LAS QUE SE HAYAN TENIDO EN CUENTA PARA FUNDAR EL FALLO RECLAMADO”, jurisprudencia 462, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, t. VI, p. 399.

¹⁰⁴ *Supra*, nota 95.

pio de contradicción en el juicio de amparo. Dicho principio o cualquier otro del sistema acusatorio *no debe llevarse del proceso penal al constitucional, afectando los principios específicos de este*, en perjuicio de los derechos fundamentales del reo, con un inadmisibles formalismo contrario al garantismo del amparo.¹⁰⁵ Esencialmente de esa misma opinión fue la Primera Sala de la Suprema Corte al resolver las contradicciones de tesis 160/2010 y 412/2010.

En ambas ejecutorias el máximo tribunal sostuvo que “la naturaleza del proceso penal y del juicio de amparo son completamente distintas”, puesto que en el último se ejerce la función de control constitucional, por lo cual en él debe velarse por que “prevalzcan los principios constitucionales frente a cualquier legislación o acto de autoridad”. Esta razón justifica las diferencias entre el juicio de amparo y el proceso penal.

En resumen, “no necesariamente” se deben aplicar rigurosa e inmediatamente los principios del proceso penal en el juicio de amparo. Como señaló la Suprema Corte, aquellos deben atenderse por la fuerza normativa que les corresponde como derechos fundamentales. Pero solo pueden servir como criterios orientadores a usar en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa y aplicativa de los jueces de amparo, porque los sujetos a quienes se dirigen naturalmente no son estos, sino los tribunales ordinarios, y por supuesto, siempre considerando la correcta ponderación entre ellos, como mostró la colisión de los principios acusatorios de contradicción, igualdad y no incriminación, que tuvo lugar en el caso materia de la contradicción de tesis 412/2010. El influjo de tales principios procesales penales no puede alcanzar a “derogar” los principios y reglas legislativas del juicio de amparo, y menos cuando derivan de la naturaleza y fines propios de este proceso también constitucional.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, nota 77.

III. JUECES DE CONTROL Y DEFENSA DE LA LIBERTAD

La reforma constitucional de 2008 operó una modificación orgánica sumamente importante: la introducción del llamado “juez de control”, también llamado en otras latitudes y en entidades federativas mexicanas, “juez de garantía”.¹⁰⁶ Se ha dicho que esta es “una de las medidas más importantes y acertadas” de la reforma penal de 2008, habida cuenta de que con ella por sí sola se logran diversos objetivos como la “judicialización” de la investigación y evitar demoras en la misma.¹⁰⁷

La indicada reforma solo menciona a los jueces de control en el párrafo decimotercero del artículo 16 constitucional, atribuyéndoles la obligación de autorizar medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación.¹⁰⁸ Nunca se recalcará lo suficiente la importancia de lo anterior: la investigación penal requiere la intervención estatal de múltiples ámbitos en que se involucran los derechos fundamentales: domicilio, comunicaciones, etcétera; y corresponde a la autoridad judicial su vigilancia para garantizar la protección de los derechos en juego. Esto en razón de que, como veremos al hablar del principio de proporcionalidad en un apartado posterior, dicha intervención requiere la ponderación del cumplimiento de diversos parámetros

¹⁰⁶ Por supuesto, esta última denominación no debe llevar a confundir a estos juzgadores con los que tienen competencia en amparo, comúnmente llamados “jueces de garantías”. Como veremos, su función es completamente diferente, y dada esta equívocidad propia de nuestro medio, es acertada la opción del Constituyente de designar estos órganos de la manera en que lo hizo. Véase “JUEZ DE GARANTÍA. EL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, QUE REGULA ESTA FIGURA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, tesis 1a. XXVIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XXIX, febrero de 2009, p. 427.

¹⁰⁷ Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2011, p. 80.

¹⁰⁸ En materia de intervención de comunicaciones relacionadas con la seguridad nacional, se tiene un antecedente legislativo en los artículos 33 y ss. de la ley de la materia.

jurídicos, un juicio que tendría un resultado con *graves consecuencias independientemente de su sentido*, cuya corrección solo un juzgador podría asegurar por su imparcialidad.¹⁰⁹

Además del anterior fundamento textual, la existencia de estos juzgadores se apoya implícitamente en la separación del artículo 20, apartado A, fracción IV, constitucional, relativa al juez que instruyó el caso y el que lo juzgará, que conlleva la celebración de la etapa de preparación del juicio oral.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 17 constitucional admite la posibilidad de que un órgano judicial autorice los convenios de reparación del daño entre el imputado y la víctima, lo que correspondería a los indicados jueces de control.

A estas nuevas figuras judiciales les corresponde, por su naturaleza, participar a todo lo largo del procedimiento penal, salvo en las etapas de juicio oral y ejecución.¹¹⁰ Por ende, las funciones de estos juzgadores se resumirían en las siguientes:

- 1) Resolución de las solicitudes del Ministerio Público que se traduzcan en afectaciones a los derechos (fundamentales) del indiciado, como la orden de aprehensión y la intervención de sus comunicaciones;
- 2) Resolución de conflictos que se presenten durante el desarrollo de las etapas previas al juicio oral, y eventualmente,
- 3) Control de convenios derivados de mecanismos alternativos de resolución de controversias, celebrados durante el lapso procesal de su competencia.

La participación de los jueces de control en el procedimiento penal plantea la cuestión de si ejercen alguna forma de control constitucional, puesto que una importante porción de sus compe-

¹⁰⁹ Cfr: “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

¹¹⁰ Cfr: Chorrres Benavente, Hesbert, *El amparo en el proceso penal acusatorio y oral*, México, UAEM, 2010, p. 121.

tencias implica aplicar directamente los derechos fundamentales con miras a su protección. En un momento previo, y sin considerar lo establecido por la Suprema Corte en el caso *Radilla* (varios 912/2010) porque era muy reciente esta resolución, opinamos que este problema debe resolverse en sentido negativo: los jueces de control no tienen jurisdicción constitucional, sino ordinaria.¹¹¹ Sin duda, nuestra opinión anterior debe responder ahora a la actual configuración del sistema de control constitucional en México y a las opiniones expresadas últimamente.

El caso *Radilla* instituyó en nuestro país un sistema “mixto” de control constitucional, formado por instrumentos de tipo *concentrado* que operan por vía de acción —incluyendo entre ellos, para efectos prácticos, al juicio de amparo—, y la respectiva facultad para que se ejerza dicho control de modo *difuso* por todos los órganos jurisdiccionales por vía de excepción.¹¹² Como estableció la Suprema Corte en dicha resolución, ambos sistemas no son excluyentes entre sí ni alternativos, sino que se ejercen ambos sin perjuicio recíproco.¹¹³

Es innegable que de alguna manera la existencia del control difuso —de constitucionalidad y también de convencionalidad, que a grandes rasgos son concomitantes— convierte a todos los juzgadores en garantes del orden constitucional, y sobre todo de los derechos humanos. Sin embargo, en realidad esto no es una competencia ajena a la propia función jurisdiccional, vedada por la anterior proscripción jurisprudencial de dicho control. En la

¹¹¹ *El juicio de amparo y el sistema...*, op. cit., nota 7, pp. 36-38 (39-42).

¹¹² Véase “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Pleno, lib. III, diciembre de 2011, p. 557.

¹¹³ Véase también “DEFINITIVIDAD EN EL AMPARO. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO RELATIVO EN LOS CASOS EN QUE ÚNICAMENTE SE ALEGUEN VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO SE ELIMINÓ CON MOTIVO DE LA AUTORIZACIÓN DEL CONTROL DIFUSO, ORIGINADA POR LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011”, tesis I.8o.A.1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, lib. XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1747.

clásica sentencia de *Marbury vs. Madison* que estableció el control difuso, la Suprema Corte norteamericana por voz de su *chief justice*, John Marshall, enfatizó para fundar la existencia de la facultad de control judicial, que es “ámbito y deber (*province and duty*) del Departamento Judicial decir lo que es el derecho”,¹¹⁴ de manera que el control difuso está basado en una “simple” y natural interpretación que determina la norma aplicable al caso particular.

En cambio, en los sistemas concentrados que tienen procesos cuya acción tiene como particular fin determinar si un elemento jurídico —primordialmente una ley en sentido estricto— es o no conforme a la Constitución, no solo se da dicha operación hermenéutica, sino que tal cuestión de regularidad es el precisamente *litigio* que específicamente dirime el juzgador o tribunal, que cuenta con competencia especializada y particularmente otorgada para ello.

Cuando ejercen control difuso, los jueces ordinarios no llevan a cabo más que una operación necesaria —ahora exigible— para dirimir el litigio ordinario que se les sometió (civil, penal, mercantil, administrativo, etcétera); de ahí que no haya necesidad de, por ejemplo, citar a la legislatura que emitió la norma general impugnada. Los jueces constitucionales ejercen precisamente la función que justifica su existencia, y lo hacen *juzgando* al órgano a que se atribuye un proceder inconstitucional, llamándolo para que exprese lo que a su derecho corresponda, y según el caso invalidando su acto para *todos los efectos* a que haya lugar, no solo para el caso concreto.¹¹⁵ Esta especialización, tanto orgánica como procesal, hace “constitucionales” a los jueces.

¹¹⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

¹¹⁵ Esto es aun válido para el juicio de amparo. Aun antes de la reforma constitucional de 2011, el efecto del amparo indirecto —su vertiente netamente procesal— invalidaba la norma general impugnada respecto del quejoso, aun para el futuro y no solo para el caso preciso que dio origen a la controversia. Esto se refuerza ahora con lo dispuesto por el artículo 78 de la nueva Ley de Amparo, que dispone que la sentencia declarará, con todas sus letras, si la norma general es o no conforme a la Constitución.

La respuesta a si los jueces de control y sus procedimientos constituyen un “medio de control constitucional” es mucho más compleja. Hasta cierto punto esta discusión es bizantina, porque si se les negara dicha calidad, los indicados juzgadores no dejarán de tener la competencia que tienen, y esta tampoco acrecerá teniéndolos como instrumentos de control constitucional.¹¹⁶ Su utilidad es meramente científica, en el sentido de que nos permitirá comprender mejor la naturaleza de la actividad de los jueces de control.

En una interesante monografía derivada de su investigación doctoral, Salvador Castillo Garrido planteó muy atendibles argumentos que aportó a la discusión de este tema la interesante monografía que referiremos adelante. Otro aspecto plausible de su metodología fue también que consideró las razones para negar o afirmar la naturaleza “constitucional” de los jueces de control. La posición del mencionado autor parece inclinarse a que los jueces sí ejercen un control constitucional, pues indica que “deben asumirse como verdaderos garantes de derechos fundamentales”, que incluso “supera[n] en economía procesal al juicio de amparo”, y cuya impugnación, en caso de ejercicio indebido, debiera darse a través de la inmediata procedencia del recurso de revisión que prevé la legislación de amparo.¹¹⁷

La llamada “jurisdicción constitucional de la libertad” es “[u]n modo... *diferenciado, reforzado*, o sea distinto incluso estructuralmente pero sobre todo por los efectos, de aquellos por los cuales igualmente pueden sostenerse en juicio otros derechos”.¹¹⁸ Se trata

¹¹⁶ Este fue la esencia del argumento en torno a la cuestión de si la Suprema Corte de Justicia de la Nación es o no un “tribunal constitucional”, que expuso Cossio, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 152.

¹¹⁷ *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 129 y ss., especialmente las pp. 135, 146 y 147.

¹¹⁸ “*Un modo, dico, differenziato, rinforzato, distinto cioè anche strutturalmente ma soprattutto per gli effetti da quelli con i quali possono portarsi in giudizio altri diritti. È questa differenziazione, infatti — e quindi l'esistenza,*

entonces de una vertiente del control constitucional concentrado, destinada *ex profeso* a hacer valer los derechos fundamentales, a través de un proceso en que el litigio versa únicamente sobre si un determinado acto es o no contrario a dichos derechos. Por ello, los procedimientos de los jueces de control no pueden comprenderse dentro de dicha “jurisdicción constitucional de la libertad”: su labor es solo *accessoria*, y a lo mucho connatural del fin primordial de su existencia, que es contribuir a determinar si se dan los supuestos que justifican someter a proceso penal a una persona, relativo a si incurrió en una responsabilidad de tal naturaleza, no a determinar exclusivamente la violación de derechos fundamentales.

Que parte importante de la labor de dichos juzgadores sea prevenir tales contravenciones o impedir su eficacia en el proceso penal, se debe a que la materia penal, en todo instante, está íntimamente vinculada con la libertad personal, y a que esta y otros derechos corren *grandes riesgos* en materia penal. La función de garantía de los jueces de control consiste en un control “objetivo”, en el sentido de requerirse una “segunda opinión” para la pertinencia de determinadas acciones ministeriales —incluyendo la continuación del curso del procedimiento—, que se encarga a un órgano judicial como suele hacerse con las determinaciones más importantes del ordenamiento jurídico,¹¹⁹ que por virtud de la materia se relaciona estrechamente con afectaciones graves a derechos fundamentales importantes, como sucede con la *sanción judicial* que se exige en otras materias para determinados actos —como la transmisión de propiedad de bienes pertenecientes a menores—, que también tiene por objeto proteger derechos, algunos de ellos también fundamentales.

nell'ambito della 'giurisdizione costituzionale', di un tipo particolare di 'giurisdizione costituzionale delle libertà' (Grundrechtsgerichtsbarkeit)...”, Cappellotti, op. cit., nota 26, p. 6.

¹¹⁹ *Cf.*: “DIVISIÓN DE PODERES. LA FACULTAD CONFERIDA EN UNA LEY A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA EMITIR DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL, NO CONLLEVA UNA VIOLACIÓN A ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, tesis 2a./J. 143/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XVI, diciembre de 2002, p. 239.

Si entendemos de una manera extensa el “control constitucional”,¹²⁰ e incluimos en él a cualquier procedimiento que tenga por objeto prevenir, sancionar, reparar y, en general, salvaguardar los derechos fundamentales, toda autoridad tendrá esa función. No habría diferencia entre la Suprema Corte resolviendo una acción de inconstitucionalidad y cualquier otra autoridad protegiendo y promoviendo los derechos humanos como prescribe el artículo 1o. constitucional. Hay que poner algún límite conceptual entre las operaciones de dicho control y las que no lo son: aquellas consisten en las resoluciones que a través de un procedimiento precisamente creado para ello *establecen, previenen, reparan y/o sancionan* las violaciones a las normas constitucionales, en particular la relativa a los derechos humanos.

Al no ser la prevención de vulneración de derechos fundamentales la materia esencial y exclusiva¹²¹ del procedimiento penal y de las funciones de los jueces de control, aunque estos se hallen previstos en la ley fundamental, no deben considerarse “jueces constitucionales” —máxime al no poder establecer la invalidez de una norma general, si siquiera por lo que respecta a la esfera jurídica del justiciable— ni pensar que su labor es propiamente de “control constitucional”. Lo anterior evidentemente, y como ya señalamos, sin negar las importantes competencias que tienen los jueces de control, que incluyen la facultad que tiene toda autoridad de interpretar de manera directa —aunque no definitivamente— la Constitución y los tratados internacionales.

¹²⁰ Sobre los sentidos lato y estricto del “control constitucional”, véase Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000, p. 302.

¹²¹ Sino a lo sumo una previsión que debe tomarse en cuenta por la fuerza normativa de los derechos fundamentales, y hacerlo con determinadas formalidades por los riesgos que estos corren en el procedimiento penal.