

## CAPÍTULO CUARTO

### LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

I. El concepto de seguridad jurídica . . . . .	585
1. Dimensiones de la seguridad jurídica . . . . .	587
2. Riesgos actuales de la seguridad jurídica . . . . .	589
II. Derecho a la información (artículo 6o.) . . . . .	591
1. Información, secreto y democracia . . . . .	594
2. El derecho de acceso a la información pública . . . . .	597
A. Cuestiones generales . . . . .	597
B. La regulación en México . . . . .	604
3. Algunos criterios jurisprudenciales sobre derecho a la información . . . . .	611
4. Protección de datos personales . . . . .	619
III. Derecho de petición (artículo 8o.) . . . . .	621
1. Cuestiones generales . . . . .	622
2. Respuesta de la autoridad . . . . .	624
3. Breve término . . . . .	628
4. Derecho de petición y negativa ficta . . . . .	629
5. El derecho de petición en materia política . . . . .	631
IV. Derecho de posesión y portación de armas (artículo 10) . . . . .	632
V. Irretroactividad de la ley (artículo 14, párrafo primero) . . . . .	636
VI. El artículo 14, párrafo segundo . . . . .	652
1. Actos privativos . . . . .	653
2. Formalidades esenciales del procedimiento. . . . .	656

Derecho a la información consular . . . . .	664
3. Tribunales previamente establecidos . . . . .	669
VII. La exacta aplicación de la ley en materia penal (artículo 14, párrafo tercero). . . . .	670
1. Reserva de ley . . . . .	673
2. Taxatividad . . . . .	677
3. Prohibición de analogía . . . . .	683
4. Proporcionalidad y legislación penal . . . . .	685
VIII. El derecho a la legalidad en materia civil (artículo 14, párrafo cuarto) . . . . .	690
IX. Los derechos del artículo 15 constitucional. . . . .	692
X. La garantía de legalidad en sentido amplio (artículo 16, párrafo primero) . . . . .	695
1. Mandamiento escrito . . . . .	696
2. Autoridad competente . . . . .	698
3. Fundamentación y motivación . . . . .	699
XI. Detenciones (artículo 16, párrafos segundo a sexto) . . . . .	706
XII. Inviolabilidad del domicilio (artículo 16, párrafos octavo, undécimo y decimotercero) . . . . .	712
XIII. Inviolabilidad de comunicaciones privadas (artículo 16, párrafos noveno, décimo y duodécimo) . . . . .	720
XIV. Los derechos del artículo 17 constitucional. . . . .	724
1. Prohibición de autotutela . . . . .	724
2. Acceso a la justicia . . . . .	725

3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas . . . . .	732
4. Independencia judicial y ejecución de las sentencias. . . . .	733
5. Deudas civiles . . . . .	736
XV. La presunción de inocencia . . . . .	737
XVI. La pena de prisión y la cercanía con el domicilio. . . . .	740
XVII. La pena de muerte . . . . .	744
XVIII. El derecho de propiedad (artículo 27). . . . .	749
XIX. Bibliografía . . . . .	754

## CAPÍTULO CUARTO

# LOS DERECHOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

### I. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Los derechos de seguridad jurídica son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. El Estado de derecho en sentido formal puede entenderse como el conjunto de “reglas del juego” —de carácter fundamentalmente procedimental— que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto *formal* de Estado de derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley (o, más en general, a las normas jurídicas).

Una de las notas que más se ha hecho presente en la historia y en la teoría sobre la noción de “Estado de derecho”, es la que tiene que ver con la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento: los requisitos que deben observar las autoridades para molestar a una persona, la competencia limitada y/o exclusiva de cada nivel de gobierno, la imposibilidad de aplicar hacia el pasado las nuevas leyes, las reglas de carácter procesal para privar a una persona de su libertad, y así por el estilo.

Elías Díaz lo ha escrito de forma contundente en un libro clásico sobre el tema:

el Estado de derecho es el Estado sometido al derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley... Las ideas de control jurídico, de regulación desde el derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de derecho en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991, pp. 17 y 18; del mismo autor, sobre el tema, “Estado de derecho y legitimidad demo-

La sujeción de los órganos públicos a la ley se concreta en el principio de *mera legalidad*, el cual es distinto al principio de *estricta legalidad* según el cual las autoridades no solamente deben de acatar las leyes cualesquiera que sean sus contenidos, sino que es preciso además que todos sus actos —incluyendo los propios actos legislativos— estén subordinados a los derechos fundamentales.<sup>2</sup>

La idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se concreta en una pluralidad de significados. En el primero que estamos analizando, referido a la sujeción de los poderes públicos al derecho, empata directamente con la misión central que tuvo el primer constitucionalismo, que entendía que todo el sistema constitucional se justificaba en la medida en que pudiera *controlar* al poder por medio del ordenamiento jurídico.<sup>3</sup> La división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales serían desde entonces, y lo siguen siendo en la actualidad, los dos elementos claves para alcanzar ese objetivo, como lo anticipó en su momento el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de 1789. En esa misma lógica y dentro del mismo momento histórico se debe recordar también que el artículo 80. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”.

La seguridad jurídica, por tanto, se expresa en mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes como sujeción *funcional* a una serie de “reglas del juego”, con el objetivo de preservar la libertad de las personas que habitan en el propio Estado. Como escribe Gregorio Peces-Barba, “en su dimensión de justicia formal, la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico”.<sup>4</sup>

crática”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002, pp. 61 y ss.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 857; del mismo autor, sobre el tema, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>3</sup> La idea del control del poder ha sido desarrollada, entre otros autores, por Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, IIJ-UNAM, 2002, y por Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2000.

<sup>4</sup> Peces-Barba, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003, p. 8.

## 1. Dimensiones de la seguridad jurídica

Si analizamos con más detalle lo que se acaba de apuntar, veremos que son dos las dimensiones principales a través de las cuales se expresa el principio de seguridad jurídica: una que tiene que ver con la *previsibilidad* de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos. Antonio E. Pérez Luño ha llamado a lo primero “corrección estructural” y a lo segundo “corrección funcional”.<sup>5</sup>

En efecto, la seguridad jurídica busca que la “estructura” del ordenamiento sea correcta (sea justa, para decirlo en otras palabras) y que también lo sea su “funcionamiento”.

La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos democráticos. Entre esos principios encontramos los siguientes:<sup>6</sup>

*Lege promulgata*, principio según el cual para que una norma jurídica sea obligatoria tiene que haber sido adecuadamente promulgada; es decir, tiene que haber sido dada a conocer a sus destinatarios mediante las formalidades que se establezcan en cada caso. La promulgación en los Estados modernos presupone el carácter escrito del derecho, lo que permite la inclusión de las normas en publicaciones oficiales, así como su recopilación en códigos, leyes, tratados, reglamentos, etcétera. Sobra decir que un sistema de derecho escrito permite contar con mayores niveles de seguridad que un sistema de derecho consuetudinario, puesto que al estar fijadas en un texto las normas que rigen en una sociedad es más fácil que sean conocidas y aplicadas por sus destinatarios.

*Lege manifesta*, fundamento según el cual las leyes (las normas jurídicas en general) deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados. Así, como lo veremos con detalle más adelante, es contrario a la seguridad jurídica el establecer tipos penales abiertos o en blanco, que son aquellos en los que la acción que se quiere sancionar no está claramente definida en el texto, ni se establecen con precisión las consecuencias jurídicas por realizarla.

*Lege plena*, principio según el cual las consecuencias jurídicas de alguna conducta deben estar tipificadas en un texto normativo; todos los actos o conductas que no estén jurídicamente previstos (por ejemplo la determinación del lado por el que se debe subir una persona a la bicicleta o la forma correcta de

<sup>5</sup> Pérez Luño, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 23 y ss.; *id.*, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 483 y ss.

<sup>6</sup> Sigo la exposición de Pérez Luño, *La seguridad jurídica, cit.*, pp. 23 y ss.

ponerse los calcetines) no pueden tener consecuencias jurídicas que nos afecten. Esto se logra mediante el establecimiento de un sistema de fuentes del derecho a través del cual se determina qué normas forman parte del ordenamiento jurídico y los pasos que son necesarios para modificar o derogar esas normas. Solamente con base en alguna de las normas pertenecientes al sistema jurídico un juez o una autoridad administrativa nos podrá imponer, llegado el caso, algún tipo de consecuencia jurídica por nuestra conducta.

*Lege stricta*, con este principio se entiende que algunas áreas de la conducta pueden ser reguladas solamente mediante cierto tipo de normas. Por ejemplo, en el caso de bienes jurídicos de gran importancia, el texto constitucional puede establecer que sólo pueden ser afectados mediante una ley, excluyendo de esa manera la posibilidad de que tales bienes sean regulados por otras fuentes del derecho o por sujetos distintos al Poder Legislativo. Es lo que sucede en los países democráticos con la materia penal o con la materia tributaria, en las cuales las Constituciones suelen establecer lo que se llama una “reserva de ley”, conforme a la cual solamente el legislador puede establecer los tipos penales y sus consecuencias jurídicas o determinar los elementos esenciales de los tributos que debemos pagar para el sostenimiento del gasto público.

*Lege previa*, fundamento según el cual las leyes solamente pueden regir hacia el futuro, haciendo con ello posible que las consecuencias jurídicas de nuestra conducta sean previsibles en la medida en que podamos saber que estarán regidas bajo las *actuales* reglas del juego y no bajo las reglas que en un momento posterior pudieran dictarse. Este principio se materializa en la prohibición de aplicar retroactivamente la ley.

*Lege perpetua*, este principio afirma que los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables que sea posible a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezcan. Si un ordenamiento es muy volátil lo más seguro es que cueste mucho alcanzar un conocimiento general de sus normas, de manera que la posibilidad de incumplirlo se incrementará sustancialmente. En México sabemos bien las consecuencias funestas de tener un ordenamiento que todo el tiempo está cambiando; eso sucede sobre todo en materia fiscal y en materia constitucional. Cuando todavía no terminamos de entender el sentido de una reforma constitucional ya están promulgando la siguiente. De la misma forma, la extrema volatilidad de las reglas fiscales hace que sea imposible que una persona pueda cumplir con sus obligaciones tributarias sin contar con la asesoría de expertos, con lo cual se genera una evidente falta de seguridad jurídica y se multiplica la evasión fiscal.

Como se puede apreciar, los principios que se acaban de enumerar no tienen sentido por sí solos; es decir, para que en verdad puedan estar al servicio de la

seguridad jurídica, es necesario que todos ellos, sin excepción, estén presentes en un ordenamiento jurídico determinado. No serviría de nada que las leyes no pudieran ser retroactivas si su contenido fuera tan oscuro que nadie las entendiera; tampoco tendría sentido disponer la necesidad de publicar las leyes si los jueces pudieran utilizar sus propias convicciones personales al momento de imponer una multa o fijar una pena privativa de la libertad. Y así por el estilo. La seguridad jurídica exige la presencia de todos esos principios para volverse realidad (quizá también de algunos otros, ya que los mencionados son la base mínima para que podamos considerar que un ordenamiento jurídico protege la seguridad jurídica).

Los principios mencionados corresponden, decíamos, a la dimensión de la corrección estructural. Por lo que hace a la corrección funcional, la seguridad jurídica exige que podamos garantizar el cumplimiento generalizado de las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico a los particulares así como la regularidad de la actuación de las autoridades. Esta segunda vertiente o dimensión de la seguridad jurídica se traduce:<sup>7</sup> *a*) en la presunción de conocimiento del derecho y en la prohibición de esgrimir la ignorancia del mismo, y *b*) en el principio de legalidad de los poderes públicos, de acuerdo con el cual estos poderes solamente podrán hacer aquello para lo que estén facultados por una norma jurídica. A través de los dos subprincipios que se acaban de mencionar se busca evitar que las personas puedan evadir el cumplimiento del derecho aduciendo que no conocían las obligaciones que las normas les imponen, así como impedir la arbitrariedad de los poderes públicos al sujetarlos a una serie de reglas que se integran en un sistema de pesos y contrapesos tendente a evitar cualquier transgresión por parte de las autoridades al ámbito de competencias que tienen jurídicamente establecido.

## 2. Riesgos actuales de la seguridad jurídica

No es difícil advertir que son muchas las exigencias que despliega el principio de seguridad jurídica. Pero tampoco es complicado intuir que muchas de esas exigencias se realizan de manera muy precaria en la mayoría de países democráticos del mundo (y no se realizan de forma alguna en los países no democráticos, como es obvio).

Pensemos, por poner un ejemplo, en el principio de *lege manifesta*, de acuerdo con el cual las normas jurídicas deben ser claras y comprensibles por sus destinatarios: ¿en verdad una persona sin formación técnico-jurídica sería capaz de entender una ley aduanera o un reglamento sobre impacto ambiental?

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Lo más probable es que para orientarse en esos textos deba recurrir a la asesoría de los profesionales. De hecho, ni siquiera la propia Constitución mexicana de 1917 utiliza el lenguaje adecuado y comprensible que sería deseable para una norma que se dirige a todas las personas que se encuentran en el territorio nacional. El lenguaje constitucional es rebuscado y la redacción de sus normas es oscura e intrincada. En ocasiones ni los especialistas teóricos ni los tribunales pueden orientarse con seguridad en el texto constitucional, como lo demuestra el hecho de que sobre un mismo precepto existan las más diversas y dispares interpretaciones. En general se puede decir que tenemos un ordenamiento jurídico opaco, en el que no abunda la claridad y sí más bien las zonas de penumbra o de franca oscuridad.

Las dificultades para la seguridad no se detienen en la mala redacción de las normas jurídicas, sino que aumentan por efecto de la velocidad a la que cambia el ordenamiento jurídico y por el gran número de normas de todo tipo a las que se enfrentan cotidianamente las personas. En un país con una estructura federal como es el caso de México, una persona que quisiera estar al tanto del conjunto del ordenamiento jurídico no solamente tendría que leer todos los días el *Diario Oficial de la Federación*, sino también las gacetas y periódicos oficiales de las 31 entidades federativas y del Distrito Federal. ¿Cómo conocer los 33 códigos penales, los 33 códigos de procedimientos penales, los 33 códigos civiles y los 33 códigos de procedimientos civiles que están vigentes en el territorio nacional? ¿y cómo sumar a ese conocimiento las reglas en materia de comercio exterior, los bandos municipales, las circulares y los reglamentos que cada semana expiden la Secretaría de Hacienda o el Banco de México? Es imposible.

Como principio de seguridad jurídica es incontrovertible que debemos presumir que el derecho es conocido por todos a través del mero hecho de contar con una serie de formalidades para que una norma jurídica sea obligatoria (por ejemplo al exigir su publicación antes de que pueda entrar en vigor), pero es también incontrovertible que ese conocimiento no se realiza en los hechos y que cada día se revela como una cuestión meramente académica.

Por lo que hace a la corrección funcional aplicada a la observancia del principio de legalidad de los poderes públicos, cualquiera que se acerque a la realidad mexicana de nuestros días comprobará que no se observa cabalmente en ningún nivel de gobierno y por ninguna autoridad. Las autoridades administrativas se han significado en la historia mexicana por ignorar cualquier tipo de regulación jurídica en su funcionamiento. Lo mismo la policía que los inspectores de vía pública; en general, las autoridades se conducen al margen de la ley y están sujetos más bien a códigos corruptos en perjuicio del interés general. Es aplicable a México la observación que hace Luigi Ferrajoli sobre Italia en el

sentido de que junto a la configuración formal y pública del Estado, se ha ido construyendo un Estado sumergido, “un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos”.<sup>8</sup>

En los siguientes apartados emprendemos el estudio de cada uno de los derechos de seguridad jurídica que contempla la Constitución mexicana, según van apareciendo en el texto constitucional. Como ya se dijo en la nota preliminar, algunos derechos que tienen que ver con la materia penal no serán estudiados dentro de este capítulo por considerarse que, en razón de su objeto, pertenecen al ámbito del derecho penal, procesal penal o penitenciario.

## II. DERECHO A LA INFORMACIÓN (ARTÍCULO 6o.)

El derecho a la información fue agregado como última parte del texto del artículo 6o. en 1977, dentro del proceso de la llamada “reforma política” de ese año que culminó con diversos cambios constitucionales.

El texto constitucional no podía ser más escueto: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Aunque como veremos en seguida, guarda una estrecha relación con las libertades de expresión e imprenta, se ha considerado oportuno ubicar al derecho a la información dentro del capítulo de los derechos de seguridad jurídica en virtud de que supone más un instrumento de certeza del derecho, que el ejercicio de una libertad. En este contexto, puede afirmarse que el derecho a la información no es una mera *posibilidad de actuar libre de interferencias*, sino que requiere de una serie de medidas de carácter positivo por parte del Estado e incluso de los particulares para poder realizarse.

No debe confundirse el derecho *a* la información con el derecho *de* la información; el primero es el derecho que tienen todos los individuos a obtener información, tanto de los particulares como de las autoridades. El derecho de la información es el conjunto de normas jurídicas aplicables al proceso informativo, lo que incluye el régimen jurídico de los medios de comunicación, el estatuto profesional de los comunicadores, los derechos de autor de quienes generan información, etcétera.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003, p. 144.

<sup>9</sup> Sobre el concepto de derecho *de* la información y del derecho *a* la información ver, respectivamente, Aguirre Nieto, Marisa, “El derecho de la información como ciencia” y

El derecho a la información es un derecho de carácter complejo, que involucra a varios sujetos y que genera, para esos sujetos, una variada red de posiciones subjetivas y obligaciones de acción y de abstención. Veamos, de entre todos los posibles, algunos de estos asuntos.

Los sujetos que principalmente están involucrados en el derecho a la información son: el Estado, los medios de comunicación, los periodistas y, como es obvio si se acepta el carácter universal de los derechos fundamentales, todas las demás personas; sin embargo, conviene tener presente la distinción entre las personas que trabajan o son propietarios de los medios de comunicación, los periodistas y el resto de ciudadanos en virtud de que los primeros y los segundos tienen una serie de derechos añadidos a los que tienen en general los ciudadanos.

El derecho a la información tiene, en relación con el Estado, un doble componente. De una parte, se trata de que el Estado se abstenga de impedir la búsqueda o difusión de informaciones por parte de los particulares; éste sería su contenido *pasivo*. Al respecto, Ignacio Villaverde apunta que

En lo que concierne al derecho de libertad [de información] es obvio que el mandato es de abstención. El Estado debe eludir cualquier tipo de acción u omisión que implique una injerencia en o impida la recepción de información... Por tanto, se viola ese deber de abstención por el Estado tanto si condiciona el acceso a cierta información como si lo hace del uso de determinados medios de difusión para recibirla, siempre que tal condición no se especifique en una norma legal.<sup>10</sup>

Así, el derecho a la información puede considerarse una especie de la más amplia libertad de expresión. Recordemos que, como tuvimos oportunidad de sostener en el capítulo tercero al referirnos a la libertad de expresión, uno de los aspectos de esa libertad es justamente la posibilidad de allegarse de información. Desde este punto de vista, el derecho a la información tendría un valor instrumental para la libertad de expresión. Mediante el acceso a la información la persona maximiza su autonomía, al tomar conocimiento de una amplia diversidad de datos, opiniones, posturas académicas, posiciones filosóficas, etcétera.<sup>11</sup>

Escobar de la Serna, Luis, "El proceso de configuración del derecho a la información", ambos incluidos en Bel Mallén, Ignacio y Corredoira, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.

<sup>10</sup> Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, p. 348.

<sup>11</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El acceso a la información como derecho", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, p. 225.

Por otra parte, el Estado tiene la obligación, de carácter positivo, de aportar información, garantizando —como dice el texto constitucional— la efectiva realización de ese derecho. En este aspecto, que se podría denominar contenido *activo* del derecho a la información, el Estado debe, entre otras cuestiones, promover “el acceso libre e igual a la información, remover los obstáculos que se interpongan en este acceso y facilitar la participación de los individuos en el ámbito de lo público a través de su adecuada información”.<sup>12</sup>

Desde luego, las preguntas surgen de inmediato: para garantizar la realización de ese contenido *activo* del derecho a la información ¿qué información en concreto debe proporcionar el Estado?, ¿cumple con esa obligación simplemente a través de los informes ordinarios que rinden, por ejemplo, el presidente de la República el 1o. de septiembre por mandato del artículo 69 constitucional, el presidente de la Suprema Corte ante el pleno de la propia Corte, o el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ante el Congreso?, ¿qué sujetos en concreto deben ser los que proporcionen información?, ¿quién puede exigirla?, ¿por medio de qué procedimientos se pueden defender los particulares —incluyendo a los medios de comunicación— en caso de que se les niegue el acceso a una determinada información?, ¿se puede negar la entrega o el acceso a ciertas informaciones por razones de seguridad nacional u otras equivalentes?

Sergio López-Ayllón señala que es justamente en el ámbito de las acciones positivas que debe desarrollar el Estado en donde se debe dar la regulación legislativa. Con dicha regulación no se trataría de limitar las libertades que se desprenden del mismo derecho a la información (las libertades de buscar y difundir información), sino de “expandir su ejercicio”.<sup>13</sup>

En realidad, tomando en cuenta este punto de vista, la no regulación es lo que provoca la negación del derecho, pues ante el vacío legislativo no hay elementos para dar respuesta a las preguntas formuladas en el párrafo anterior; esta es la situación que durante años imperó en México y que sólo ha podido ser superada recientemente. Lo que en cualquier caso debe quedar claro es que el derecho a la información incorpora una faceta activa que se concreta en la obligación a cargo del Estado de proporcionar información, aun si nadie se la pide.

<sup>12</sup> Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, *cit.*, p. 349.

<sup>13</sup> “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carbonell, Miguel y Carpizo, Jorge (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 172.

## 1. *Información, secreto y democracia*

El derecho a la información tiene una gran importancia para cualquier régimen democrático. Una de las notas características de los sistemas autoritarios o dictatoriales siempre ha sido ejercer el poder en secreto, de forma que el pueblo no sólo no tenga ninguna participación en el gobierno sino que incluso, hasta donde sea posible, no posea ningún conocimiento de lo que hacen sus gobernantes. Por el contrario, la democracia es por excelencia la forma de gobierno basada en lo público, concepto que se desarrolla desde el momento de elegir a los gobernantes (por medio de sistemas electorales públicos y no secretos, como es obvio) hasta las vías a través de las que se pueden tomar las decisiones (la publicidad de los debates parlamentarios es una regla indiscutida de la democracia).<sup>14</sup>

En México, el signo permanente del ejercicio del poder, como corresponde a un régimen autoritario, ha sido el secreto y la manipulación informativa. Sin embargo, desde hace unos años el “derecho a saber” ha sido una de las reivindicaciones constantes de algunos grupos de la oposición política y de numerosos actores de la sociedad civil. En los últimos tiempos el control gubernamental sobre los medios de comunicación masiva se fue debilitando progresivamente y comenzó a surgir un muy incipiente pluralismo informativo.

En este contexto, lo que tradicionalmente había sido una enorme fuente de poder para fortalecer al régimen y perpetuar su dominio (el control de la información), se ha desvanecido en los últimos años. Como señala Luis Rubio,

El control de información ha sido siempre una de las fuentes más importantes de poder. Las comunicaciones y la capacidad de procesamiento de la información son las dos tecnologías que están penetrando a México a la velocidad del sonido y, con ello, transformando la realidad política del país. Mientras que antes la información se podía concentrar y ocultar, la esencia de la revolución implícita en estas tecnologías es precisamente la contraria: las comunicaciones descentralizan el poder en la medida en que se descentraliza el conocimiento y la información.<sup>15</sup>

En un sistema democrático, la información tiene un valor por sí misma, con independencia de que se le pueda o no relacionar con algún derecho fundamental (por ejemplo con la libertad de expresión, como ya se ha mencionado). A

<sup>14</sup> Una buena argumentación al respecto puede verse en Stiglitz, Joseph E., “Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público”, en Gibney, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003, pp. 125 y ss.

<sup>15</sup> Rubio, Luis, *La democracia verdadera. Información, ciudadanía y política pública*, México, Cal y Arena, CIDAC, 1998, p. 24.

partir de ese valor autónomo, la información se suma a los bienes jurídicos intangibles que, al igual que sucede con la propiedad intelectual, las patentes industriales o las marcas, comienzan a ser tutelados por el ordenamiento jurídico a partir del siglo XX (particularmente desde los años cincuenta).<sup>16</sup>

En este contexto, la información da lugar a un derecho individual, como instrumento de realización de la libertad de expresión en primer lugar y luego como un derecho de carácter autónomo que se reconoce a partir del valor intrínseco de la información misma. Pero la posibilidad de tener acceso a la información tiene también una dimensión colectiva en tanto que la información es un bien público.<sup>17</sup> La información es una de las bases para el ejercicio democrático del poder, basado en la publicidad de los actos del gobierno y en la transparencia de la administración. El acceso a la información es lo que nos permite saber, por ejemplo, de qué manera se está gastando el gobierno el dinero de nuestros impuestos.

Históricamente, los primeros órganos que se han sometido al principio de publicidad han sido los parlamentos.<sup>18</sup> En el Estado liberal del siglo XIX la publicidad parlamentaria permitió integrar a la sociedad civil en el Estado, reduciendo de esa manera la enorme distancia que, bajo el antiguo régimen, existía entre representados y representantes.

A la apertura de los parlamentos ha seguido, en clave histórica, la apertura de los tribunales. La publicidad del proceso es una de las reglas que históricamente han regido el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales a partir del surgimiento del Estado liberal; antes, en el antiguo régimen, los juicios eran en buena medida secretos.

También a los tribunales les presta legitimidad de ejercicio la transparencia en sus actuaciones. Como ha señalado el Tribunal Constitucional español, “la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia”. La publicidad de las actuaciones procesales es una de las formas mediante las que la opinión pública puede controlar el funcionamiento de los tribunales, que es una cuestión diferente al derecho que tienen las partes a acceder a los expedientes judiciales que les afecten. La transparencia de las actuaciones judiciales puede servir para disminuir el riesgo de corrupción de los jueces, así como para mantener la imparcialidad que exige su

<sup>16</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.* p. 223.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>18</sup> Vega, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 43, 1985, pp. 45-65.

función. Ya lo intuía Mirabeau cuando sostuvo: “Dadme el juez que queráis: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal que no pueda hacer nada si no es cara al público”.<sup>19</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en el caso *Axen* de 1983 que

el carácter público de los procedimientos ante los tribunales... protege a los litigantes frente a una administración de justicia secreta y sin control de la opinión pública; constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y tribunales mediante la consecución de una justicia transparente. La publicidad contribuye a lograr la finalidad del artículo 6.1: el derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática.<sup>20</sup>

Es la administración pública la que más ha tardado en procurar la transparencia de sus actuaciones. Quizá se deba lo anterior a que, como señala Francisco J. Laporta, “Los gobiernos son enemigos potenciales de la información que les atañe o les perjudica”.<sup>21</sup> No es sino hasta los años sesenta del siglo XX, bajo el empuje del movimiento dirigido a “democratizar” a la administración pública, que el tema de la transparencia empieza a plantearse como una exigencia frente a la rama ejecutiva del gobierno.<sup>22</sup>

La transparencia administrativa es una consecuencia, como ya se ha mencionado, del carácter democrático del Estado, pero también supone un estímulo para mejorar su eficacia, a la vez que permite garantizar de mejor manera su rectitud e imparcialidad, de modo que sirve incluso para proteger a la administración contra sí misma.<sup>23</sup> Además, el hecho de que los gobernados puedan exigir información a la administración pública sirve para equilibrar de alguna manera las enormes potestades que tiene el Estado para pedir información de los particulares.<sup>24</sup>

La transparencia administrativa es un concepto amplio y un tanto difuso; contempla cuestiones muy variadas, por ejemplo el derecho de acceso a los do-

<sup>19</sup> Citado por Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 313.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Laporta, Francisco, “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.

<sup>22</sup> Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, *cit.*, p. 317.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 319.

cumentos administrativos, la motivación de los actos administrativos —en tanto que exteriorización de las razones por las que la autoridad ha tomado una decisión y como justificación del contenido de la misma—,<sup>25</sup> la identificación del responsable de cada procedimiento que lleva a cabo el Estado, la claridad en la distribución de competencias, la participación de los particulares —de forma individual o colectiva— en los procedimientos administrativos, etcétera.<sup>26</sup> Según se puede ver, el concepto de transparencia es más amplio que el de acceso a la información.

No es lo mismo la transparencia que la publicidad administrativa. La publicidad se puede entender como una condición de visibilidad de la acción administrativa, lo cual supone, entre otras cuestiones, la accesibilidad a las fuentes de información administrativa y la publicidad de las sesiones de los órganos colegiados de la administración.<sup>27</sup>

## 2. *El derecho de acceso a la información pública*

### A. *Cuestiones generales*

Una de las especies del genérico derecho a la información es el derecho de acceso a la información pública, es decir, el derecho de conocer la información de carácter público que se genera o que está en posesión de los órganos del poder público o de los sujetos que utilizan o se benefician con recursos provenientes del Estado.

El mencionado derecho que tienen los ciudadanos para acceder a documentos y datos que obren en poder del gobierno, puede tener dos distintas manifestaciones. La primera es cuando los datos a los que se quiere tener acceso afectan de manera directa la esfera jurídica de una persona; se trataría por ejemplo de documentos que obren en un proceso judicial o administrativo en el que el interesado sea parte.

La segunda manifestación del derecho de acceso a la información se produce cuando una persona quiere tener acceso a documentos que no afectan de manera directa su esfera jurídica; es el caso que, en algunos de sus preceptos, regula la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (a esta Ley le dedicaremos un estudio más detenido en un apar-

<sup>25</sup> Sobre el tema de la fundamentación y motivación de los actos de autoridad nos tendremos más adelante dentro de este mismo capítulo.

<sup>26</sup> Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., pp. 319 y 320.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 321.

tado posterior) y se da siempre que una persona se dirige a un órgano público para solicitar cualquier tipo de documento sin que tenga que justificar ningún tipo de interés jurídico para tener acceso a él. A lo primero se le podría llamar “derecho de acceso a la información en sentido restringido”, y a lo segundo “derecho de acceso a la información en sentido amplio”. Como ya se ha señalado, ambas manifestaciones forman parte (aunque no lo agotan) del derecho a la información establecido en el artículo 6o. *in fine* de la Constitución mexicana.<sup>28</sup> Se relacionan y guardan estrecha dependencia, como es obvio, con otros derechos fundamentales.

Así, el derecho de acceso a la información en sentido restringido se relaciona con el derecho al debido proceso legal establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales; así como con el derecho a la impartición de justicia y de acceso a los tribunales del artículo 17 de la propia carta magna.

El derecho de acceso a la información en sentido amplio se relaciona con la libertad de expresión, con los derechos electorales y, más en general, con la concepción democrática del Estado contemporáneo, que la Constitución mexicana recoge explícitamente en su artículo 40.

La libertad de expresión, para no ser un ejercicio estéril y completamente vacío debe estar nutrida por información; en este sentido, el que los ciudadanos puedan acceder a los documentos y archivos públicos les permite —instrumentalmente— un mejor ejercicio de su libertad de expresión.

Los derechos de sufragio, activo y pasivo, también requieren de un mínimo de información para ser ejercidos de forma correcta. Así, un candidato opositor, para estar en aptitud de presentar a los electores un programa de gobierno alternativo al del partido en el poder, debe conocer el funcionamiento de los poderes públicos y sus problemas, lo que puede suceder solamente si se le permite a ese candidato acceder la información que obra en poder del Estado; en cuanto al sufragio activo, es obvio que para ejercer un voto razonado el ciudadano debe contar con información sobre el desempeño de sus gobernantes, la eficiencia y diligencia con que desempeñan sus funciones, el grado de cumplimiento que han tenido respecto a los ofrecimientos que hicieron en campaña, etcétera. Como lo señala Roberto Saba,

Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados

<sup>28</sup> López-Ayllón, Sergio, “Artículo 6o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. I, pp. 119 y ss.

fuertemente dañinos para la comunidad... El derecho a la información es, en consecuencia, una *precondición* del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía.<sup>29</sup>

Además de lo anterior, una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes. De otra manera, es imposible asignar responsabilidades a los malos funcionarios y recompensar a los buenos.

Al tratar las cuestiones generales sobre el derecho a la información hemos sostenido que, al margen de su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales, la información tiene un valor propio. A partir de éste, puede entenderse que forman parte del derecho a la información el “derecho a la verdad”, que sin ser un derecho contemplado como tal por los ordenamientos jurídicos, ha jugado un papel esencial en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, con independencia de que algunas de esas violaciones pudieran o no ser castigadas, los familiares de las víctimas tienen el derecho de saber cuál fue el destino éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.<sup>30</sup>

El valor propio, autónomo, de la información se traduce en el derecho que tenemos para acceder a datos personales almacenados en bancos de datos públicos o, bajo ciertas circunstancias, también en bases de datos que hayan sido confeccionadas y estén en poder de particulares; es lo que se conoce como el derecho de *habeas data*,<sup>31</sup> que nos permite consultar las mencionadas bases de datos para el efecto de rectificar, suprimir, actualizar o pedir la confidencialidad de ciertos datos.<sup>32</sup>

Finalmente, el valor autónomo de la información es lo que presta fundamento para la “libertad de investigación”, que sirve para el desarrollo de actividades académicas y periodísticas y que genera obligaciones positivas de colaboración para el Estado, cuando el objeto de la investigación sean conductas, datos o políticas públicas.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Saba, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, p. 158.

<sup>30</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, p. 231.

<sup>31</sup> El tema del *habeas data* lo trataremos con algo más de detalle en un apartado posterior.

<sup>32</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, p. 232.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 233.

Por lo que hace a la dimensión colectiva del derecho a la información, esta última es un requisito para el control de los actos de los poderes públicos. Así, a partir del derecho a la información en países como Argentina cualquier persona puede tener acceso a las declaraciones patrimoniales que los altos funcionarios deben presentar al tomar posesión de algún cargo público. Es también el derecho a la información en su dimensión colectiva lo que permite acceder a la información presupuestaria, para conocer la forma y destino de los gastos públicos.<sup>34</sup>

El derecho de acceso a la información, como se verá en el capítulo quinto, tiene incidencia, por ejemplo, en el ejercicio de algunos derechos sociales; por ejemplo, la posibilidad de acceder a la información es vital para hacer exigible el derecho al medio ambiente (en materia ambiental el derecho a la información ha tenido importantes desarrollos en el derecho comparado y en el derecho mexicano);<sup>35</sup> la información también es vital para defender los derechos de los consumidores.<sup>36</sup>

En términos generales, las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan como una de las primeras obligaciones de los Estados partes la de proveer información sobre el estado que guarda cada uno de los derechos previstos por el Pacto, pues de esa manera se contará con parámetros de medición de los avances o retrocesos que se vayan dando en cada caso.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>35</sup> Una referencia importante en el derecho comparado lo constituye la Directiva 90/313/CEE de la Unión Europea; al respecto, Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, *cit.*, pp. 233 y ss.; en el derecho mexicano cabe destacar la regulación que sobre acceso a la información ambiental se encuentra en el artículo 159 bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. La demanda de información en materia ambiental y en materia de protección de los consumidores fue en su momento pionera en el movimiento cívico en favor del acceso a la información pública; como señala Roberto Saba, “Los activistas organizados que se convirtieron en pioneros en la materia fueron los ambientalistas. Éstos advirtieron rápidamente que el ejercicio del derecho a acceder a la información era de crucial importancia para poder llevar a cabo su labor de control de la actividad pública o privada que pudiera poner en riesgo la existencia de un medio ambiente sano. Es por ello que las primeras normas que reconocen el derecho de la persona a acceder a la información pública son en realidad legislaciones que establecen el derecho a acceder a la ‘información ambiental’. En sentido similar, más tarde fueron las organizaciones abocadas a la defensa de los derechos del consumidor las que pujaron por el derecho a contar con información útil para tomar decisiones en el mercado como usuarios y consumidores”, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *cit.*, p. 146.

<sup>36</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, p. 238.

La información es a veces el presupuesto para ejercer otros derechos;<sup>37</sup> así sucede con algunos aspectos del derecho laboral —en materia de prerrogativas de los sindicatos— o de derecho indígena —en donde la información es necesaria para cumplir de forma adecuada con el derecho que tienen, a partir del Convenio 169 de la OIT, las comunidades indígenas a ser consultadas respecto de toda medida legislativa o administrativa que les afecte—. <sup>38</sup>

Dentro de las cuestiones generales en torno al derecho de acceso a la información, además de lo que ya se ha dicho, podrían mencionarse la del tipo de información a la que se puede acceder, la de los órganos encargados de proporcionarla, la de la información que puede ser negada, el procedimiento por medio del cual se pueden cursar las solicitudes, etcétera. Aunque el análisis de algunos de temas es mejor hacerlo a partir de la perspectiva que nos ofrece o bien el derecho comparado o bien la regulación concreta que sobre ellos existe en México, conviene sin embargo hacer unas breves observaciones introductorias.

Por lo que respecta al tipo de información al que se puede tener acceso, hay que decir que normalmente se accede al llamado “dato procesado”, es decir, a la estadística, indicador o documento que ya ha sido tratado por el órgano administrativo y que, en esa virtud, se encuentra en un archivo. Esto no obsta para reconocer que debe preservarse la posibilidad de acceder al “dato bruto”, es decir, al dato que está en poder de la administración pero que no ha recibido ningún tipo de tratamiento; esta forma de acceso es especialmente relevante para ejercer la libertad de investigación.

También es importante permitir el acceso a la información sobre el circuito de circulación de los datos dentro de la administración, es decir, que nos podamos enterar del curso que siguen los documentos y del tratamiento que reciben por cada una de las autoridades que tiene acceso a él.

Finalmente, en algunos casos muy concretos, podremos exigir a la autoridad que genere una información que nos interesa y que no existe como tal en los registros o archivos; esta posibilidad es muy acotada pues debe contar con un respaldo legal o reglamentario, porque de otra manera es posible que la administración pública se distrajera de sus funciones sustantivas al estar dedicada a generar la información que le solicitamos elabore para nosotros.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 239-241.

<sup>38</sup> Sobre el Convenio 169 y la protección de las comunidades indígenas, *cfr.* el capítulo sexto *infra*.

<sup>39</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *cit.*, pp. 242 y 243.

Una de las cuestiones más importantes sobre el derecho a la información se refiere al tipo de sujetos que están obligados por ese derecho, es decir, los que deben proveer la información que le interesa a los particulares. Aquí las posibilidades son fundamentalmente dos: *a)* o bien que la obligación de proporcionar información corra a cargo exclusivamente de los órganos públicos entendidos en sentido restringido (es decir, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial más los órganos constitucionales autónomos como en México lo son el Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos); *b)* o bien que, considerando una perspectiva más amplia, la obligación corra también a cargo de personas físicas o jurídicas que, sin ser propiamente órganos del Estado como los mencionados, desempeñan funciones públicas o funciones de interés público; si se adopta esta segunda perspectiva, como se hace en otros países, entonces estarán obligados a proporcionar información no solamente los poderes públicos sino también las empresas con participación estatal, los particulares que presten servicios públicos, los proveedores de la administración, los prestadores de servicios profesionales que estén al servicio del Estado (despachos de abogados o contadores, peritos, expertos en determinadas materias, etcétera). Cada ordenamiento jurídico elige entre una de las dos opciones anteriores o entre alguna modalidad de las mismas; como veremos más adelante, el legislador federal mexicano fue bastante restrictivo al momento de establecer los sujetos obligados a proporcionar información.

El tema de los sujetos no es menor ni anecdótico, sino que es central para el entendimiento y el funcionamiento práctico del derecho de acceso a la información; hay que tener en cuenta que una parte importante de los recursos públicos es gestionado o aplicado por los particulares a través de un sinfín de formas jurídicas. No son pocos los servicios públicos prestados por particulares; los contratos administrativos tienen elevadas cuantías. La gestión de propiedades inmuebles y muebles de propiedad pública por particulares no es un fenómeno extraño. La pregunta importante entonces, tomando en cuenta lo que se acaba de decir, es si consideramos que el derecho de acceso a la información nos permite tener información *completa y exhaustiva* de todo lo que se hace con el dinero de nuestros impuestos o si nos queremos quedar con una parte de la película sin verla toda. Una u otra opción dependen del tipo de sujetos a los que obliguemos por medio del ordenamiento jurídico a proporcionar información.

Sobre el mismo tema de los sujetos del derecho de acceso surge otra cuestión: ¿los titulares de ese derecho son solamente los particulares o también los propios órganos públicos tienen derecho a solicitar información? Por ejemplo, ¿podría un municipio pedir información a un gobierno estatal para enterarse de

la forma en que se ha gestionado la construcción de una presa ubicada en su territorio? En virtud de las finalidades de transparencia, máxima apertura y rendición de cuentas que persigue el derecho a la información, creo que se debe contestar afirmativamente: también las personas jurídicas de derecho público deben tener derecho a utilizar la legislación de acceso a la información para los fines de solicitar y obtener información que les parezca relevante, sin tener que acreditar para ello ningún tipo de interés legítimo, directo o indirecto. Con ese acceso no solamente se podría lograr más transparencia gubernamental, sino que las autoridades estarían en posibilidad de contar con mayores elementos para ofrecer una buena gestión pública.

Hay algún tipo de servidores públicos para los que la información no solamente es necesaria en términos generales, sino que es una pieza clave para ejercer su tarea. Es el caso de quienes desempeñan funciones parlamentarias (diputados y senadores), pues sin contar con información es muy difícil, si no imposible, que lleven a cabo sus dos principales tareas: la de crear leyes y la de ejercer el control político sobre el gobierno. El acceso a la información por parte de los parlamentarios ha suscitado, por ejemplo, varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, que ha relacionado dicho acceso con el derecho fundamental de participación política y con la posibilidad de desempeñar el cargo parlamentario tal como lo marca la ley.<sup>40</sup> Para hacer posible esta vertiente del derecho de acceso (cualificado en función del sujeto titular del mismo) debe ser el propio legislador el que, ya sea en las normas generales sobre acceso o en las normas específicas que regulan la estructura y funcionamiento del Poder Legislativo, regule con detalle su alcance y las vías para hacerlo exigible.

Todas las cuestiones generales a las que se ha hecho referencia y otras que serán objeto de estudio en los apartados sucesivos, tienen mucho interés para el derecho de acceso a la información en cualquier contexto; pero en el caso mexicano tienen un interés añadido, ya que el texto constitucional es sumamente escueto al momento de contemplar el derecho a la información, razón por la cual el legislador se puede mover en un amplio registro de opciones al detallar ese derecho en la legislación ordinaria. Si no tenemos claras estas cuestiones generales no contaremos con los elementos necesarios para evaluar la corrección constitucional de una determinada ley o reglamento de acceso a la información.

<sup>40</sup> Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., p. 336.

## B. La regulación en México

La regulación del derecho a la información en México tiene tres momentos estelares o destacados. El primero es en 1977, cuando dentro del paquete de modificaciones constitucionales en que se tradujo la llamada “reforma política” de ese año, se introduce una frase en la parte final del artículo 6o. de la carta fundamental para señalar que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

El segundo momento importante se da en 2002, cuando con un retraso de *solo* 25 años el Poder Legislativo decide —gracias a la presión de la opinión pública y en concreto de un grupo de académicos y periodistas que conformaron el “Grupo Oaxaca”— regular legislativamente el derecho de acceso a la información, emitiendo en consecuencia la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LTG, en lo sucesivo).

Finalmente, el tercer momento relevante se produce en 2003, cuando al entrar en vigor de forma completa la LTG, se instala el órgano encargado de su aplicación en el ámbito administrativo (el Instituto Federal de Acceso a la Información, IFAI), se dictan los acuerdos y reglamentos de los poderes Judicial y Legislativo, así como de los órganos constitucionales autónomos (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Banco de México, Instituto Federal Electoral y Tribunales Agrarios), y los ciudadanos comienzan a cursar sus peticiones de información conforme a lo que disponen dichos instrumentos jurídicos.

Paralelamente a la puesta en funcionamiento de la LTG, un número importante de entidades federativas comienza a dictar sus propias leyes locales de acceso a la información, siguiendo en su mayor parte el modelo de la legislación federal.<sup>41</sup>

Sobra decir que la escueta mención de la parte final del artículo 6o. constitucional hace del “derecho a la información” un derecho de contenido indeterminado, aunque no indeterminable. Deberán ser los tribunales los que vayan definiendo en última instancia el núcleo esencial del precepto mencionado, partiendo de la idea de que la breve mención del texto constitucional no supone una licencia para que el legislador o los demás poderes y órganos públicos puedan dictar las normas de desarrollo que les parezcan, sin estar sujetos a ningún tipo de control. Es decir, de la brevedad y vaguedad de la última frase del artículo 6o. no puede concluirse que todas las regulaciones que lo desarrollen son, sin más, apegadas a la Constitución. Seguramente se darán casos en los

<sup>41</sup> Varias de ellas están recogidas en Villanueva, Ernesto (comp.), *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, cit.*, pp. 243 y ss.

que la regulación no solamente no desarrollará adecuadamente el derecho a la información, sino que será un obstáculo para su realización práctica; en ese supuesto, se tendrá que ir construyendo una serie de parámetros argumentativos que permitan discernir en qué casos la normativa está de acuerdo con el texto constitucional y en qué otros lo vulnera.

Vamos a examinar a continuación algunos aspectos jurídicos relacionados con el desarrollo legislativo del artículo 6o. constitucional.

#### a. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

El principal ordenamiento de desarrollo del derecho de acceso a la información es la LTG, a partir de la cual se emiten el resto de disposiciones federales en la materia.<sup>42</sup> Ya se ha hecho referencia al origen de la Ley, de forma que en este momento nos centraremos solamente en su contenido.

Los ejes centrales a través de los cuales se articula la Ley son los siguientes:<sup>43</sup>

A) La Ley ordena que una serie de informaciones muy relevantes para el funcionamiento de los poderes públicos sean puestas a disposición de los interesados de oficio por las propias autoridades, que deberán asegurarse de que sean consultables por medios remotos o electrónicos. Se trata de las llamadas por la ley “Obligaciones de transparencia” que están determinadas en su artículo 7o.

B) El resto de la información podrá ser solicitada por los interesados. Para tal efecto, la Ley establece un procedimiento que se puede llevar a cabo ante las autoridades obligadas por la Ley y que, cuando concluya con una resolución negativa para la pretensión del solicitante, puede ser impugnado ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) si es que se trata de información del Poder Ejecutivo federal (artículos 28 a 32, 37 fracción II y 49 a 60 de la LTG), o ante los órganos que se señalen por la normatividad correspondiente tratándose de las demás autoridades a las que en seguida haremos referencia (artículo 61).

<sup>42</sup> El texto de la LTG y, en general, del conjunto de la normatividad mexicana sobre el derecho de acceso a la información, puede consultarse en Carbonell, Miguel (comp.), *Derecho a la información. Legislación básica*, Porrúa, 2003.

<sup>43</sup> Una muy buena síntesis del contenido de la LTG puede verse en López-Ayllón, Sergio, “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 283 y ss.

Para atender las peticiones de información de los particulares y desarrollar el procedimiento que señala la Ley, se establecen por la propia LTG dos niveles primarios de órganos administrativos y un órgano supervisor. Los dos primeros son las unidades de enlace que, para decirlo muy llanamente, son las ventanillas ante las que se presentan las solicitudes de acceso a la información, y los comités de información, cuya función principal es ordenar al interior de cada órgano público obligado por la Ley las cuestiones más relevantes que derivan de la LTG (por ejemplo ordenar los criterios para clasificar información, decidir sobre la negativa a proporcionar una información solicitada, comprobar que una información no existe en los archivos de la dependencia, etcétera). Las unidades de enlace y los comités de información deben existir en todos los órganos a los que la Ley obliga, no solamente dentro de las dependencias del Poder Ejecutivo federal. El órgano externo que tiene competencia solamente respecto a las autoridades de la administración pública federal es el IFAI, que se integra por cinco comisionados, nombrados por el Presidente de la República (el Senado puede objetar el nombramiento) y que duran en su cargo siete años.

C) La regla general es que toda la información gubernamental es pública, salvo aquella que la Ley define como información reservada o confidencial. La información reservada es aquella que no puede ser conocida de inmediato, pero a la que podrá accederse cuando haya transcurrido un cierto tiempo desde que fue creada o desde que fue clasificada como reservada. El plazo que establece la Ley es de 12 años según el artículo 15 de la LTG. La información confidencial es aquella a la que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia imputable a la autoridad puede darse a conocer. La definición de qué es información reservada se encuentra en los artículos 13 y 14 de la LTG. La definición de qué es información confidencial se encuentra en el artículo 18 de la LTG.

Los artículos señalados utilizan términos bastante ambiguos para considerar que cierta información es reservada o confidencial. Por ejemplo, la LTG señala que es información reservada la que pueda dañar la estabilidad económica del país o la que pueda menoscabar la conducción de las relaciones internacionales; ¿cómo apreciar si ese daño o ese menoscabo puede ser producido o no por cierta información? ¿no limita en exceso la LTG el sentido y alcances que le debemos dar a la parte final del artículo 6 constitucional?

De todas formas, es importante tomar en cuenta que no basta que una información se refiera a las materias señaladas por los artículos 13, 14 y 18 de la LTG para que no se pueda dar a conocer, sino que, como señala López-Ayllón,

para que opere la reserva... es necesario que exista además un elemento de daño actual o potencial que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la integridad física de una

persona. No se trata pues de una reserva indiscriminada, sino que deberá estar fundada en la Ley y motivada en una razón que podrá ser objeto de valoración por las instancias que correspondan.<sup>44</sup>

D) Los sujetos que están obligados por la Ley son el Poder Ejecutivo federal, la administración pública federal, la Procuraduría General de la República, el Poder Legislativo federal (incluyendo las dos cámaras del Congreso, la Comisión Permanente y cualquiera de sus demás órganos), el Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal, los órganos constitucionales autónomos (definidos por la fracción IX del artículo 3 de la LTG), los tribunales administrativos federales y cualquier otro órgano federal (artículo 3o., fracción XIV de la LTG).

E) La Ley contempla un régimen jurídico especial para la información de los partidos políticos. Aunque como tales no son sujetos de la Ley, el artículo 11 precisa que

Los informes que presenten los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales al Instituto Federal Electoral, así como las auditorías y verificaciones que ordene la Comisión de Fiscalización de los Recursos Públicos de los Partidos y Agrupaciones Políticas, deberán hacerse públicos al concluir el procedimiento de fiscalización respectivo. Cualquier ciudadano podrá solicitar al Instituto Federal Electoral, la información relativa al uso de recursos públicos que reciban los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales.

Con este artículo se puede tener acceso a la información sobre el uso que los partidos políticos hacen de los recursos públicos que se les entregan para el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con el artículo 41 constitucional.

F) Para solicitar cualquier información no se tiene que acreditar ningún tipo de personalidad jurídica o interés legítimo. Basta con que se pida para que las autoridades deban contestar afirmativamente a la solicitud presentada, a menos que se esté en alguno de los casos de excepción que establece la Ley (información confidencial o reservada) o bien si la información que se pide no existe. El último párrafo del artículo 40 de la LTG establece con claridad que “En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno”.

G) De acuerdo con el artículo 44 de la LTG, las autoridades deben responder a toda solicitud de acceso a la información en un plazo de 20 días hábiles, que puede ser extendido de forma motivada y fundada hasta por otros veinte. En

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 293.

ese plazo las autoridades deben hacer del conocimiento del solicitante que la información existe y, si es el caso, que está disponible por no ser información confidencial o reservada. También deberán comunicarle el costo que tendrá que cubrir para el gasto de fotocopias o soporte magnético en el que le darán la información (el asunto de las cuotas de acceso está regulado en el artículo 27 de la LTG). Luego de esa comunicación y previo pago de la cuota correspondiente por parte del solicitante, la autoridad cuenta con un plazo de diez días hábiles para entregarla o ponerla a disposición de aquél. Algunos autores pronostican que los plazos señalados no se cumplirán cabalmente durante los primeros años de funcionamiento de la LTG, “dada la falta de orden en los archivos administrativos en México, la complejidad de la información y la falta de experiencia en la gestión de este tipo de solicitudes”.<sup>45</sup>

#### b. El derecho de acceso y el Poder Judicial federal

El acceso a la información generada por el Poder Judicial tiene mucha importancia, por varias razones. En primer lugar porque el sistema de rendición de cuentas de jueces, magistrados y ministros no es tan claro (por la forma en que desempeñan sus tareas) como en los demás poderes. No digo que sea mejor o peor, sino simplemente que en la medida en que cada juzgador ejerce la tarea que tiene encomendada de forma independiente, es más difícil conocer cómo se está desempeñando. En segundo lugar, el acceso a la información generada desde los tribunales está sujeto a mayores “tensiones” con otros bienes de rango constitucional, como el derecho a la intimidad, la libertad de información y la libertad de expresión.

En la actualidad, los medios de comunicación pueden ejercer importantes (y no siempre positivas) presiones sobre los jueces, en forma de “juicios paralelos”, “telejuicios” y otros fenómenos típicos del universo mediático contemporáneo (y en particular de la manera de informar de la televisión, que tiende a simplificar la explicación de los problemas).<sup>46</sup>

Por todas estas razones, se hace necesaria una regulación específica del acceso a la información judicial. Dicha regulación, sin embargo, no debe perder de vista su objetivo esencial: permitir el acceso a la información generada por los órganos judiciales. Esa debe ser la regla y cualquier excepción deberá ser cuidadosamente justificada. Tiene razón Ernesto Villanueva cuando afirma que “el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado con mayores índices de

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>46</sup> Para una primera aproximación a estos problemas, Gavaldá, J., Bernardo, J. M. y Pellisser, N. (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

opacidad en México y, por consecuencia, donde menos ha permeado el sentido de por qué debe haber transparencia y para qué... la cultura del secreto sigue siendo en buena medida parte de la vida de los juzgadores mexicanos”.<sup>47</sup>

En el caso del Poder Judicial federal, por mandato del artículo 61 de la LTG, fueron dictados varios acuerdos generales en los que se reguló el acceso a la información producida por los órganos jurisdiccionales. Posteriormente fue expedido el “Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental” (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril de 2004).

Recordemos que la LTG hace referencia al Poder Judicial Federal en el artículo 8o., que dispone lo siguiente: “El Poder Judicial de la Federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales”. El artículo 13 de la LTG también contiene una referencia al Poder Judicial Federal, sin mencionarlo, cuando considera como información reservada la que pueda causar un “serio perjuicio” a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, a la impartición de justicia o a las estrategias procesales en procesos judiciales mientras las resoluciones no causen estado. El artículo 14 considera también como información reservada la que obre en los expedientes judiciales en tanto no hayan causado estado.

Los acuerdos dictados originalmente por la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura Federal fueron bastante restrictivos.<sup>48</sup> Por ejemplo, se disponía que los expedientes en materia penal y familiar constituirían información reservada, y por tanto no podían ser consultados durante doce años, contados a partir de la conclusión de los asuntos respectivos. También se disponía que los expedientes que hubieran sido concluidos antes de la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia, en las mismas materias, no podrían ser consultados durante 36 años; desde luego, la determinación de este plazo no tenía ninguna base legal y fue objeto de severas críticas por parte de la opinión pública.

Cabe recordar que el negar acceso a la información derivada de un juicio penal es un criterio contrario al que existe en muchos países democráticos y parece más bien un rasgo propio de los Estados autoritarios. En Estados Unidos la

<sup>47</sup> Villanueva, Ernesto, “Derecho de acceso a la información en el poder judicial. Una aproximación del caso mexicano desde la perspectiva comparada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 208-209.

<sup>48</sup> Para un primer análisis de tales acuerdos, *cfr.* Carbonell, Miguel, “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, pp. 189-199.

Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que los juicios penales deben ser públicos para garantizar un efectivo ejercicio de la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda de su Constitución.<sup>49</sup>

La Corte estadounidense ha sostenido la pertinencia de restringir el acceso a la información en materia penal cuando, por ejemplo, una víctima menor de edad en delitos de carácter sexual esté prestando testimonio,<sup>50</sup> lo cual es muy entendible pues tiende a proteger el interés superior del niño. Hay casos en que ciertos intereses pueden estar por encima del interés por la información producida en una sala judicial, pero deben ser la excepción y no la regla. La Corte en el caso *Richmond* ha reconocido que en materia penal debe privar una “presunción de apertura” y que las excepciones deben ser cuidadosamente justificadas.

Dejando a un lado el tema del acceso a la información que se genera desde el propio Poder Judicial, lo cierto es que a nuestros jueces les incumbe una tarea muy importante para garantizar el derecho a la información; me refiero a la que se desarrolla a través de los mecanismos de control de constitucionalidad que establece la propia carta magna.

El control de constitucionalidad en relación con el derecho a la información se va a desarrollar sobre varios niveles, entre los que se encuentran al menos los siguientes:

A) El Poder Judicial federal podrá conocer de los amparos indirectos que se promuevan en contra del órgano administrativo creado por la LTG encargado de resolver de forma definitiva los recursos que se interpongan en contra de los actos de otras autoridades administrativas. Como ya vimos, el conocimiento de esos recursos corresponde al IFAI, de acuerdo con el artículo 37 fracción II de la LTG; la propia Ley establece en su artículo 59 párrafo primero que “Las resoluciones del Instituto serán definitivas para las dependencias y entidades. Los particulares podrán impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación”. El medio adecuado para hacerlo es, justamente, el juicio de amparo indirecto.

B) El Poder Judicial federal podrá conocer por varias vías de la constitucionalidad de los acuerdos generales que los órganos señalados por el artículo 61

<sup>49</sup> Se trata del importante caso *Richmond Newspaper Inc. Vs. Virginia*, 448 U.S. 555. Un buen panorama del tema de la apertura judicial en Estados Unidos puede verse, por ejemplo, en Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitutional Law*, 6a. ed., St. Paul, West Group, 2000, pp. 1128 y ss. Una perspectiva distinta, que parte de un sistema jurídico parecido al mexicano, puede verse en Gavaldá, J. y otros (eds.), *Justicia y representación mediática*, cit. Sobre el mismo tema ver la sección monográfica que figura en la parte inicial del núm. 2 de *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, julio-diciembre de 2003 (especialmente los ensayos de Ernesto Villanueva y Miguel Julio Rodríguez Villafaña).

<sup>50</sup> En el caso *Newspaper Co. vs. Superior Court*, 457 U.S. 596.

de la LTG hayan dictado para garantizar el acceso a la información. Aunque dichos acuerdos y reglamentos están asistidos por una presunción de constitucionalidad, esto no quiere decir que no puedan ser impugnados por los particulares o incluso por algún otro órgano del poder público (por ejemplo a través de una controversia constitucional). Habrá que ir viendo si todos esos acuerdos se apegan tanto a lo que dispone la propia LTG, como a lo que significa el derecho a la información del artículo 6o. constitucional.

C) El Poder Judicial federal podrá conocer de la constitucionalidad de las leyes de acceso a la información, tanto de la federal como de las que ya han sido dictadas o de las que se dicten en el futuro en el ámbito de las entidades federativas. Aunque la regulación de la parte final del artículo 6o. constitucional es muy escueta (“El derecho a la información será garantizado por el Estado”) y consagra un derecho de forma indeterminada, eso no significa que el legislador pueda entender el contenido de ese derecho como mejor le parezca;<sup>51</sup> tanto el derecho comparado como el derecho internacional de los derechos humanos suministran una serie de elementos para ir dotando de contenido al derecho indeterminado que se encuentra en el artículo 6o. Intuyo que algunas leyes estatales de acceso a la información e incluso alguna parte de la LTG pudieran ser declaradas inconstitucionales si los jueces federales entendieran al derecho a la información como un derecho dotado de diversos contenidos sustantivos y aplicaran estándares hermenéuticos modernos en su análisis (razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, escrutinio estricto, etcétera).

Una modalidad interesante del derecho a la información, que será estudiada dentro de este mismo capítulo en el apartado referido a las formalidades esenciales del procedimiento, es la que se refiere al derecho a la información sobre asistencia consular, que ha sido objeto de una importante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### 3. *Algunos criterios jurisprudenciales sobre derecho a la información*

La jurisprudencia mexicana sobre el derecho a la información ha demostrado las limitaciones que tiene la jurisdicción constitucional al intentar construir un derecho fundamental que, en buena medida, lo que requiere en primer lugar es un detallado tratamiento legislativo. Una tesis especialmente torpe sostuvo lo siguiente:

<sup>51</sup> Sobre los contenidos constitucionales indeterminados, Iglesias, Marisa, “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 443 y ss.

INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 60. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La adición al artículo 60. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de las que se desprende que: a) *Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada “Reforma Política”, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos.* b) *Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria;* y c) *Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea en favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente.* Amparo en revisión 10556/83. Ignacio Burgoa Orihuela. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E., octava época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto de 1992, p. 44.

Esta tesis tuvo el doble efecto de: *a)* rebajar la supremacía constitucional a los deseos y actividades del legislador, desconociendo el concepto de “contenido esencial” de los derechos, que le hubiera permitido a la Suprema Corte desprender del puro texto constitucional diversas consecuencias y prerrogativas directamente aplicables, y *b)* disolver el contenido normativo del derecho al considerarlo más una garantía social que un verdadero derecho fundamental. La consecuencia de este criterio fue que, a partir de su emisión, han sido muy escasas las demandas de amparo que se han promovido para hacer valer el derecho a la información.

Para corregir en parte la tesis que se acaba de transcribir, la Suprema Corte ha dictado el siguiente criterio:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 60. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN

DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE. Inicialmente, la Suprema Corte estableció que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6o. constitucional, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 1977, estaba limitado por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a constituir, solamente, una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación (*Semanario Judicial de la Federación*, octava época, 2a. sala, tomo X, agosto 1992, p. 44). Posteriormente, en resolución cuya tesis LXXXIX/96 aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo III, junio 1996, p. 513, este Tribunal Pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos, resueltos tanto en la segunda sala (AR. 2137/93, fallado el 10 de enero de 1997), como en el pleno (AR. 3137/98, fallado el 2 de diciembre de 1999), *la Suprema Corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero*. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLV/2000, p. 72.

La segunda tesis a la que se hace referencia en el criterio recién transcrito y que se refiere a la ilicitud de que las autoridades transmitan informaciones manipuladas, incompletas o falsas, es la siguiente:

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. El artículo 6o. constitucional, *in fine*, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante estas actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le

vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados. Solicitud 3/96. Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución federal. 23 de abril de 1996. Unanimidad de once votos. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, tesis P. LXXXIX/96, p. 513.

Uno de los avances más significativos de la LTG es que puso en claro que el derecho a la información permite que cualquier ciudadano tenga acceso —como regla general— a toda la información pública, con independencia de que pueda acreditar algún tipo de interés en esa información o de que tenga algún título jurídico que le permita acceder a ella. En efecto, como ya vimos, el artículo 40 último párrafo de la Ley dispone que “En ningún caso la entrega de información estará condicionada a que se motive o justifique su utilización, ni se requerirá demostrar interés alguno”. Con esta disposición se comienza a dejar atrás una cultura del secreto que había caracterizado por décadas al aparato público en México y que incluso estaba legitimada por la jurisprudencia, por ejemplo en la siguiente tesis:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 112, FRACCIÓN VII, DE LA LEY ORGÁNICA MUNICIPAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, NO LO VIOLA POR LIMITAR LA EXPEDICIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS DE DOCUMENTOS Y CONSTANCIAS DE ARCHIVO, ASÍ COMO DE ACUERDOS ASENTADOS EN LOS LIBROS DE ACTAS DE LOS AYUNTAMIENTOS, SÓLO A LAS PERSONAS QUE TENGAN INTERÉS LEGÍTIMO Y SIEMPRE QUE NO SE PERJUDIQUE EL INTERÉS PÚBLICO. El artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, establece que las copias certificadas de documentos y constancias de archivo, así como de los acuerdos asentados en los libros de actas de las sesiones de los ayuntamientos del estado de Guanajuato, sólo se expedirán cuando el solicitante acredite tener un interés legítimo y siempre que no se perjudique el interés público. Por otra parte, del análisis de los artículos 55, 59, 65 y 69 de dicha Ley Orgánica se advierte que el resultado de las sesiones de los ayuntamientos, plasmado en los libros o folios de actas de esos órganos de gobierno y administración de los municipios, involucra la discusión y resolución de intereses de diversa índole (municipal, estatal, nacional, social y particular), por lo que su difusión no puede ser indiscriminada o general, ni obedecer a la simple curiosidad del

ciudadano, sino a un interés que legitime o relacione al solicitante con la información deseada y que la difusión de ésta, aun en ámbitos tan reducidos, no perjudique el interés público. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 112, fracción VII, de la Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, no viola el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las limitaciones contenidas en dicho precepto encuentran su justificación en la naturaleza de la información solicitada, la que por derivar de los entes públicos referidos, no es dable difundir en todos sus renglones, como se dijo, de manera masiva y sin discriminación alguna, ya que ello atentaría, en algunos casos, en contra de intereses públicos y privados. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. LXI/2000, p. 71.

El razonamiento que la Corte introduce en la tesis que se acaba de transcribir es muy curioso y refleja una forma de argumentación y de interpretación de los derechos fundamentales que ha estado muy presente en nuestra historia constitucional. Podríamos decir que la Corte hace, en esta tesis y en otras, “interpretaciones metafísicas”, ya que se refiere a objetos desconocidos que nunca se atreve a identificar, ni lo intenta siquiera. En efecto, la Corte señala en la tesis anterior que la Ley de Guanajuato no viola el artículo 60. constitucional puesto que las limitaciones que establece “encuentran su justificación en la naturaleza de la información solicitada” (ya que proviene de “entes públicos”) y si se diera a conocer “sin discriminación alguna” se atentaría contra “intereses públicos y privados”. Es decir, la Corte entendía que era justamente la información que proviene de los órganos públicos la que no se podía dar a conocer (dada su “naturaleza”), entonces ¿cuál es la información a la que se refiere el artículo 60. constitucional?, ¿acaso puede ser la información privada? Por otro lado, ¿contra qué intereses se atenta —tanto públicos como privados— al dar a conocer información de “entes públicos”?

De nuevo hay que recordar que los derechos fundamentales, si en verdad son tales, no pueden verse limitados por “intereses” de ningún tipo, ni públicos ni privados, a menos que así esté establecido por la Constitución o pueda derivarse de una protección a otro derecho fundamental. Me parece que lo que no cabe hacer bajo ningún concepto es señalar que hay “intereses”, sin identificar cuáles sean, que limitan derechos fundamentales. Eso es muy sospechoso (puesto que ya sabemos qué tipo de “intereses” se han protegido históricamente con el secreto en nuestro país: los más corruptos, los que han generado espectaculares enriquecimientos de funcionarios públicos y han provocado severas crisis económicas) y además demuestra poco rigor jurídico.

Otro criterio jurisprudencial sobre el tema es el siguiente:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6o., 7o. Y 24 CONSTITUCIONALES. El derecho a la información tiene como límites el decoro, el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación, pues el artículo 6o. otorga a toda persona el derecho de manifestar libremente sus ideas y prohíbe a los gobernantes que sometan dicha manifestación a inquisición judicial o administrativa, salvo que ataquen la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. Así, la manifestación de las ideas se encuentra consagrada como uno de los derechos públicos individuales fundamentales que reconoce la Constitución, oponible por todo individuo, con independencia de su labor profesional, al Estado, y los artículos 7o. y 24 de la propia carta fundamental se refieren a aspectos concretos del ejercicio del derecho a manifestar libremente las ideas. El primero, porque declara inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia y, el segundo, porque garantiza la libertad de creencias religiosas. Así, el Constituyente originario al consagrar la libertad de expresión como una garantía individual, reconoció la necesidad de que el hombre pueda y deba, siempre, tener libertad para apreciar las cosas y crear intelectualmente, y expresarlo, aunque con ello contraríe otras formas de pensamiento; de ahí que sea un derecho oponible al Estado, a toda autoridad y, por ende, es un derecho que por su propia naturaleza debe subsistir en todo régimen de derecho. En efecto, la historia escrita recoge antecedentes de declaraciones sobre las libertades del hombre, y precisa que hasta el siglo XVIII, se pueden citar documentos sobre esa materia. No hay duda histórica sobre dos documentos básicos para las definiciones de derechos fundamentales del hombre y su garantía frente al Estado. El primero es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución francesa, la cual se mantiene viva y vigente como texto legal por la remisión que hace el preámbulo de la Constitución de Francia de fecha veinticuatro de diciembre de mil setecientos noventa y nueve. El segundo, es la Constitución de los Estados Unidos de América, de diecisiete de septiembre de mil setecientos ochenta y siete. En la historia constitucional mexicana, que recibe influencia de las ideas políticas y liberales de quienes impulsaron la Revolución francesa, así como contribuciones de diversas tendencias ideológicas enraizadas en las luchas entre conservadores y liberales que caracterizaron el siglo XIX, tenemos que se hicieron y entraron en vigor diversos cuerpos constitucionales, pero en todos ellos siempre ha aparecido una parte dogmática que reconoce derechos inherentes al hombre, y que ha contenido tanto la libertad de expresión como la libertad de imprenta. Por otra parte, los antecedentes legislativos relacionados con la reforma y adición a la Constitución de mil novecientos diecisiete, en relación al artículo 6o. antes precisado, tales como la iniciativa de ley, el dictamen de la comisión que al efecto se designó, y las discusiones y el proyecto de declaratoria correspondientes, publicados, respectivamente, en los diarios de los debates de los días seis, veinte de octubre y primero de diciembre, todos de mil novecientos setenta y siete, ponen de relieve que el propósito de las reformas fue el de preservar el derecho de todos respecto a las actividades que regula. Esta reforma recogió distintas corrientes preocupadas por ase-

gurar a la sociedad una obtención de información oportuna, objetiva y plural, por parte de los grandes medios masivos de comunicación. Conforme a la evolución del artículo 6o. constitucional vigente y comparado con lo que al respecto se ha regulado en otros países, se concluye que a lo largo de la historia constitucional, quienes han tenido el depósito de la soberanía popular para legislar, se han preocupado por que existiera una norma suprema que reconociera el derecho del hombre a externar sus ideas, con limitaciones específicas tendentes a equilibrar el derecho del individuo frente a terceros y la sociedad, puesto que en ejercicio de ese derecho no debe menoscabar la moral, los derechos de tercero, que implica el honor, la dignidad y el derecho a la intimidad de éste, en su familia y decoro; así como tampoco puede, en ejercicio de ese derecho, provocar algún delito o perturbar el orden público. Asimismo, ese derecho del individuo, con la adición al contenido original del artículo 6o., quedó también equilibrado con el derecho que tiene la sociedad a estar veraz y objetivamente informada, para evitar que haya manipulación. Así, el Estado asume la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad a través de los grandes medios masivos de comunicación, refleje la realidad y tenga un contenido que permita y coadyuve al acceso a la cultura en general, para que el pueblo pueda recibir en forma fácil y rápida conocimientos en el arte, la literatura, en las ciencias y en la política. Ello permitirá una participación informada para la solución de los grandes problemas nacionales, y evitará que se deforme el contenido de los hechos que pueden incidir en la formación de opinión. Luego, en el contenido actual del artículo 6o., se consagra la libertad de expresarse, la cual es consustancial al hombre, y que impide al Estado imponer sanciones por el solo hecho de expresar las ideas. Pero correlativamente, esa opinión tiene límites de cuya transgresión derivan consecuencias jurídicas. Tales límites son que la opinión no debe atacar la moral, esto es, las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona; tampoco debe dañar los derechos de tercero, ni incitar a la provocación de un delito o a la perturbación del orden público. De modo que la Constitución de mil novecientos diecisiete estableció una obligación por parte del Estado de abstenerse de actuar en contra de quien se expresa libremente, salvo que en el ejercicio de ese derecho se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, tesis I.3o.C.244 C, p. 1309.

La tesis que se acaba de transcribir es muy curiosa. En general demuestra un mayor nivel argumentativo que algunas de las anteriores, aunque vuelve a caer en el error de inventar límites a los derechos, cuando en su primera parte se refiere a la “circunspección” o el “recato” como límites del derecho a la información. No dejan de ser curiosas las referencias de carácter histórico al citar a la

Declaración francesa de 1789 y a la Constitución de los Estados Unidos de 1787. No son citas que se acostumbren hacer en nuestra jurisprudencia, por lo que habría que felicitar al ponente de la misma.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL NO LO VIOLA AL ESTABLECER LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS, DATOS E INFORMES PROPORCIONADOS AL INSTITUTO RELATIVO, YA QUE PERMITE PROPORCIONARLOS PARA JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS LEGALES. El precepto mencionado establece que los documentos, datos e informes que los trabajadores, patrones y demás personas proporcionen al Instituto Mexicano del Seguro Social, en cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley relativa, son estrictamente confidenciales y no pueden comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual, salvo cuando se trate de juicios y procedimientos en los que dicho Instituto sea parte y en los casos previstos por la Ley. Por tanto, si dicha confidencialidad tiene por objeto evitar que la información se conozca indiscriminadamente, pero se permite proporcionarla para juicios y procedimientos legales, indudablemente se trata de una restricción que no viola el derecho a la información. Amparo en revisión 3008/98. Ana Laura Sánchez Montiel. 7 de marzo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLVII/2000, p. 72.

Esta tesis anticipa de alguna forma la regulación que hace la LTG sobre el carácter confidencial de los datos personales; en el caso concreto, se trata de los datos que las personas entregan al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). En efecto, tales datos —que muchas veces pueden ser de carácter médico— deben ser confidenciales, para el efecto de preservar el derecho a la intimidad de los interesados. Sin embargo, no se aplica la misma regla al resto de la información que, sin referirse a los datos personales, obre en poder el propio IMSS, la cual debe ser pública como lo es la del resto órganos de la Federación.

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y GARANTÍA DE AUDIENCIA. LOS ARTÍCULOS 48 DE LA LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y 104 DE SU REGLAMENTO INTERNO, NO LOS VIOLAN PORQUE AUN CUANDO ESTABLECEN COMO FACULTAD DISCRECIONAL LA EXPEDICIÓN DE DOCUMENTOS Y COPIAS, NO LA PROHÍBEN. Los preceptos mencionados establecen, en esencia, que dicha Comisión no está obligada a entregar ninguna de sus pruebas a la autoridad a la cual dirigió una recomendación, y tampoco a particulares, pero agrega que si dichos elementos le son solicitados, ella decidirá, discrecionalmente, si los entrega o no. Por tanto, si las disposiciones mencionadas no prohíben la entrega de pruebas, documentos o copias a los particulares, sino que al respecto otorgan una facultad discrecional a la Comi-

sión, cabe concluir que no violan el derecho a la información ni, concomitantemente, la garantía de audiencia. Amparo en revisión 2099/99. Evangelina Vázquez Curiel. 7 de marzo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLVI/2000, p. 74.

En esta tesis, de nuevo, la Corte acude a un razonamiento muy torpe para dar legitimidad constitucional a la Ley de la CNDH. Bastaría con que hubiera hecho referencia a la disposición de esa Ley que establece que toda la información que obre en un expediente de queja es de carácter confidencial (artículo 4o.), para llegar a lo mismo. Intentar justificar un límite al derecho a la información sosteniendo que ese derecho no se viola cuando la propia Ley deja a criterio de la autoridad el entregar o no una información no tiene sentido y, en un momento dado, nos podría llevar a desapoderar a los particulares del derecho a la información y convertirlo en un derecho de la autoridad, puesto que ella podría decidir discrecionalmente cuándo entregar información y cuándo no hacerlo, sin violar de esa manera el artículo 6o. constitucional. Desde luego, se trata de una forma de razonar inadmisibles, que la LTG afortunadamente ha venido a corregir.

#### 4. *Protección de datos personales*

Como consecuencia del derecho a la información y como una específica manifestación del derecho a la intimidad en su vertiente de “derecho a la autodeterminación informativa”,<sup>52</sup> algunos textos constitucionales prevén la posibilidad de que los interesados puedan tener acceso y consultar bases de datos que contengan información sobre su persona o sobre sus bienes. Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que:

Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asunto sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga.

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.

<sup>52</sup> Ver, al respecto, lo que ya se dijo en el capítulo tercero de este libro en relación con el derecho a la intimidad y sus contenidos.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística.<sup>53</sup>

En México, la disposición de la parte final del artículo 6o. constitucional que establece el derecho a la información es, como ya se ha visto, muy escueta. De hecho, no hay ninguna mención a los datos personales en el texto de la carta magna, pero sí en la LTG, que dedica varios artículos al tema.<sup>54</sup>

Para empezar, la LTG define a los datos personales como “La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad” (artículo 3o., fracción II). La ley considera que los datos personales constituyen información “confidencial” y que, en consecuencia, nunca pueden ser dados a conocer por las autoridades u órganos públicos (artículo 18, fracción II).

La LTG describe varias obligaciones de los servidores públicos en relación con los datos personales; este tipo de datos solamente se podrán solicitar por un funcionario cuando sean estrictamente necesarios para la labor que se desarrolla (artículo 20, fracción II de la LTG); esto significa que ningún funcionario puede requerir de un particular o de otro funcionario datos personales si no es con base en alguna norma jurídica que se lo autorice expresa y claramente; pero no basta cualquier regulación normativa para acceder a datos personales, ya que la norma que permita ese acceso será inconstitucional e ilegal si no acredita su razonabilidad y proporcionalidad en razón de su objeto, ya que puede suponer un potencial peligro para un derecho fundamental como el derecho a la intimidad en su vertiente de “autodeterminación informativa”. En otras palabras, solamente se podrán pedir datos personales cuando así lo autorice una norma jurídica y siempre que sea indispensable para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo.

Los particulares cuyos datos personales consten en alguna base de datos en poder de cualquier órgano público pueden solicitar a la unidad de enlace respectiva que se los proporcione, en los términos del artículo 24 de la LTG. También podrán solicitar la modificación de esos datos (artículo 25, LTG). La Ley

<sup>53</sup> Ver también el artículo 5o., fracción LXXII de la Constitución brasileña.

<sup>54</sup> La protección de datos personales en la LTG es analizada por López-Ayllón, Sergio, “Derecho a la información (actualización)”, *cit.*, pp. 295 y 296.

no prevé, como sí lo hacen otras legislaciones, la posibilidad de solicitar la cancelación de datos que estén en poder de los órganos públicos.

En otros países la protección de datos ha llevado a la creación de recursos procesales denominados *habeas data*, que tienen varias funciones, pues permiten tanto solicitar a las autoridades información sobre los datos con que cuentan del propio solicitante, como pedir su modificación o cancelación; en algunos países la legislación sobre *habeas data* abarca también el uso de las bases de datos que están en poder de los particulares, sobre todo para efecto de que no puedan ser comercializados datos personales sin el consentimiento de los afectados.<sup>55</sup>

### III. DERECHO DE PETICIÓN (ARTÍCULO 8o.)

El artículo 8o. de la Constitución mexicana contiene el llamado derecho de petición. Este derecho corresponde a todos los habitantes de la República, pero se encuentra limitado para los extranjeros, que no podrán ejercerlo en materia política. El texto del artículo 8o. es el siguiente:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

También el artículo 35 constitucional menciona al derecho de petición, entendiéndolo, sin embargo, de forma más restringida que el artículo 8, como una prerrogativa del ciudadano.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Para una primera aproximación al tema, Muñoz de Alba, Marcia, “*Habeas data*”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 287 y ss.

<sup>56</sup> Artículo 35: “Son prerrogativas del ciudadano: V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición”.

## 1. *Cuestiones generales*

El derecho de petición se ha entendido tradicionalmente de dos distintas maneras:<sup>57</sup> *a*) como un derecho fundamental de participación política, en tanto que permite a los particulares trasladar a las autoridades sus inquietudes, quejas, sugerencias y requerimientos en cualquier materia o asunto (quizá por eso la Constitución mexicana lo contempla tanto en el artículo 8o. como en el 35, junto con los demás derechos de los ciudadanos); o *b*) como una forma específica de la libertad de expresión, en tanto que permite también expresarse frente a las autoridades. El Tribunal Constitucional español ha recocado esta doble faceta al señalar que “La petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para la participación ciudadana, aun cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar” (Sentencia 242/1993).

El derecho de petición genera una relación jurídica entre una persona y la autoridad, de forma que no puede hacerse valer por un particular frente a otro particular.

El derecho de petición tiene un carácter residual, pues se utiliza siempre que el ordenamiento jurídico no prevea otra manera de dirigirse hacia una autoridad;<sup>58</sup> por ejemplo, no se ejerce el derecho de petición cuando nos dirigimos al Instituto Federal Electoral para obtener nuestra credencial para votar; tampoco ejercemos el derecho de petición cuando interponemos ante un tribunal colegiado de circuito un juicio de amparo directo; tampoco ejercemos el derecho de petición cuando solicitamos ante las autoridades municipales una licencia de construcción para añadir un cuarto a nuestra vivienda.

En los tres casos que se han mencionado y en muchos otros que se podrían citar, los particulares acuden ante las autoridades haciendo uso de los derechos o prerrogativas que les ofrece el ordenamiento; su actuación, por tanto, no se encuadra en el derecho de petición porque hay otras normas jurídicas que establecen el régimen jurídico particular de esos actos. Si ese régimen jurídico no regulara alguna forma de comunicación entre los particulares y las autoridades, entonces estaríamos en posibilidad de ejercer el derecho de petición.

Normalmente, el derecho de petición se suele concebir como un derecho de configuración legal,<sup>59</sup> es decir, se trata de un derecho que los textos constitucionales enuncian de forma muy general y que luego el legislador debe concre-

<sup>57</sup> González Navarro, Francisco y Alenza García, José Francisco, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002, p. 143.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 118 y ss.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 145.

tar a través de la emisión de la correspondiente ley. Sin embargo, en México no tenemos una ley que regule lo dispuesto por el artículo 8o., razón por la cual varios de sus aspectos centrales han tenido que ser perfilados por vía jurisprudencial, como lo veremos más adelante.

El derecho de petición previsto por el artículo 8o. constitucional se traduce en la obligación de todos los funcionarios y autoridades de: *a)* permitir a los ciudadanos dirigirse a ellos en demanda de lo que deseen expresar o solicitar, y *b)* responder a dicha demanda por escrito, de forma congruente y en un plazo breve. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el contenido del derecho de petición es mínimo, pero las obligaciones que despliega para las autoridades son muy concretas; para el Tribunal,

el contenido de este derecho [de petición] como tal es mínimo y se agota en la mera posibilidad de ejercitarlo, formulando la solicitud sin que de ello pueda derivarse perjuicio alguno al interesado, garantía o cautela que está en el origen histórico de este derecho y ha llegado a nuestros días. Ahora bien, hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más, e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuera el receptor y se tome en consideración. Desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, al exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, al comunicar al interesado la resolución que se adopte... [Sentencia 161/1988].

Los requisitos para que sea ejercida conforme a la Constitución la libertad de dirigirse por escrito a una autoridad esperando una respuesta se establecen en el mismo artículo 8o.: la petición se debe formular por escrito, de manera pacífica y respetuosa. Llenándose dichos requisitos la autoridad debe inexcusablemente contestar en breve término; la respuesta de la autoridad debe darse incluso en el caso de que por vía de una norma subconstitucional se establezcan ciertos requisitos en el caso particular de algún tipo de peticiones (por ejemplo, una ley o un reglamento pueden establecer un plazo para hacer una solicitud; si la petición se presenta fuera de ese plazo no podrá ser atendida por la autoridad en cuanto al tema de fondo —es decir, en relación con lo que se esté pidiendo— pero en todo caso el particular tienen el derecho de obtener una respuesta indicándole tal circunstancia). Así se desprende claramente de las siguientes tesis de jurisprudencia:

PETICIÓN, DERECHO DE, EN CASO DE REQUISITOS REGLAMENTARIOS. 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, esto será motivo para pronunciar una resolución denegatoria, pero no para abstenerse de emitir acuerdo acerca de la solicitud. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, sexta época, segunda sala, tesis 128, p. 87.

PETICIÓN, DERECHO DE. FORMALIDADES Y REQUISITOS. La garantía que otorga el artículo 8o. constitucional no consiste en que las peticiones se tramiten y resuelvan sin las formalidades y requisitos que establecen las leyes relativas; pero sí impone a las autoridades la obligación de dictar a toda petición hecha por escrito, esté bien o mal formulada, un acuerdo también por escrito, que debe hacerse saber en breve término al peticionario. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, segunda sala, tesis 129, p. 88.

## 2. *Respuesta de la autoridad*

Desde luego, el derecho de petición no es un derecho a una *respuesta favorable*, sino solamente a una respuesta por escrito; es decir, la autoridad no está necesariamente obligada a conceder lo que pida alguna persona con fundamento en el artículo 8o. constitucional, tal como lo señala la siguiente interpretación de nuestros tribunales: “PETICIÓN, DERECHO DE. No constriñe a resolver de conformidad. Las garantías del artículo 8o. constitucional tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide y no a que se resuelvan las peticiones en determinado sentido. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 130, p. 89”.

Pero tampoco puede la autoridad contestar de cualquier forma o como mejor le venga en gana, sino que tendrá que hacerlo fundando y motivando su dicho, y en relación con lo solicitado (la congruencia entre lo pedido por el particular y lo que responda la autoridad ha sido determinada por la jurisprudencia de la Suprema Corte). Al derecho de petición correctamente formulado se debe corresponder una respuesta igualmente correcta, como lo establece, entre otras, la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PETICIÓN, DERECHO DE. Se viola el artículo 8o. constitucional, si la autoridad correspondiente no dictó un acuerdo congruente con las peticiones formuladas, accediendo o denegando lo pedido, si lo estimare justo, y sólo dicta simplemente un trámite, para aplazar indefinidamente la respuesta sustancial que debía darse al peticionario. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LI, p. 2263.

Ha sido también la jurisprudencia la que ha señalado la necesidad de que las respuestas de la autoridad sean correctas en el sentido de ceñirse a lo que se está pidiendo y de que sean claras en lo que se contesta, tal como lo señala la siguiente tesis:

PETICIÓN, DERECHO DE. RESPUESTAS AMBIGUAS. El artículo 8o. constitucional garantiza, como derecho constitucional de los gobernados, que a toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacer conocer ese acuerdo en breve término al peticionario. Ahora bien, si ese derecho constitucional debe tener algún sentido y no ser una mera norma hueca e inoperante, es claro que cuando la petición elevada a la autoridad contiene la solicitud de una conducta de dar o de hacer a la que el peticionario estima tener derecho, y si esa petición se funda y motiva, la respuesta de la autoridad no debe ser evasiva, o sibilina, o limitarse a dar largas al asunto, ni a embrollarlo, sino que en forma clara y directa debe resolver sobre la pretensión deducida. Si las autoridades consideran que la pretensión es infundada, así deben decirlo claramente, expresando también claramente, por qué estiman improcedente o infundada la petición, a fin de dar al peticionario una respuesta congruente con su petición, en un sentido o en otro, pero en un sentido que ese peticionario pueda acatar o impugnar con pleno y cabal conocimiento de causa. Resultaría contrario al espíritu de la norma constitucional que si la petición no cuenta con el beneplácito de la autoridad, dicha petición se tenga por contestada, incongruentemente, con respuestas evasivas, o ambiguas, imprecisas: eso no es satisfacer el derecho de petición, sino disfrazar la negativa a satisfacerlo, y deja al peticionario en situación de indefensión, violándose de paso el debido proceso legal que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales. Es decir, para que no se respire un clima de opresión y de decisiones no sujetas a derecho, sino un clima de paz y precisamente el correspondiente a un estado de derecho, es menester que las autoridades resuelvan las peticiones en forma franca clara, dando razón completa del por qué no se otorga lo solicitado, y dando al gobernado los elementos para aceptar o impugnar su negativa, de manera que dichas autoridades tengan por mayor interés que sus conflictos con los gobernados sean compuestos (aun judicialmente) en cuanto al mérito de sus pretensiones, que negar lo que no quieren conceder mediante el camino de las imprecisiones los laberintos, lo que más bien da impresión de que se pretende obstaculizar la petición del quejoso y el que pueda llegar a plantearla sólidamente ante los tribunales, o sea, el prevalecer de la potestad sobre el derecho. Y es fundada la argumentación del quejoso de que la respuesta recaída a su petición no es congruente con ella, si esa respuesta no resuelve sobre si procede o no, conceder la pretensión que deduce, sino que en forma ambigua, imprecisa, se limita a decir que una vez que se cumpla con los requisitos de ciertos preceptos “y demás relativos” se procederá en los términos que ordenan los mismos. Para que la respuesta hubiera sido congruente, debió decirse con toda claridad y precisión cuáles eran todos los preceptos aplicables, qué requisitos concretos debió

satisfacer el peticionario en opinión de la autoridad, y cuáles serían las consecuencias de satisfacerlos o no, a fin de que con esa respuesta el gobernado supiese ya a qué atenerse respecto a su pretensión, o del acatamiento o de la impugnación de la respuesta recibida. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 115-130, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 123.

También sobre el concepto de congruencia en la respuesta debe atenderse a los siguientes criterios:

PETICIÓN, DERECHO DE. CONGRUENCIA Y LEGALIDAD. El artículo 8o. constitucional obliga a las autoridades a comunicar un acuerdo escrito en respuesta a toda petición, y a comunicarlo en breve término. 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. Pero también es cierto que la respuesta no es incongruente por el hecho de que se diga al solicitante que se estima que faltan elementos formales o materiales en la petición, para poderle dar 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 omitió dictar un acuerdo congruente con la petición, pues la congruencia del acuerdo no debe ser confundida con la legalidad de su contenido. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 75, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 47.

DERECHO DE PETICIÓN. 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. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, septiembre de 1992, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 263.

La autoridad debe dar respuesta incluso si es incompetente para pronunciarse sobre la petición que se está formulando. En este caso la respuesta será para indicarle al particular dicha incompetencia. Así lo sostiene la siguiente tesis:

PETICIÓN. LA FALTA DE FACULTADES NO EXIME DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE. La circunstancia de que la autoridad responsable carezca de facultades para proveer sobre la petición formulada por el quejoso, no la exime del cumplimiento de la garantía que consagra el artículo 8o. de la Constitución federal,

puesto que a toda petición que se le formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, debe emitir un acuerdo escrito y comunicarlo en breve término al peticionario, toda vez que el precepto constitucional no subordina la contestación de la petición a que la autoridad cuente o no con los elementos o la facultad necesaria para proveer sobre la petición cuestionada. Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 333/85. Transportes Tuxtepec, S. A. de C. V. 4 de octubre de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Cruz Martínez. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 199-204, sexta parte, p. 126.

Aunque por el hecho de que no obligue a la autoridad a resolver de conformidad con el fondo de la petición podría pensarse que el derecho de petición es un derecho no demasiado útil, tiene importancia en la medida en que sirve como una cláusula genérica a través de la cual se mantiene siempre un canal de comunicación abierto entre los particulares y las autoridades; y se trata de un canal que está abierto en dos direcciones, puesto que los particulares pueden acceder a las autoridades con fundamento en el artículo 8o. y, por vía contraria, las autoridades deben devolver esa petición atendiéndola y comunicándole al particular su respuesta. Mantener esa vía de comunicación abierta puede ser importante para que el particular se oriente entre la jungla burocrática de nuestras administraciones públicas. Como señala Bartomeu Colom Pastor,<sup>60</sup> en relación con el sistema jurídico español,

Lo interesante del derecho de petición consiste en la posibilidad que tienen los particulares de hacer peticiones a los poderes públicos con garantía de contestación o respuesta motivada en relación con todas aquellas parcelas o materias en las que los ciudadanos o administrados aún no tienen reconocidos o descritos derechos subjetivos o intereses legítimos o no está reconocida la acción popular. En este ámbito, si se quiere cada día más restringido, pero que no llega a desaparecer, donde predominan las potestades discrecionales, la oportunidad o conveniencia políticas, la función política, el Estado de derecho si bien y como es lógico no reconoce un derecho al logro de lo pedido prevé por lo menos una contestación, una respuesta motivada a las peticiones de los administrados. Desde esta perspectiva, el derecho de petición es una garantía más, una técnica de cierre del sistema del Estado social y democrático de derecho.

<sup>60</sup> Citado por González Navarro, Francisco y Alenza García, José Francisco, *Derecho de petición, cit.*, p. 151.

### 3. Breve término

Una cuestión interesante tiene que ver con la determinación de lo que el texto de la carta magna denomina “breve término”, dentro del cual deberá producirse la respuesta de la autoridad. Algunos criterios jurisprudenciales han determinado, por ejemplo, que pasados cuatro meses sin que haya habido respuesta la autoridad está violando el artículo 80.

Actualmente algunas leyes de procedimiento administrativo establecen plazos más cortos y efectos diversos —como la afirmativa o la negativa fictas— para determinadas peticiones de los particulares, cuestión sobre la que nos detendremos más adelante.

Como quiera que sea la orientación jurisprudencial más o menos clásica señala lo siguiente:

PETICIÓN. DERECHO DE. CONCEPTO DE BREVE TÉRMINO. La expresión “breve término”, a que se refiere el artículo 80. constitucional, que ordena que a cada petición debe recaer el acuerdo correspondiente, es 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. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 390.

PETICIÓN, DERECHO DE. La tesis jurisprudencial número 767 del *Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación*, expresa: “Atento lo dispuesto en el artículo 80. de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional”. De los términos de esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición, para que se considere transgredido el artículo 80. de la Constitución federal, y sobre la observancia del derecho de petición debe estarse siempre a los términos en que está concebido el repetido precepto. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, CII, sexta época, segunda sala, p. 55.

Otra cuestión importante es que el artículo 80. prevé la obligación de la autoridad de dar a conocer su respuesta a los particulares. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha determinado que en caso de duda corresponde a la autoridad la carga de la prueba para acreditar que dicha notificación fue realizada conforme a derecho, como se constata en el texto de la siguiente tesis:

PETICIÓN, DERECHO DE. A LA AUTORIDAD RESPONSABLE CORRESPONDE PROBAR QUE DICTÓ LA RESOLUCIÓN A LO SOLICITADO Y LA DIO A CONOCER AL PETICIONARIO. La sola negativa de los actos reclamados por la autoridad responsable, tratándose de la violación al artículo 8o. constitucional, fundada en que dio respuesta a la solicitud formulada por el quejoso, no es bastante para tenerlos por no ciertos, en virtud de que, dada la naturaleza propia de los actos reclamados, habiendo reconocido que se le formuló una solicitud por escrito, corresponde a la propia autoridad demostrar el hecho positivo de que sí hubo la contestación respectiva y de que se hizo del conocimiento del peticionario, sin que sea admisible arrojar sobre éste la carga de probar un hecho negativo, como lo es el de que no hubo tal contestación. *Semanario Judicial de la Federación, Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, p. 86.

#### 4. *Derecho de petición y negativa ficta*

Ya se ha mencionado que algunas leyes administrativas establecen no solamente plazos distintos al considerado como máximo por la jurisprudencia para que la autoridad cumpla con el derecho de petición mediante la comunicación al particular, sino que también establecen efectos diversos según sea que la autoridad conteste o no; entre esos efectos se encuentra la llamada “negativa ficta”, por medio de la cual el legislador establece que si la autoridad no contesta a la petición en el plazo señalado se debe entender que sí contestó pero en sentido negativo, es decir, negando lo que le pedía el particular. La jurisprudencia ha sostenido que la negativa ficta y el derecho de petición no son lo mismo en la siguiente tesis:

NEGATIVA FICTA Y DERECHO DE PETICIÓN. SON INSTITUCIONES DIFERENTES. El derecho de petición consignado en el artículo 8o. constitucional consiste en que a toda petición formulada por escrito en forma pacífica y respetuosa deberá recaer una contestación también por escrito, congruente a lo solicitado, la cual deberá hacerse saber al peticionario en breve término; en cambio, la negativa ficta regulada en el artículo 37 del Código Fiscal de la Federación no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa sino que ante la falta de contestación de las autoridades fiscales, por más de tres meses, a una petición que se les formule, se considera, por ficción de la ley, como una resolución negativa. En consecuencia, no puede establecerse, ante dos supuestos jurídicos diversos, que la negativa ficta implique también una violación al artículo 8o. constitucional, porque una excluye a la otra. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, octubre de 1997, p. 663.

Esta tesis parece no comprender el tipo de derecho que está consignado en el artículo 8o. constitucional: bajo cualquier circunstancia, de acuerdo con el texto de la carta magna, la autoridad tiene que responder. Esto significa que el le-

gislador no puede crear ninguna especie de “ficción jurídica” por medio de la cual la obligación de las autoridades deje de cumplirse y se entienda que sí se ha cumplido, pero en sentido negativo. La interpretación correcta es que *a)* o bien cualquier posible inclusión de figuras como la negativa ficta, el silencio administrativo y la positiva ficta son inconstitucionales porque van en contra de lo dispuesto en el artículo 80.; o *b)* se debe entender que la negativa ficta opera siempre en favor del particular y que puede atenerse a ella si le conviene más (por ejemplo para efectos de interponer sin demora un juicio de amparo) o bien puede exigir que la autoridad le dé la respuesta a la que le obliga el artículo 80. Así parece entenderlo la Suprema Corte cuando señala que

PETICIÓN, DERECHO DE. NO DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO CON BASE EN QUE EL SILENCIO DE LA AUTORIDAD CONSTITUYE UNA NEGATIVA FICTA. Cuando se reclama en amparo la violación al derecho de petición consagrado en el artículo 80. constitucional, no es procedente sobreseer en el juicio con base en que el silencio de la autoridad constituyó una negativa ficta, por las razones siguientes: 1) porque la aludida garantía constitucional no puede quedar suspendida por la creación o existencia de figuras jurídicas (como la negativa ficta) que la hagan nugatoria, pues ello equivaldría a limitarla, restringirla o disminuirla y a condicionar su vigencia a lo que dispongan las leyes secundarias; 2) porque la negativa ficta es una institución que, por sus características peculiares, es optativa para los particulares, la cual, por surgir debido al transcurso del tiempo, sin respuesta específica y por escrito de la autoridad a la que se planteó la solicitud, no puede satisfacer el objeto primordial que se persigue con la garantía que tutela el artículo 80. constitucional; y 3) porque el juez de amparo no puede prejuzgar sobre cuál es el medio de defensa con que debe ser impugnado el silencio de la autoridad, cuando precisamente se le está pidiendo que obligue a esa autoridad a dar una respuesta, como lo exige el artículo constitucional invocado. Lo anterior, sin perjuicio de que cuando el particular optó por impugnar la resolución ficta, ya no puede, válidamente, exigir contestación expresa, pues en tal supuesto clausuró su derecho de petición. Contradicción de tesis 51/98. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Tribunal Colegiado del Segundo Circuito (en la actualidad Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito). 29 de octubre de 1999. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, diciembre de 1999, tesis 2a./J. 136/99, p. 245.

También sostiene un criterio parecido un tribunal colegiado de circuito en la siguiente tesis:

NEGATIVA FICTA. EL ARTÍCULO 80. CONSTITUCIONAL PREVALECE SOBRE EL PRECEPTO 17 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. En el caso de que

se impugne la omisión de la autoridad de resolver de manera definitiva una instancia, estimando violada la garantía consagrada en el artículo 8o. constitucional, no es dable considerar que en relación con la omisión reclamada se deba constreñir a lo dispuesto por el precepto 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que prevé la figura de la negativa ficta, toda vez que ello significaría que la aludida garantía constitucional deba quedar limitada, restringida o disminuida y condicionada a lo dispuesto por leyes secundarias, lo cual jurídicamente es inadmisibles por virtud de la supremacía de la Constitución, en la medida en que la negativa ficta a que se refiere el dispositivo secundario mencionado, no tiene como finalidad obligar a las autoridades a resolver en forma expresa una solicitud, sino que, ante la falta de contestación de las autoridades por más de cuatro meses a una instancia, se considerará por ficción de ley, como una resolución negativa. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito. Amparo en revisión 63/99. Subsecretario de Recursos Naturales de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca. 17 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis VI.A.3 A, p. 771.

##### 5. *El derecho de petición en materia política*

El artículo 8o. restringe la posibilidad de ejercicio del derecho de petición de los extranjeros, al señalar que en materia política solamente lo podrán hacer valer los ciudadanos (criterio que reitera el artículo 35 constitucional). Hay que decir que dicha limitación para los no ciudadanos (que pueden ser tanto los extranjeros como los mexicanos menores de edad) debe entenderse de forma restringida, abarcando nada más que lo relacionado con los aspectos estrictamente electorales, porque de otra manera se estaría produciendo una discriminación por razón de nacimiento, de nacionalidad o de edad, lo cual supondría violar varias de las más importantes declaraciones internacionales de derechos humanos.<sup>61</sup>

En materia política, el derecho de petición puede ser ejercido por los partidos políticos, según lo ha reconocido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la siguiente tesis:

DERECHO DE PETICIÓN EN MATERIA POLÍTICA. TAMBIÉN CORRESPONDE A LOS PARTIDOS POLÍTICOS. El artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho genérico de petición a favor de los habitantes de la República, que debe ser respetado por todos los funcionarios y empleados públicos, siempre que se formule por escrito y de manera pacífica y respetuosa. El artículo 35,

<sup>61</sup> Sobre tales prohibiciones de discriminar, previstas en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, nos hemos detenido en el capítulo segundo *supra*.

fracción V, constitucional, consagra el derecho de petición en materia política como prerrogativa específica de los ciudadanos mexicanos; disposiciones que son aplicables en materia electoral, porque 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 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. Tercera época: juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-026/2000. Partido Democracia Social. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-033/2000. Partido de Centro Democrático. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-034/2000. Partido Auténtico de la Revolución Mexicana. 5 de abril de 2000. Unanimidad de votos, sala superior, tesis S3ELJ 26/2002.

#### IV. DERECHO DE POSESIÓN Y PORTACIÓN DE ARMAS (ARTÍCULO 10)

El artículo 10 constitucional contiene un “derecho” que resulta muy difícil de justificar en un Estado moderno y democrático. Justamente la modernidad del Estado, como ha explicado Max Weber, consiste en que los poderes públicos mantengan con éxito el monopolio de la violencia legítima, propósito que no parece ser muy congruente con la posibilidad de que los particulares tengan armas en su domicilio.

El texto del artículo 10 constitucional es el siguiente:

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.

Choca también lo dispuesto en el artículo 10 con el párrafo primero del artículo 17 que establece que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

El contenido del artículo 10 tiene su antecedente remoto en lo dispuesto por la enmienda segunda de la Constitución estadounidense de 1787, que se refiere no solamente a la posesión de armas, sino también a su portación; su texto es el siguiente: “Siendo necesaria una milicia bien ordenada, para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas”.

El texto del artículo 10 limita el objeto de la posesión de armas: solamente se pueden tener para la seguridad y legítima defensa. También señala el artículo que la competencia en materia de armas es del Congreso de la Unión, a través de una Ley Federal. Corresponde a dicha Ley establecer cuáles son las armas prohibidas (que lo serán tanto para particulares como para las autoridades) y cuáles son las que están reservadas al uso exclusivo de las fuerzas armadas. La Ley que menciona el artículo que se comenta es la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, cuya aplicación corresponde a las secretarías de Gobernación y de la Defensa Nacional.

En la Ley Federal de Armas se obliga a quien quiera ejercer la tenencia domiciliaria de las propias armas que permite el artículo 10 constitucional a registrarlas ante la Secretaría de la Defensa Nacional (artículo 7o.), lo cual para algún autor “resulta inconstitucional porque el código supremo no establece más límite en el caso de posesión en el domicilio que la de ajustarse al tipo de arma permitida”.<sup>62</sup> No comparto ese criterio, por varias razones. En primer lugar, porque la verificación del tipo de arma que se posee (a efecto de saber si es o no de las permitidas) solamente se puede llevar a cabo mediante un sistema de registro, puesto que sería mucho más complicado y potencialmente lesivo de otros derechos intentar realizar esa verificación por medio de visitas domiciliarias, por ejemplo. Por otro lado, al ser las armas instrumentos de potenciales violaciones a los derechos fundamentales más básicos (vida, integridad física, etcétera), se les debe exigir a las autoridades la mayor diligencia en su control, de forma que un registro es un requisito mínimo para poner un poco de orden sobre su posesión. En tercer lugar, del hecho de que una ley exija alguna formalidad registral para el ejercicio de un derecho no puede derivar una inconstitucionalidad; si sostuviéramos ese criterio entonces tendríamos que decir que también sería inconstitucional el registro de las sociedades anónimas para el efecto de ejercer el derecho de asociación, o que lo sería también la obligación de acudir ante el Registro Civil a formalizar un matrimonio, para efecto de

<sup>62</sup> Rojas Caballero, Ariel A., *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002, p. 186.

ejercer el derecho a crear una familia que contemplan varios tratados internacionales de derechos humanos.

En su última parte el artículo 10 remite a las determinaciones de la ley los supuestos para la portación de armas por los habitantes. Se trata, como es evidente, de una cuestión distinta a la posesión, la cual solamente tiene cobertura constitucional cuando se ejerce en el domicilio, fuera del cual ya se está en el supuesto de la portación.

Lamentablemente, la existencia de armas en manos de particulares atenta en contra de uno de los fundamentos de todo el sistema de derechos: la paz. Por ese motivo, algunos autores han sugerido que las armas —sobre todo las armas de fuego y, con mayor razón, las de destrucción masiva— sean consideradas bienes ilícitos, es decir, no susceptibles de ser comercializadas.<sup>63</sup>

La pertinencia de dicha propuesta puede apoyarse en muchas evidencias empíricas, como las continuas guerras que han estallado en los últimos años, tanto entre naciones como dentro de ellas. Por otro lado, existe también acreditada evidencia que muestra una relación estrecha entre la tenencia de armas y el incremento de la violencia. El caso más claro es el de los Estados Unidos, en donde la población tiene en sus manos 65 millones de pistolas y revólveres de todo tipo; el 39% de los hogares de ese país tiene un rifle. Eso explica, por ejemplo, que cada año se reporten 130,000 heridos por arma de fuego.<sup>64</sup>

En México el tema de las armas es especialmente delicado, puesto que muchas de ellas —las permitidas y las prohibidas— han terminado de una u otra manera en manos de la delincuencia común y de la organizada. Para darnos una idea de la criminalidad alrededor de la posesión de armas, basta considerar que durante 2001 fueron sentenciadas 10,061 personas por el uso de armas prohibidas.<sup>65</sup> A esa cifra impresionante hay que agregar la mucho mayor que se deriva no de la mera tenencia de armas prohibidas, sino de su uso en contra de la vida, integridad personal y bienes de los demás habitantes del país.

A fin de cuentas, la posesión y tenencia de armas no protege ningún derecho fundamental, sino que, por el contrario, supone una amenaza concreta para muchos de ellos, por lo cual no tendría que estar permitida por la Constitución.

Los pronunciamientos jurisprudenciales relativos al artículo 10 constitucional se enfocan casi siempre a los aspectos penales, a la distinción entre portación y posesión de armas, al carácter de arma prohibida o de arma reservada

<sup>63</sup> En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Democrazia senza stato?”, en Labriola, Silvano (ed.), *Ripensare lo stato*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 210.

<sup>64</sup> *El País*, 28 de abril de 2003.

<sup>65</sup> *La Jornada*, 7 de mayo de 2003.

con el que la ley designa a cierto tipo de armas, etcétera. Algunos que tienen carácter más general son los siguientes:

ARMAS DE FUEGO, PORTACIÓN SIN LICENCIA DE. COMPETENCIA. El artículo 10 de la Constitución General de la República declara que 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 al uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional, y que la ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas. Por consiguiente, al hacer referencia el mencionado precepto constitucional a la ley federal, como la única que podrá determinar cuáles armas estarán prohibidas y cuáles permitidas y en qué casos, condiciones, requisitos y lugares se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas, alude expresamente a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de armas de fuego y explosivos. Por su parte el artículo 73, fracción XXI, de la propia Constitución señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse. En conclusión como el delito de portación de arma de fuego sin licencia está contemplado por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es inconcuso que es en el fuero federal donde radica la jurisdicción para conocer del mismo. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, octava época, primera sala, p. 243.

ARMAS DE FUEGO, CONTROL DE LA POSESIÓN DE. SEÑALAMIENTO DE DOMICILIO. El artículo 10 constitucional consagra como garantía el derecho de los habitantes de la República a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley reglamentaria y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. Esta garantía no les otorga el derecho de poseer armas en otro sitio donde residan temporalmente, es decir, sin la finalidad de fijar su residencia permanente o en una casa rodante instalada en el chasis de un vehículo que sea utilizado como transporte para instalarse en algún lugar del país en fines de semana o periodos de vacaciones; de ahí que si el artículo 16 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos establece la obligación de señalar, para efectos de control de posesión de armas, un único domicilio de residencia permanente, ello es para que la autoridad encargada de expedir la autorización y de ejercer el control correspondiente, esté en condiciones de sujetar la posesión de armas a los límites que la paz y la tranquilidad de los habitantes exige, para evitar que se ofendan los derechos de la sociedad, la cual está interesada en que la posesión y uso de armas de fuego queden sujetos a su control. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 187-192, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 27.

ARMA, CONCEPTO DE. Por arma debe entenderse el instrumento fabricado para el ataque o la defensa. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LII, segunda parte, sexta época, primera sala, p. 11.

ARMAS, PORTACIÓN DE. Armas prohibidas son aquellas cuya portación o uso se consideran dignos de sanción penal en cualquier caso, y permitidas son aquellas cuyo uso o portación se autoriza previo el cumplimiento de determinados requisitos legales. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXIII, quinta época, primera sala, p. 1396.

#### V. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO PRIMERO)

El principio de irretroactividad de la ley es uno de los más clásicos de todos los ordenamientos jurídicos modernos. Refleja una aspiración típica de la seguridad jurídica: el hecho de que sepamos a qué leyes atenernos sin que en el futuro un cambio de las mismas pueda afectar a los actos que ya hemos realizado. En este sentido, la irretroactividad busca preservar el carácter previsible del ordenamiento y fijar temporalmente las “reglas del juego”, de forma que una modificación legislativa no pueda aplicarse hacia el pasado.

La prohibición de retroactividad está presente en el derecho moderno desde los inicios del pensamiento de la Ilustración, que en este como en tantos otros campos hizo aportaciones decisivas para el entendimiento contemporáneo del derecho.<sup>66</sup> La Declaración francesa de 1789 establecía en su artículo 8o. que “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito” y la Declaración de 1973 iba aún más lejos al precisar que: “La ley que castigase delitos cometidos antes de su existencia sería una tiranía; el efecto retroactivo dado a la ley sería un delito”.

El principio de irretroactividad está previsto en el artículo 14, párrafo primero constitucional de la siguiente forma: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

De este párrafo tan breve deriva sin embargo una compleja problemática, en parte propiciada por su mala redacción. En efecto, la Constitución establece la prohibición de “dar efecto” retroactivo, con lo cual da a entender que una ley retroactiva puede expedirse por el Congreso; lo que no podrá hacerse es aplicarla. Pero entonces ¿para qué permite la Constitución una ley que ella misma prohíbe aplicar? Parece un sin sentido y seguramente lo es. Corresponde sin

<sup>66</sup> Prieto, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003, pp. 43-45.

embargo a los juristas hacer una interpretación adecuada del sentido de la norma.

La Suprema Corte ha percibido con mucha claridad el problema al que se acaba de hacer referencia y en una tesis ha sostenido la distinción entre la “retroactividad de la ley” y su “aplicación retroactiva”. El texto de la tesis es el siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA. El análisis de retroactividad de las leyes conlleva el estudio de los efectos que una precisa hipótesis jurídica tiene sobre situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificándose si la nueva norma desconoce tales situaciones o derechos, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza el órgano de control de constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado, desconociendo las mencionadas situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo primero, constitucional, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. A diferencia de lo anterior, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley no implica el estudio de las consecuencias que ésta, por sí sola, tiene sobre lo sucedido en el pasado, sino verificar si la aplicación concreta que de una hipótesis normativa realiza una autoridad, a través de un acto materialmente administrativo o jurisdiccional, se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez, es decir, sin afectar situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición aplicada lo que de no ocurrir, implicaría una aplicación incorrecta de la ley, mas no la retroactividad de ésta. Amparo directo en revisión 479/2000. Amelia Ocegüera Vázquez. 19 de mayo del año 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a. CXI/2000, p. 376.

Ahora bien, de la distinción entre la retroactividad que se contiene en la ley y la retroactividad como efecto de un acto de aplicación no puede derivarse que alguna de esas formas de afectación de los derechos de los particulares esté permitida por el texto constitucional; así lo entiende la siguiente tesis:

GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. CONSTRIÑE AL ÓRGANO LEGISLATIVO A NO EXPEDIR LEYES QUE EN SÍ MISMAS RESULTEN RETROACTIVAS, Y A LAS DEMÁS AUTORIDADES A NO APLICARLAS RETROACTIVAMENTE. Conforme al criterio actual adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la interpretación del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consagra la garantía de irretroactividad, ésta protege al gobernado tanto de la propia ley,

desde el inicio de su vigencia, como de su aplicación, al constreñir al órgano legislativo a no expedir leyes que en sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a que no las apliquen retroactivamente, pues la intención del Constituyente en dicho precepto, fue prever de manera absoluta, que a ninguna ley se le diera efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley por sí misma lo produce desde el momento de su promulgación, pues resultaría incongruente admitir que el amparo proceda contra las leyes y se niegue cuando se demuestre que sus preceptos, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos. Clave 1a./J., núm. 50/2003. Tesis de jurisprudencia 50/2003. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de tres de septiembre de dos mil tres.

Un segundo problema que deriva del texto del artículo 14, párrafo primero, tiene que ver con el alcance del término “ley” allí contenido. Es decir, la cuestión importante sería determinar qué debemos entender por “ley” para los efectos de la prohibición de retroactividad. Tenemos dos posibilidades: *a)* o hacemos una interpretación literal y por ley entendemos solamente las normas jurídicas generales y abstractas creadas por un órgano parlamentario a través del procedimiento legislativo (establecido en los artículos 71 y 72 constitucionales para el Congreso de la Unión); *b)* o hacemos una interpretación extensiva, que justamente extienda la protección del artículo 14, y entendemos por ley cualquier norma jurídica general y abstracta, incluyendo por tanto dentro de ese concepto no solamente a las leyes propiamente dichas sino también a los reglamentos, los tratados internacionales, los acuerdos, las circulares, etcétera. Aunque a primera vista, y en aplicación del criterio interpretativo según el cual ante la duda hay que elegir la interpretación que sea más protectora de los derechos, el segundo criterio sería el más adecuado, en realidad los dos presentan algunos problemas.

El primero de ellos (es decir, el que entiende que “ley” significa solamente el producto normativo emanado del Parlamento) presenta el problema de dejar fuera de la prohibición constitucional al resto de normas jurídicas; parece un sin sentido que las leyes no puedan ser retroactivas y los reglamentos sí.

Sin embargo, el segundo criterio también presenta un problema, derivado no de su aplicación al párrafo primero del artículo 14, sino de su posible interferencia con el principio de legalidad en materia penal previsto en el párrafo tercero del mismo artículo. Es decir, si asumimos que en efecto la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente la “ley” se refiere en realidad a todo tipo de normas jurídicas, que es lo que parece más adecuado si asumimos una interpretación garantista del artículo 14, quizá algún observador pueda decir que ese mismo criterio se debe aplicar también al párrafo tercero del mismo ar-

título en el que la Constitución dice que solamente se podrán imponer sanciones penales cuando estén previstas en una ley; ese observador podría tomar nuestro criterio sobre el término ley aplicado al párrafo primero del artículo para interpretar que lo mismo debe entenderse para el párrafo tercero, con lo cual se vendría abajo el principio de legalidad en materia penal.

Advertidos de ese problema, creo sin embargo que se puede concluir que el mejor criterio es el que hemos señalado en segundo lugar, de acuerdo con el cual la prohibición de aplicación retroactiva afecta a todo tipo de normas y no solamente a las creadas por vía parlamentaria, sin que tal criterio hermenéutico sea extendible al principio de legalidad en materia penal, el cual se rige por una lógica distinta y tiene un fundamento diferente, como veremos más adelante.

Otra cuestión interesante que suscita el texto del artículo 14 párrafo primero es la que tiene que ver con la retroactividad en perjuicio, que es a la que se refiere la Constitución. Haciendo una interpretación *a contrario sensu* podemos decir que la aplicación retroactiva favorable sí que está permitida; es más, dicha aplicación es obligatoria en ciertos supuestos; por ejemplo, en materia penal cuando un tipo penal es derogado o cuando se reduce la extensión de una sanción jurídico-penal prevista para un cierto delito.

Antes de seguir adelante, debemos abordar el estudio del concepto de “aplicación retroactiva”, para estar en capacidad de saber cuándo se configura el supuesto del artículo 14 párrafo primero. La respuesta a esta cuestión debemos buscarla en la jurisprudencia, pues seguramente sería ocioso abordar el tema desde una perspectiva teórica cuando el mismo ya está zanjado —y de forma adecuada en términos generales— por el criterio de nuestros tribunales, por ejemplo en la siguiente tesis:

IRRETROACTIVIDAD. LAS NORMAS RIGEN EXCLUSIVAMENTE HECHOS ACONTECIDOS A PARTIR DE SU VIGENCIA. Aunque es verdad que es principio general de derecho que toda norma posterior viene a derogar a la anterior, aquélla no puede ejercer efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas establecidas antes de esa vigencia, sino que la norma posterior rige precisa y exclusivamente los hechos acontecidos a partir de su vigencia. Sexta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. tercera parte, CXXXV, p. 161.

Aunque la jurisprudencia histórica ha sido variable, la tesis que ofrece un entendimiento más riguroso del sentido de la irretroactividad y que además ha sido asumida por los integrantes de la novena época de la Suprema Corte es la siguiente:

IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. Conforme a la citada teoría, para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional, debe precisarse que toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia, de suerte que si aquél se realiza, ésta debe producirse, generándose, así, los derechos y obligaciones correspondientes y, con ello, los destinatarios de la norma están en posibilidad de ejercitar aquéllos y cumplir con éstas; sin embargo, el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, pues puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo. Esto acontece, por lo general, cuando el supuesto y la consecuencia son actos complejos, compuestos por diversos actos parciales. De esta forma, para resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de una disposición jurídica, es fundamental determinar las hipótesis que pueden presentarse en relación con el tiempo en que se realicen los componentes de la norma jurídica. Al respecto cabe señalar que, generalmente y en principio, pueden darse las siguientes hipótesis: 1. Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida. 2. El caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas. Si dentro de la vigencia de esta norma se actualiza el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejecutados sin ser retroactiva. 3. Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia. En este caso, la norma posterior no podrá modificar los actos del supuesto que se haya realizado bajo la vigencia de la norma anterior que los previó, sin violar la garantía de irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva. En esta circunstancia, los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior y, consecuentemente, son las disposiciones de ésta las que deben regir su relación, así como la de las consecuencias que a tales supuestos se vinculan. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, noviembre de 1997, tesis P./J. 87/97, p. 7.

Antes de ese criterio, la Corte se había esforzado por hacer una distinción lo más nítida posible entre los “derechos adquiridos” y las “expectativas de derecho”, de forma que la prohibición de aplicar retroactivamente una norma se refiriera a los primeros pero no a las segundas. Dos tesis que recogen lo anterior y dan cuenta de esa forma de argumentar son las siguientes:

RETROACTIVIDAD, TEORÍAS DE LA. Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del *Apéndice* al tomo L del *Semanario Judicial de la Federación*, al establecer: “Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial”. “La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos”. “Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencias que la misma ley le atribuye”. Sexta época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, primera parte, t. CXXXVI, p. 80.

DERECHOS ADQUIRIDOS. Siendo la ley el origen de todos los derechos de los individuos, en sus relaciones con los demás, y con el Estado, debe investigarse, en cada caso, el origen del derecho controvertido, su inmutabilidad, su posibilidad de transformación o su desaparición final, según la naturaleza del derecho y el desenvolvimiento de los acontecimientos sociales, que llevan al legislador a dictar nuevas leyes. Si el desarrollo de las circunstancias que dan nacimiento a un derecho privado, tiene lugar, integralmente, durante la vigencia de la ley que lo estatuye, es fácil fijar el alcance de ese derecho; pero si no ha sido así, habrá que examinar el caso, para investigar qué derechos pueden reputarse ya adquiridos, y no susceptibles de ser desconocidos por la nueva ley, y distinguirlos de las expectativas de derecho, que no pudieron entrar al patrimonio individual, porque las mismas normas legales hicieron imposible su adquisición; pues conforme a nuestro régimen constitucional, ningún derecho adquirido puede ser arrebatado, ni aun por mandato posterior del legislador, salvo cuando fuese dictado como ordenamiento expreso del poder constituyente, ya que toda aplicación retroactiva de la ley, viola las garantías que consigna el artículo 14 constitucional. Quinta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XL, p. 1564.

Hay otras dos cuestiones interesantes sobre la prohibición de retroactividad de las que conviene dar cuenta; la primera es qué sucede con las conductas que se venían realizando durante un tiempo por una persona y que no estaban reguladas jurídicamente cuando el legislador decide regularlas, de forma que, por ejemplo, ya no se le permite a esa persona seguir realizando la conducta en cuestión. ¿Hay aplicación retroactiva en ese caso? La segunda cuestión interesante tiene que ver con las excepciones que se pueden dar a la prohibición de retroactividad o, mejor dicho, a los supuestos en los que dicha prohibición no es aplicable.

Por lo que hace al primer asunto, supongamos que se parte de una situación de “libertad no regulada”:<sup>67</sup> una persona actúa de determinada manera sin que su conducta esté permitida o prohibida por el ordenamiento; sencillamente se trata de una conducta que no es “jurídicamente relevante”. ¿Qué sucede cuando el legislador prohíbe realizar dicha conducta o cuando le exige una serie de requisitos para poder llevarla a cabo? ¿se genera en ese caso una aplicación retroactiva de la nueva regulación, violándose de esa forma el artículo 14 constitucional? La respuesta, de nuevo, hay que buscarla en la jurisprudencia, que no es unánime al resolver la cuestión.

Según algunos criterios jurisprudenciales, la nueva regulación de una actividad que hasta entonces no estaba contemplada en ningún sentido por el ordenamiento jurídico no puede afectar las situaciones hasta entonces existentes, ya que el individuo en cuestión obraba en “uso de un derecho”, por decirlo así. Este es el criterio que se contiene en la siguiente tesis, que se transcribe solamente en la parte conducente:

RETROACTIVIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y FISCAL. ...Por consiguiente, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador cuya vigencia desaparecerá hasta que surja la norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer todo lo que la ley les faculta, el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades, le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el

<sup>67</sup> En el capítulo tercero *supra* ya hicimos referencia al concepto de libertad y las distintas manifestaciones que puede tener.

artículo 14 constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XCVIII, p. 50.

Otro criterio en el mismo sentido, del que el anterior tomó muchos elementos y que fue redactado por el ilustre constitucionalista Felipe Tena Ramírez durante su desempeño como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el siguiente:

RETROACTIVIDAD, NO SOLAMENTE PUEDE PRESENTARSE COMO CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. Es un error pretender que la circunstancia de que una ley ordinaria actúe sobre el pasado no es contraria al artículo 14 constitucional al no existir una ley anterior a aquélla, al amparo de la cual hayan surgido derechos que resulten lesionados con la vigencia de la nueva ley. Efectivamente, si bien es verdad que por regla general el fenómeno de la retroactividad se presenta como un conflicto de leyes en el tiempo, como una controversia entre dos leyes expedidas sucesivamente y que tienden a normar el mismo acto, el mismo hecho o la misma situación, también lo es que puede darse el caso de que los mandatos de una ley sean retroactivos y lesivos al mencionado artículo 14 cuando rijan de manera originaria determinada cuestión, es decir, cuando ésta sea prevista legislativamente por primera vez. En atención a ese fenómeno complejo que constituye la aparición del Estado, explicable por el principio de soberanía en virtud del cual el pueblo adopta la forma de gobierno que le place y se da normas que le permitan encauzar su vida social, surge una diferenciación entre gobernantes y gobernados que hace posible que quienes integren el Poder Legislativo estén en aptitud de regular normativamente la conducta de los gobernados. Pero ello no significa que éstos hayan perdido su libertad aun en lo normado y que sólo puedan realizar los actos que específicamente les sean autorizados, sino nada más que habrán de abstenerse de hacer lo prohibido por la ley y de sujetarse a los lineamientos trazados por ésta en las hipótesis previstas por el legislador. Consecuentemente, en aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando se ciña a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un “derecho”, emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora, y tutelado, por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitadoras de la actividad del individuo, configura un derecho respetable por las autoridades, aun por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, el goberna-

do puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Establecido que la ausencia de normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le está por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerando el artículo 14 constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si en un caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas que fijara el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que “rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación”, vulneran el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitaran o reglamentaran. Sexta época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, t. LIV, p. 45.

El criterio que se contiene en las dos tesis que se acaban de citar es que el ejercicio de una “libertad no regulada” configura un derecho, que no puede ser alterado sino hacia el futuro por una nueva regulación. En el caso de conductas que tengan una temporalidad extendida, la nueva regulación podrá sin embargo venir a modificar (prohibiendo, limitando, sujetando a requisitos, etcétera) su régimen jurídico. Pensemos, por ejemplo en el caso de que una persona haya venido desempeñando una determinada profesión durante varios años y que en un momento determinado se emita una ley de profesiones que le exige un título profesional para continuar con esa actividad; en ese caso la ley no podrá afectar a las actividades que ya se habían realizado y que estuvieran concluidas, pero desde luego que le impedirá a esa persona seguir ejerciendo su profesión de la manera en la que lo venía haciendo. Así lo reconoce la tesis siguiente:

PROFESIONES EN EL ESTADO DE SONORA. NO ES RETROACTIVA LA LEY REGLAMENTARIA PARA EL EJERCICIO DE LAS. No es retroactiva la Ley de Profesiones del Estado de Sonora, en cuanto prohíbe el ejercicio profesional a personas que carecen de título, aun cuando hayan venido desempeñando las actividades relativas, pues esta circunstancia no confiere al particular derecho alguno para seguir ejerciendo en lo futuro las mismas actividades. La libertad para obrar de determinada manera no implica la adquisición del derecho para seguirlo haciendo siempre igual, pues en el ámbito de libertad de los particulares puede intervenir la autoridad que tenga facultad para hacerlo limitándola y reglamentando el trabajo profesional, determinando cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio y señalando las con-

diciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que pueden expedirlo. *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 50, p. 70.

Con respecto a la segunda cuestión problemática a la que hacíamos referencia, es decir, la de las excepciones al principio de no retroactividad, hay que señalar preliminarmente dos aspectos: *a)* el texto del artículo 14 constitucional no señala ninguna excepción a la prohibición de aplicar retroactivamente una norma; *b)* la jurisprudencia sin embargo ha ido perfilando una serie de casos en los que entiende que no se presenta dicha aplicación retroactiva.

Debe tenerse presente, considerando lo que se acaba de decir, que los casos en que la jurisprudencia concluye que no se presenta la aplicación retroactiva no se deben entender como excepciones al mandato del artículo 14 en su párrafo primero (que no contempla ninguna excepción, según se ha dicho), sino como supuestos en los cuales no se genera una aplicación “hacia el pasado” de una determinada norma; en tal sentido, la jurisprudencia no siempre ha estado muy atinada al precisar en qué casos no se configuraba la aplicación retroactiva y, como en otros supuestos a los que ya nos hemos referido, los tribunales han inventado justificaciones para legitimar el proceder inconstitucional de los poderes públicos, utilizando para ello argumentos supuestamente constitucionales.

Vamos a ver en qué casos la jurisprudencia ha entendido que no se producen efectos retroactivos.

A) En primer lugar, no se vulnera el artículo 14, párrafo primero, cuando lo que se aplica hacia el pasado es el propio texto constitucional, luego de haber sido reformado. Así lo establece la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR. Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente al establecer los preceptos del código político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales hay que procurar armonizarlos, y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última

circunstancia es esencial. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*, pleno, octava parte, sección común, p. 420.

En realidad, en la tesis anterior la Corte emplea una vía argumentativa poco convincente. Bastaría con que hubiera señalado que la prohibición del artículo 14 se refiere a la aplicación de *leyes*, es decir, de normas con rango subconstitucional, no siendo por tanto aplicable al propio texto de la carta fundamental. Siguiendo esta argumentación podría dejar claro que el principio de no retroactividad no tiene excepciones (porque de hecho no lo señala el texto del artículo 14, párrafo primero), pero que dicho principio no se aplica frente al poder reformador de la Constitución cuando actúa conforme al artículo 135 constitucional (que regula el procedimiento de reforma constitucional).

B) Un segundo supuesto de no retroactividad se da en las leyes procesales; es decir, en virtud de que los procesos judiciales se van dando por etapas, la jurisprudencia sostiene que no se presentan derechos adquiridos para todas las etapas, sino solamente para las que ya han empezado o las que ya han terminado. Así lo señalan las siguientes tesis:

RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES. Para que una ley se considere retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, lo que no sucede con las normas procesales. En efecto, se entienden como normas procesales aquellas que instrumentan el procedimiento; son las que establecen las atribuciones, términos y los medios de defensa con que cuentan las partes para que con la intervención del juez competente, obtengan la sanción judicial de sus propios derechos, esos derechos nacen del procedimiento mismo, se agotan en cada etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula; por lo tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento, el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o modifica lo relativo a la valoración de las pruebas, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con la que ya se contaba, por lo que debe aplicarse esta última. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, abril de 1997, tesis I.8o.C. J/1, p. 178.

RETROACTIVIDAD INEXISTENTE EN MATERIA PROCESAL. Las leyes del procedimiento no pueden producir efectos retroactivos, dado que los actos de esa naturaleza, se rigen por las disposiciones vigentes en la época en que tuvieron verificativo, por tanto, si los artículos transitorios del decreto que contiene reformas a una ley procesal, no precisan la manera de aplicarla a los asuntos que se encuentran en trámite, deberá atenderse al estado en que se encuentre cada expediente en particular y así determinar si es jurídicamente posible la aplicación de las reformas, atendiendo es-

pecíficamente a la verificación de los actos de procedimiento, ya que sólo pueden aplicarse esas reformas a los actos procesales que se verifiquen a partir de la vigencia de las mismas, pues los emitidos necesariamente debieron observar las disposiciones legales vigentes en la fecha de su emisión sin poder acatar por lógica, las reformas que a esa época no cobraban aplicabilidad. De no ser así se cometería el error de exigir, en base a las reformas, que los actos procesales cumplieran con los requisitos que no les eran impuestos por la ley anteriormente vigente. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 72, diciembre de 1993, tesis XVI.1o. J/15, p. 89.

DERECHOS PROCESALES ADQUIRIDOS. CONCEPTO DE, EN MATERIA DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Las partes de un juicio no adquieren el derecho a que se apliquen las normas procesales vigentes al momento del inicio de su tramitación durante todo su curso, toda vez que como el procedimiento judicial se compone de diversas etapas y de una serie de actos sucesivos, es inconcuso que los derechos adjetivos que concede la ley procesal sólo se van adquiriendo o concretando a medida que se actualizan los supuestos normativos correspondientes, en el desarrollo de la secuela procesal, y con antelación sólo deben reputarse como expectativas de derecho o situaciones jurídicas abstractas; de modo que una nueva ley de esta naturaleza entra en vigor de inmediato en los procedimientos en trámite, tocante a todos los actos ulteriores, respecto de los cuales no se haya dado esa actualización de los supuestos normativos; traduciéndose en un derecho adquirido específico o en una situación jurídica concreta para las partes en el caso. De ahí que, es incuestionable que si la sentencia definitiva en el juicio natural se emitió algún tiempo considerable posterior a la fecha en que entró en vigor la reforma al artículo 426, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ello pone de manifiesto que el supuesto normativo esencial para adquirir el derecho de interponer el recurso de apelación contra dicho fallo, consistente precisamente en la existencia de éste, no se dio durante la vigencia de la norma anterior, y por tanto, en ningún momento se constituyó un derecho adquirido o una situación jurídica concreta, por lo cual tampoco se vulneró el principio constitucional de irretroactividad de la ley en perjuicio del quejoso. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, febrero de 1991, tesis I.4o.C. J/33, p. 103.

C) Tampoco, en principio, la aplicación de la jurisprudencia puede configurar una vulneración del artículo 14, párrafo primero. En este caso, los tribunales federales entendían que la aplicación de la jurisprudencia no puede violar el principio de no retroactividad, ya que la jurisprudencia es la mera interpretación de la ley, no la ley misma, de forma que no puede crear, modificar o adicionar derechos y obligaciones en una determinada relación jurídica. El criterio tradicional sobre este punto que, como luego veremos, ha sido afortunadamente matizado o enriquecido por una tesis más reciente, es el siguiente:

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA. Es inexacto que al aplicarse jurisprudencia surgida con posterioridad a la comisión del delito y a la ley entonces vigente, se viole en perjuicio del acusado el principio jurídico legal de irretroactividad, pues la jurisprudencia no constituye legislación nueva ni diferente sino sólo es la interpretación correcta de la ley que la Suprema Corte de Justicia efectúa en determinado sentido y que se hace obligatoria por ordenarlo así disposiciones legales expresas, de suerte que su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el proceso penal. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. I, primera parte, p. 110.

La tesis que se acaba de transcribir sería correcta si su premisa fuera cierta: que la jurisprudencia no aporta nada a lo que ya dispone la ley y que el juez, al interpretar la norma, hace una tarea simplemente aplicativa, sin añadir nada. Sin embargo, la visión del juez como mero aplicador mecánico de la ley ha sido dejada atrás desde hace mucho tiempo. Hoy en día sabemos que los jueces también crean derecho y que muchas tesis jurisprudenciales no solamente tienen carácter interpretativo, sino también integrador de las lagunas del ordenamiento. Por eso la tesis transcrita debe matizarse para reconocer que la jurisprudencia puede adoptar distintas formas; al menos dos: jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia integradora. En el primer caso se podría estar de acuerdo en que su aplicación no puede ser retroactiva porque se limita a aplicar una norma legal preexistente; en el segundo caso, en la medida en que está innovando el ordenamiento jurídico al incorporar elementos normativos que antes no existían, sí que puede ser retroactiva y, en esa medida, vulnerar el artículo 14 párrafo primero. De estos matices parece haberse dado cuenta la siguiente tesis, que ya corrige en parte el criterio anterior:

JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia puede ser de distintos tipos: confirmatoria, o sea, aquella que simplemente corrobora el sentido claro y preciso de una ley; interpretativa, cuando determina el alcance de una norma legal definiendo su contenido; y supletoria, la que llena una laguna de la ley, por no haber previsto el legislador todas las hipótesis que pudieran presentarse sobre un problema jurídico determinado, caso en el que, ante el vacío de la ley, la jurisprudencia viene a constituir una verdadera fuente formal del derecho, al integrar al orden jurídico una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria. Esta jurisprudencia supletoria tiene su fundamento en el artículo 14 constitucional, que establece que en los juicios del orden civil la sentencia debe ser conforme a la letra o interpretación de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho; así como en el artículo 18 del Código Civil Federal, que prescribe que el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. Así, el

juez o tribunal que a falta de una ley aplicable resuelve conforme a los principios generales del derecho, excede la función de mera interpretación, pues crea nuevas normas jurídicas y de esa forma los casos no previstos por las leyes son resueltos por la jurisprudencia, que adquiere obligatoriedad para ser aplicada por los tribunales. Ahora bien, en esa hipótesis la aplicación de la jurisprudencia está sujeta al principio de no retroactividad consignado en el artículo 14, primer párrafo, de la Constitución federal, porque, al igual que la ley, su ámbito temporal de validez se inicia en el momento de su emisión y publicación, que es cuando queda integrada al orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial era incompleto, por lo que no puede regir hacia el pasado sin contrariar la garantía de seguridad jurídica que consigna el referido precepto constitucional. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, marzo de 2000, tesis IV.1o.P.C.9 K, p. 1002.

Junto a los supuestos en que no se vulnera el principio de retroactividad, la jurisprudencia también se ha encargado de precisar otros extremos del alcance práctico del artículo 14 párrafo primero. Así, la jurisprudencia señala que se puede aplicar de forma retroactiva una ley en materia penal cuando favorezca a una persona:

**RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA.** Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincuente. Sexta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. segunda parte, CI, p. 50.

**RETROACTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL. EN LO QUE FAVOREZCA AL REO DEBE APLICARSE LA.** Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, también debe entenderse tal precepto en el sentido de que si es en beneficio del reo, se debe aplicar la nueva legislación; en tales circunstancias, el decreto que reforma adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 10 de enero de 1994 y con vigencia a partir del primero de febrero siguiente, atento a lo preceptuado por el artículo tercero transitorio del decreto citado, permite que se tenga en consideración lo ordenado por el artículo 56 del Código punitivo en cuestión, el cual fija la aplicación de la legislación más benéfica, lo que lleva a estimar que debe tenerse en consideración la nueva legislación y no la vigente al momento en que sucedieron los hechos, por lo que de todo se colige que la aplicación retroactiva de la

ley en beneficio de todo sentenciado resulta ser obligatorio para las autoridades judiciales, en su caso acorde con la legislación penal ordinaria. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 86-1, febrero de 1995, octava época, tribunales colegiados de circuito, tesis XXI.1º J/17, p. 55.

Ahora bien, la jurisprudencia distingue entre la aplicación en beneficio del reo de la legislación sustantiva y de la legislación procesal; en este segundo caso, la aplicación *pro reo* no funcionaría, tal como lo sostiene la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN BENEFICIO DEL REO. NO OPERA EN MATERIA ADJETIVA O PROCEDIMENTAL. Aun cuando es exacto que el principio de la irretroactividad recogido en el párrafo primero del artículo 14 de la Constitución federal tiene como excepción en materia penal aquellos casos en que la nueva ley es más benigna para el reo, lo que ha sido reconocido en forma unánime por la jurisprudencia, la doctrina y el derecho positivo; también lo es que tales hipótesis excepcionales, sin duda alguna, se refieren al aspecto sustantivo del delito y de la pena, mas no al adjetivo o procedimental, pues es de explorado derecho que el proceso se rige por la ley vigente en el momento en que cada diligencia se desarrolla, por lo que sería absurdo y contrario al principio de seguridad jurídica, pretender que las actuaciones realizadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley carezcan de todo valor probatorio por no ajustarse a los nuevos criterios adoptados por el legislador para su práctica, ya que de ser así los órganos jurisdiccionales no tendrían ningún soporte jurídico para establecer en sus sentencias que las autoridades investigadoras debieron observar en la práctica de aquellas diligencias requisitos que no existían en el momento en que se efectuaron. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 68, agosto de 1993, tesis XIX.1o. J/6, p. 91.

Pero el criterio anterior no se aplica a la libertad provisional bajo caución, para cuyo otorgamiento se debe tomar en cuenta la ley más favorable, como lo explica el siguiente criterio:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. DEBE APLICARSE LA LEY MÁS FAVORABLE AL PROCESADO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios en el sentido de que tratándose de leyes procesales no opera el principio de retroactividad en favor del reo; sin embargo, si el procesado solicita el beneficio constitucional de libertad provisional bajo caución, el juzgador no sólo debe tomar en cuenta la norma adjetiva que indica el procedimiento y requisitos de procedencia, sino también la norma sustantiva que contiene la conducta típica y la penalidad correspondiente, siendo que dicha norma será determinante para la concesión del beneficio; por tanto, si la norma adjetiva relativa a ese derecho, vigente al momento de los hechos le beneficia al solicitante y con motivo de una reforma le perjudica,

debe aplicarse la ley sustantiva en beneficio del gobernado conforme a lo establecido en el artículo 14 constitucional y concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución. En tales condiciones, si el delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado (con penalidad que en su término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión) en el artículo 215, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, fue cometido antes de la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1999, tiempo en que dicho ilícito no estaba conceptualizado como grave, debe concederse dicho beneficio, y no negarse, por la circunstancia de que con motivo de esa reforma, el citado numeral 268 estableció que son delitos graves aquellos cuya penalidad en su término medio aritmético exceden de cinco años de prisión. Además, el régimen de libertad provisional, no obstante su regulación en una ley adjetiva, no debe considerarse como parte del procedimiento penal mismo, caso en el que sería aplicable el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino atendiendo a su naturaleza jurídica, de medida de carácter cautelar vinculada necesariamente con el delito objeto del proceso. En conclusión no se trata de normas procesales en estricto sentido las que rigen ese derecho a la libertad provisional sino que además se encuentran dotadas de cierto contenido restrictivo de una garantía fundamental, como es la libertad del individuo. De seguir el criterio contrario, se podría caer en el absurdo de que en una misma causa penal y en igualdad de circunstancias en cuanto al delito y a la fecha de comisión, existan procesados, algunos con derecho a libertad provisional y otros que no la obtuvieron por la aplicación del nuevo precepto. Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, tesis I.1o.P.67 P, p. 1401.

El criterio sobre la retroactividad favorable en materia penal no se puede extender a la materia fiscal según la siguiente tesis:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. NO OPERA EN MATERIA FISCAL, AUN CUANDO SEA FAVORABLE AL CAUSANTE. La irretroactividad de la ley en perjuicio de los gobernados, es una garantía individual consagrada en el artículo 14 constitucional y la finalidad directa que percibe dicha garantía es que no se apliquen en forma retroactiva, en perjuicio de los gobernados, las distintas leyes que se expidan, mas no que al arbitrio de ellos se les apliquen en forma retroactiva las leyes que estimen les favorezcan. La citada garantía debe entenderse como el derecho del gobernado a reclamar la inconstitucionalidad de cualquier ley que se le pretenda aplicar retroactivamente en su perjuicio, pero no como un derecho para exigir que se le aplique determinada ley en forma retroactiva simplemente porque le favorezca, máxime en una materia como la fiscal en que las normas respectivas son de observancia estricta. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-2, enero a junio de 1988, p. 605.

Este criterio parece razonable para no “congelar” el ordenamiento tributario; en efecto, si no se establece el principio de no aplicación retroactiva de la ley fiscal más favorable, se podría reclamar cualquier modificación positiva en el régimen tributario. Para complementar la tesis que se acaba de transcribir conviene considerar también la siguiente:

CONTRIBUCIONES. LAS LEYES QUE LAS INCREMENTAN NO VIOLAN LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD. Esta garantía, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en que una ley no puede contener disposiciones que regulen hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia o afectar derechos adquiridos; el Congreso de la Unión, en ejercicio de la potestad tributaria que la propia Constitución le confiere, anualmente determina las contribuciones del año fiscal correspondiente, y cuando las incrementa hacia el futuro, es claro que no afecta situaciones anteriores y los particulares no pueden alegar violación a dicha garantía, porque no tienen el derecho adquirido para pagar siempre sobre una misma base o tasa, ya que contribuir al gasto público es una obligación de los mexicanos consagrada en el artículo 31, fracción IV, constitucional, y no un bien que ingrese al patrimonio del contribuyente. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis P./J. 105/99, p. 27.

Como puede verse, el principio de no retroactividad establecido por el artículo 14, párrafo segundo, ha dado lugar a una variada casuística, debido en muy buena medida al carácter indeterminado y abierto de la propia disposición, que adoptando una redacción típica del llamado “constitucionalismo de principios” se manifiesta a través de una norma incompleta; es decir, el artículo 14 párrafo primero establece la consecuencia (no podrán aplicarse de forma retroactiva las leyes), pero no el supuesto de su propia aplicación (no define cuándo una norma es retroactiva ni qué se debe entender por aplicación retroactiva). En virtud de esa indeterminación del supuesto, la jurisprudencia ha tenido que ir delimitando las cuestiones básicas en torno a la no retroactividad, comenzando por concretar nada menos que el supuesto —es decir, la situación fáctica— en el que el artículo 14, párrafo primero, tiene aplicabilidad.

## VI. EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO SEGUNDO

El artículo 14 constitucional en su párrafo segundo dispone lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Como puede apreciarse, se trata de una fórmula compleja, que como en el caso del párrafo primero del propio artículo 14 contiene muchos elementos normativos no especificados y por tanto debe ser estudiada en cada una de sus partes.

Esto es lo que vamos a hacer a continuación, descomponiendo la disposición transcrita del artículo 14 en varias partes a fin de intentar alcanzar una mejor comprensión de su contenido. Antes de eso, sin embargo, conviene señalar a título de análisis general que la disposición del artículo 14 tiene un alcance subjetivo universal; es decir, es aplicable a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, ya que las palabras “Nadie podrá ser privado...” significan —*a contrario sensu*— que todos están protegidos en contra de los actos privativos que se pretendan llevar a cabo sin apearse a lo que dispone el resto del párrafo en cuestión.

### 1. *Actos privativos*

Lo primero que hay que hacer para comprender el sentido del artículo 14, párrafo segundo, es delimitar su universo aplicativo, es decir, saber a qué cuestiones se puede aplicar; para ello hay que definir qué es un acto privativo, que es a lo que se refiere ese precepto cuando señala que “Nadie podrá ser *privado*...”.

En virtud de la ya mencionada indeterminación semántica del precepto en cuestión, debemos de nuevo guiarnos por los pronunciamientos jurisprudenciales, que han jugado un papel central para su adecuada comprensión. La jurisprudencia ha definido el acto privativo oponiéndolo al concepto de acto de molestia que está previsto en el artículo 16 constitucional. El criterio jurisprudencial más relevante al respecto es el siguiente (las cursivas son agregadas):

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo ordenamiento supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. 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 restringen 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. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. 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*. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, julio de 1996, tesis P./J. 40/96, p. 5.

El criterio anterior nos indica que estaremos frente a un acto privativo siempre que una actuación de la autoridad produzca una disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado; si esa merma o menoscabo es solamente provisional entonces no estaremos ante un acto de este tipo y no se aplicaran los requisitos que establece el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Habiendo definido, con apoyo de la jurisprudencia, el concepto del “acto privativo”, hay que mencionar los bienes jurídicos que protege el párrafo segundo del artículo 14 constitucional; esos bienes son la vida, la libertad, las propiedades, las posesiones y los derechos. Varios de esos bienes ya han sido estudiados en los capítulos precedentes (sobre el derecho a la vida y sobre la libertad nos hemos detenido en el capítulo tercero) y otros lo serán más adelante (la propiedad dentro de este mismo capítulo). De los demás bienes tutelados, el que ha generado algunos pronunciamientos jurisprudenciales interesantes es el de la posesión. La cuestión principal está en determinar si el mandato del artículo 14 protege la posesión como mera tenencia material o si se exige algún título jurídico que justifique y legitime esa posesión. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido los siguientes criterios:

POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO

DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS. En virtud de que de los antecedentes y reformas al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende la existencia de datos o elementos que puedan servir para determinar qué tipo de posesión es la que debe protegerse mediante el juicio de amparo, esto es, si se trata de aquella que se funda en un título sustentado en una figura jurídica prevista en la ley que genere el derecho a poseer o si es la simple tenencia material de las cosas, independientemente de que se tenga o no derecho de posesión sobre éstas, es indudable que se debe recurrir al estudio e interpretación de las disposiciones legales que han regulado y regulan esa institución, y de las que colateralmente se relacionan con ellas, así como atender de manera especial a los graves problemas y consecuencias que en la práctica presenta el no exigir título alguno, por lo que la posesión protegida por la citada disposición constitucional no es otra que la definida por el derecho común. Sin embargo, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal (similar al de todas las legislaciones civiles locales del país), es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, debe entenderse que tal poder no constituye un hecho con consecuencias jurídicas, sino más bien la manifestación del derecho que se tiene para poseer un bien determinado, que debe tener origen en alguna de las figuras contempladas en las legislaciones relativas; por tanto, para que la posesión sea objeto de protección a través del juicio de amparo indirecto, cuando el quejoso se ostenta como persona extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que se sustente en alguna figura jurídica o precepto legal que genere el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a poseer el bien de que se trate, entendiéndose por título la causa generadora de esa posesión. No obstante lo anterior, las decisiones del órgano de control de constitucionalidad sobre la eficacia del título, tienen efectos exclusivos en el juicio de garantías, sin decidir sobre el derecho sustantivo, esto es, respecto del derecho a la posesión del bien relativo, ya que estas cuestiones deberán ser dilucidadas ante la potestad común. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002, novena época, pleno, tesis P/J. 1/2002, p. 5.

POSESIÓN. LA SOLA PRESENCIA FÍSICA EN UN INMUEBLE NO BASTA PARA ACREDITARLA. Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis de jurisprudencia número 213, publicada en la p. 624, cuarta parte, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1985*, estableció el criterio en el sentido de que, demostrado el hecho de la posesión, ésta debe ser respetada en acatamiento al artículo 14 constitucional, sin que los jueces tengan facultades para decidir si es de buena o mala fe, y en la segunda tesis relacionada con dicha jurisprudencia, el propio alto tribunal sostuvo que el único elemento que debe exigirse para la comprobación de la posesión en el juicio de amparo, es el relativo a la tenencia material de la cosa o bien

cuestionado; tales criterios se refieren a que para otorgar la protección constitucional no es necesario que se acredite que la posesión que se detenta es de buena o mala fe, mas no a que la sola ocupación material de una cosa sea protegible mediante el artículo 14 constitucional, ya que de aceptar esto como correcto, se llegaría al extremo de que, tratándose de actos relativos a la desocupación de un inmueble, por virtud del juicio reivindicatorio, podrían promoverse tantos juicios de amparo como miembros tuviera la familia de quien se ostenta como poseedor de la finca y debería otorgarse la protección constitucional en cada caso, en la medida en que se acreditara que materialmente ocupaban el inmueble de que se tratara, lo que, evidentemente, no es correcto. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 608.

## 2. *Formalidades esenciales del procedimiento*

El mismo párrafo segundo del artículo 14 constitucional exige que todo acto privativo sea dictado por tribunales previamente establecidos, en un juicio en el que se observen las formalidades esenciales del procedimiento.

El concepto de “formalidades esenciales del procedimiento” es de carácter complejo e involucra cuestiones muy diversas. Con este vocablo, la Constitución hace referencia, en parte, a lo que en otros sistemas jurídicos se denomina el “debido proceso” o también el “debido proceso legal”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que 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. 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.<sup>68</sup>

Al respecto la jurisprudencia mexicana ha sostenido la siguiente tesis, que es importante en la medida en que descompone los elementos que integran la “fórmula compleja” que contiene el concepto de “formalidades esenciales del procedimiento”:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al goberna-

<sup>68</sup> Se trata de un criterio contenido en varios pronunciamientos de la Corte; por ejemplo, en el “Caso Ivcher Bronstein”, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 102 y en Opinión Consultiva 18/03, párrafo 123.

do la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, diciembre de 1995, tesis P./J. 47/95, p. 133.

Como se desprende de esta tesis, las formalidades esenciales del procedimiento protegen en México el llamado “derecho de audiencia”, que estudiaremos en los siguientes párrafos.

La primera formalidad esencial de todo procedimiento es que la parte afectada sea llamada ante el órgano de autoridad a fin de que pueda defenderse correctamente; el ser llamado no solamente comprende la posibilidad de que el particular sea “avisado” de que se pretende ejecutar un acto privativo en su contra o de que existe un procedimiento que pudiera culminar con la emisión de un acto privativo, sino que —de forma más amplia— exige poner a su disposición todos los elementos que le permitan tener una “noticia completa”, tanto de una demanda interpuesta en su contra (incluyendo los documentos anexos) como en su caso del acto privativo que pretende realizar la autoridad.<sup>69</sup> Además de ser llamado, el particular debe tener la oportunidad de ofrecer pruebas y de que esas pruebas sean desahogadas. En tercer lugar, el particular debe tener el derecho de ofrecer alegatos y de que esos alegatos sean tomados en cuenta por la autoridad; los alegatos, nos indica Héctor Fix-Zamudio, son “la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso”.<sup>70</sup>

En cuarto lugar, el derecho de audiencia comprende la obligación del órgano público de dictar una resolución en la que dirima las cuestiones planteadas por las partes.

<sup>69</sup> Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 117.

<sup>70</sup> “Alegatos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. I, p. 215.

La jurisprudencia sobre el derecho de audiencia es muy abundante. Los diversos criterios jurisprudenciales han ido construyendo y dándole contenido a ese derecho, que en buena medida está indeterminado en el texto constitucional. Entre las tesis más interesantes se encuentran las siguientes:

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. De entre las diversas garantías de seguridad jurídica que contiene el segundo párrafo del artículo 14 constitucional destaca, por su primordial importancia, la de audiencia previa. Este mandamiento superior, cuya esencia se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír en defensa de los afectados. Dichas formalidades y su observancia, a las que se unen, además, las relativas a la garantía de legalidad contenida en el texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional, se constituyen como elementos fundamentales útiles para demostrar a los afectados por un acto de autoridad, que la resolución que los agravia no se dicta de un modo arbitrario y anárquico sino, por el contrario, en estricta observancia del marco jurídico que la rige. Así, con arreglo en tales imperativos, todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, enero de 1991, p. 153.

GARANTÍA DE AUDIENCIA. SE INTEGRAN NO SÓLO CON LA ADMISIÓN DE PRUEBAS SINO TAMBIÉN CON SU ESTUDIO Y VALORACIÓN. La garantía de audiencia a que se refiere el texto del artículo 14 constitucional se integra, no sólo admitiendo pruebas de las partes sino, además, expresando las razones concretas por las cuales, en su caso, dichas probanzas resultan ineficaces a juicio de la responsable. Por ello, si la resolución que puso fin a un procedimiento fue totalmente omisa en hacer referencia alguna a las pruebas aportadas por la hoy quejosa, es claro que se ha cometido una violación al precepto constitucional invocado, lo que da motivo a conceder el amparo solicitado, independientemente de si el contenido de tales probanzas habrá o no de influir en la resolución final por pronunciarse. Tal criterio, que se armoniza con los principios jurídicos que dan a la autoridad administrativa la facultad de otorgarle

a las pruebas el valor que crea prudente, es congruente, además, con la tendencia jurisprudencial que busca evitar la sustitución material del órgano de control constitucional, sobre las autoridades responsables, en una materia que exclusivamente les corresponde como lo es, sin duda, la de apreciación de las pruebas que les sean ofrecidas durante la sustanciación del procedimiento. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, tesis I.3o.A. J/29, p. 442.

AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO [TAMBIÉN] MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXXV/98, p. 21.

La jurisprudencia, aparte de abordar aspectos generales como los que se encuentran referidos en las tesis precedentes, también ha indagado el sentido del derecho de audiencia sobre actos de autoridad que suponen una especial afectación de ciertos derechos fundamentales y que tradicionalmente han sido dictados en un claro abuso de las funciones que les corresponden a las autoridades. Es el caso de las clausuras de establecimientos mercantiles, que son actos que generan no solamente graves perjuicios económicos para los particulares, sino también importantes fenómenos de corrupción. Sobre el derecho de audiencia en el caso de las clausuras se ha emitido la siguiente tesis:

CLAUSURAS. GARANTÍA DE AUDIENCIA. La Suprema Corte ha siempre estimado que conforme a la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 14 constitucional, las autoridades administrativas no pueden privar a ningún gobernado de sus propiedades, posesiones o derechos, sin cumplir las leyes esenciales de un procedimiento,

aun cuando no tenga que acudir a los tribunales para tomar y ejecutar decisiones dentro de su esfera administrativa de competencia. Y esas leyes esenciales del procedimiento, o debido proceso legal, como también se les suele llamar, contiene básicamente la garantía de audiencia, conforme a la cual las autoridades no pueden afectar los derechos de un ciudadano sin oírlo previamente en defensa. Esto implica que antes de afectarlo, deben darle a conocer en forma plena y cabal todos los elementos de hecho y de derecho para actuar en su contra, y deben darle también oportunidad de probar y de alegar lo que a su derecho convenga, es decir, de probar los hechos en que funde su defensa y de desvirtuar los hechos aducidos en contra de sus intereses, y de formular los alegatos legales que correspondan con vista a las probanzas existentes. Todo ello, previamente a que la autoridad, tomando en cuenta esas pruebas y alegatos, dicte la resolución de afectación, e independientemente de que el acta de inspección que funde una resolución, para que pueda servir de fundamento a esa resolución final, satisfaga a sí misma los requisitos que señala el artículo 16 constitucional, para que pueda tener validez legal, e independientemente también de que la resolución deba estar adecuadamente fundada y motivada. Siendo de notarse que cuando se trata de reglamentar el comercio, en cuanto tal, su ejercicio sólo puede restringirse o reglamentarse por las autoridades con base en la ley del Congreso, cuando se afecte el orden público, conforme a los artículos 5o. y 73, fracción X, de la Constitución federal. Y la clausura de un establecimiento mercantil, que ciertamente afecta al gobernado en sus derechos civiles y mercantiles, y en su derecho constitucional de ejercer el comercio (artículo 5o.) en principio no es ninguna excepción a la exigencia constitucional de que se respete la garantía de audiencia. O sea que si un inspector, por ejemplo, encuentra alguna irregularidad que pudiera ameritar como sanción la clausura temporal o definitiva, se debe abrir un procedimiento administrativo al que se emplace legalmente al afectado, para darle oportunidad legal previa de probar y alegar y, posteriormente con pruebas y alegatos o sin ellos (si el afectado no comparece a pesar de haber sido notificado legalmente, o si no rinde pruebas o no formula alegatos, a pesar de haber comparecido), se aplicará la sanción de clausura. La única manera de que pudiera procederse a la clausura, sin respetar la garantía de audiencia en forma previa, sería el caso en que hubiese un peligro claro y presente de índole extraordinariamente grave para la paz o salud públicas, que por su naturaleza excepcional no permitiese la menor demora en la aplicación de la sanción de clausura, cuestión que tendría que examinarse muy rigurosamente, en su oportunidad y en su caso, a la luz de los elementos probatorios rendidos al respecto por las autoridades y los quejosos. Ahora bien, si la situación no es tan grave y no se está en la situación de excepción apremiante que se mencionó, sino que se trata de faltas de otro tipo como cerrar a deshoras o al servir a personas en estado de ebriedad, etcétera, ciertamente no se está frente al peligro claro, grave e inminente de un gran daño a la paz o salud públicas por lo que no se justifica que se aplique la sanción administrativa sin respetar la garantía de previa audiencia. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 109-114, sexta parte, p. 43.

Ya mencionamos que, como regla general, el derecho de audiencia debe ser previo a la ejecución del acto privativo; hay sin embargo algunos casos que la jurisprudencia ha considerado como excepciones a esa regla general. Así se desprende de las siguientes tesis:

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma ley suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia carta magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, marzo de 1998, tesis P. XVIII/98, p. 28.

EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, tesis P./J. 65/95, p. 44.

Esta tesis no me parece muy apropiada, ya que en términos del artículo 27 constitucional una expropiación solamente se puede llevar a cabo cuando exista una causa de interés público que justifique que se prive a un particular de su propiedad mediante indemnización. Si se permitiera la garantía de audiencia previa el particular podría intentar desvirtuar el argumento de la autoridad so-

bre la existencia o no de dicha causa, lo cual sería muy importante para evitar la privación de sus bienes y propiedades.<sup>71</sup>

AUDIENCIA PREVIA. LA EXCEPCIÓN A DICHA GARANTÍA, TRATÁNDOSE DE LA MATERIA TRIBUTARIA, OPERA ÚNICAMENTE RESPECTO DE ACTOS RELACIONADOS CON CRÉDITOS FISCALES DERIVADOS DE LA FALTA DE PAGO DE UNA CONTRIBUCIÓN O DE SUS ACCESORIOS. Del análisis de las ejecutorias que integran la jurisprudencia de este alto tribunal publicada con el número 110, en la página 141, del tomo I, materia constitucional, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, de rubro: “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. EN MATERIA IMPOSITIVA, NO ES NECESARIO QUE SEA PREVIA”, se advierte que en ellas se sostuvo que, en atención a que el cobro de las contribuciones resulta indispensable para el sostenimiento de las instituciones del Estado, así como para la prestación de diversos servicios públicos que están a cargo de diferentes órganos de éste, la recaudación de los ingresos de naturaleza tributaria no puede estar supeditada a que previamente se escuche a los gobernados que se ubican en las hipótesis de hecho que dan lugar al cobro de alguna contribución, pues de lo contrario, podría llegar el momento en que las instituciones y el orden constitucional desaparecieran o se vieran gravemente afectados por falta de elementos económicos. En este tenor, toda vez que el referido criterio jurisprudencial constituye una excepción al principio general que deriva de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe estimarse que únicamente es aplicable respecto de los actos de las autoridades hacendarias que tienen como finalidad realizar la determinación o el cobro de contribuciones y sus accesorios, es decir, de las prestaciones patrimoniales de carácter público que, regidas por lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, de la propia norma fundamental, son establecidas por los órganos del Estado que están dotados de potestad tributaria y tienen como finalidad fundamental sustentar el gasto público, así como respecto de las diversas prestaciones que se generen como consecuencia de la falta de pago oportuno de aquéllas; es decir, la excepción a la garantía de audiencia previa que rige en materia tributaria únicamente es aplicable respecto del cobro de contribuciones, mas no en relación con otras prestaciones patrimoniales que en el ámbito federal, según lo dispuesto en el artículo 4o., párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación, también dan lugar a la generación de créditos fiscales. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, julio de 2002, tesis 2a. LXXII/2002, p. 446.

Un problema que se ha generado en la práctica respecto de la observancia por parte de las autoridades del derecho de audiencia y, en general, de las formalidades esenciales del procedimiento, tiene que ver con el hecho de que al-

<sup>71</sup> Ver, en el mismo sentido, las consideraciones de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 109.

gunas leyes no establecían el procedimiento necesario para notificar a los afectados, recibir y valorar pruebas, posibilitar la formulación de alegatos o regir la emisión de las resoluciones. Ante estas lagunas, la jurisprudencia ha considerado que el derecho de audiencia debe respetarse incluso si la ley no contempla alguno de los aspectos mencionados; es decir, el órgano encargado de emitir un acto privativo debe observar las formalidades esenciales del procedimiento aplicando directamente la Constitución, incluso frente a una ley omisa.<sup>72</sup>

Un elenco más o menos detallado de las violaciones que se pueden dar del mandato constitucional que ordena observar las “formalidades esenciales del procedimiento”, se puede encontrar en los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo.

El concepto de formalidades esenciales del procedimiento, que como acabamos de ver no está definido en el texto constitucional sino que ha sido dotado de contenidos concretos por la jurisprudencia, no debe tener un carácter cerrado. Es decir, se puede estar de acuerdo en que, siguiendo la línea jurisprudencial que ya se ha expuesto, las formalidades esenciales del procedimiento se manifiesten en un núcleo duro e irreductible (una especie de “contenido esencial”) compuesto por la notificación o emplazamiento, la posibilidad probatoria en sentido amplio (ofrecimiento, desahogo y valoración de pruebas), el derecho de formular alegatos y la obligación de las autoridades de dictar una resolución resolviendo la cuestión planteada; pero ese núcleo duro puede verse ampliado por la naturaleza de cierto tipo de casos. Por ejemplo, en procedimientos judiciales en los que estén involucrados menores de edad o personas con discapacidad, deben exigirse otras formalidades esenciales, como la asistencia del Ministerio Público o ciertas medidas precautorias para asegurar los intereses de la parte más débil.

Aunque sería imposible en este momento hacer una lista exhaustiva de todas las formalidades esenciales que deben existir en los distintos procesos jurisdiccionales, lo que debe quedar claro es que el concepto mismo de “formalidades esenciales” es un concepto abierto, y que en ese sentido puede y debe ser ampliado por la jurisprudencia siempre que se esté ante un procedimiento jurisdiccional dirigido a realizar un acto privativo que, por sus características especiales, amerite una especial tutela de los intereses en juego. Un ejemplo de la forma en la que pueden ser ampliadas las “formalidades esenciales” lo encontramos en una importante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia al derecho a la información consular que les es

<sup>72</sup> Ver la tesis “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1985*, segunda sala, octava parte, p. 112.

aplicable a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional. A estudiar esa opinión consultiva se dedica el siguiente apartado.

### *Derecho a la información consular*

La Opinión Consultiva 16/99 tiene un doble interés para efectos de nuestra exposición;<sup>73</sup> por una parte, se trata de una opinión solicitada por el gobierno mexicano, cuyo planteamiento se debe en gran medida al maltrato que reciben los mexicanos residentes en Estados Unidos, maltrato que como veremos en seguida puede ser entendido como una violación de derechos fundamentales. Por otro lado, la Opinión se refiere a las formalidades que deben ser observadas en el marco de un proceso, incidiendo de esa forma en la interpretación correcta que debe hacerse del párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Aunque la OC 16/99 se refiere a muchos aspectos de orden procedimental sobre los que no podemos detenernos en este momento (por ejemplo en relación con la aplicabilidad de ciertos tratados a los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos o respecto a los alcances de la propia función consultiva de la Corte), hay cuestiones de fondo de las que se pueden extraer importantes consecuencias.

La Corte recuerda que entre las consideraciones que dieron lugar a la consulta de México se encuentra el hecho de que el gobierno había hecho gestiones en favor de nacionales mexicanos detenidos por las autoridades estadounidenses que no habían sido informados de su derecho a la asistencia consular; en algunos casos, los mexicanos detenidos habían sido condenados a la pena de muerte (párrafo 46).

Hay que considerar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la que forman parte tanto Estados Unidos como México, establece en su artículo 36 lo siguiente:

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

A) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos;

B) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente de ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de

<sup>73</sup> Su texto puede ser consultado en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1003-1097.

cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

C) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello...

A partir del texto del artículo que se acaba de transcribir, y concretamente del apartado A, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona 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 que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16/99, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informarle de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Un aspecto planteado por México tiene que ver con los alcances del artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de que la información sobre el derecho de comunicación consular se le debe dar a la persona detenida “sin dilación”. Para la Corte, al determinar el sentido de esa expresión se debe tener en cuenta la finalidad a la que sirve la notificación al inculpado del derecho que le asiste. En este sentido, la Corte afirma que

Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto... la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad [párrafo 106].

México consultó también si el derecho a la información consular podía enmarcarse, a la luz del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro de las garantías posibles para asegurar un juicio justo. A partir de este planteamiento, la Corte vincula el derecho de información consular con el concepto más amplio del debido proceso legal. Conviene sin embargo reparar ahora en las consideraciones de la Corte sobre los alcances del “debido proceso legal”.

Para la Corte, la regulación de los procedimientos judiciales se ha ido enriqueciendo con la aparición de nuevos derechos en favor de los justiciables. Es decir, la Corte admite el carácter dinámico del proceso y asume la historicidad de los derechos al reconocer que el catálogo que los contiene —tanto en el ámbito nacional como en el internacional— no está cerrado y, en consecuencia, puede irse enriqueciendo progresivamente.

En opinión de la Corte,

para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados... [párrafo 117].

La Corte vincula las garantías procesales del artículo 14 del Pacto con el derecho a la información consular y con el principio de igualdad ante la ley y ante los tribunales (lo que en el capítulo segundo *supra* hemos llamado la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley). La Corte señala que

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas [párrafo 119].

Las anteriores consideraciones justifican que se provea de traductor a la persona que desconoce el idioma en que se desarrolla el proceso y que se atribuya al extranjero que está siendo procesado el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular (párrafo 120).

El derecho a la información consular forma parte, según la Corte, de las garantías mínimas que son necesarias para brindar a todo extranjero la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo (párrafo 122).

Otra cuestión planteada por México tenía que ver con las consecuencias de la violación por parte del Estado receptor de la obligación de informar al detenido sobre su derecho a comunicarse con su consulado. La Corte, al emitir su criterio sobre esta cuestión, recuerda que la pena de muerte es una medida de carácter irreversible y que, por tanto, el Estado debe ser muy estricto y riguroso con la observancia de las garantías procesales (párrafo 136).

Para la Corte, si se viola el derecho a la información consular del artículo 36 de la Convención de Viena se afectan las garantías del debido proceso legal y con ello la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4o. y 6o., respectivamente).

La OC 16/99 se cierra con los votos concurrentes de los jueces Cancado Trindade y García Ramírez, y con un voto parcialmente disidente del juez Jackman. Me interesa recuperar algunos pasajes del voto de García Ramírez.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> El texto se encuentra en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 1094-1097.

Para el juez García Ramírez la OC 16/99 es importante en la medida en que afecta a una “zona crítica” de los derechos fundamentales, pues se trata de un ámbito en el que “se halla en más grave riesgo la dignidad humana”. Sobre las consecuencias de violar el derecho a la información consular García Ramírez afirma que

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

Para García Ramírez el criterio adoptado en la OC 16/99 refleja una evolución importante del proceso penal y contribuye a racionalizar la administración de justicia:

La admisión de este criterio —apunta nuestro juez— contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

Antes de terminar este apartado quisiera apuntar dos cuestiones conclusivas que pueden resultar obvias. Por una parte, que la interpretación de la Corte a petición del gobierno mexicano por la situación de nuestros nacionales en Estados Unidos, resulta del todo aplicable al propio gobierno mexicano. Es decir, que las autoridades mexicanas, al detener a una persona extranjera, deberán notificarle de inmediato el derecho que le asiste para contar con asistencia de la representación consular de su país y, con posterioridad, deberán permitir al personal de esa representación llevar a cabo todas las actividades relacionadas con esa asistencia.

Por otro lado, podemos concluir que en términos generales es obvio que las formalidades esenciales del procedimiento pueden ser ampliadas por los tratados internacionales; con frecuencia sucede que en efecto los tratados dan una cobertura protectora más amplia en casos de detención y procesamiento. Un ejemplo de esa ampliación puede encontrarse en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que como ya vimos fue mencionado por la Corte Interamericana en la OC 16/99.

### 3. *Tribunales previamente establecidos*

Cuando el párrafo segundo del artículo 14 constitucional se refiere a los “tribunales previamente establecidos” como los órganos encargados de conocer de los juicios en los que, observando las formalidades esenciales del procedimiento, se puede llevar a cabo un acto de privación de la vida, la libertad, la propiedad, la posesión o los derechos, en realidad lo que está prescribiendo es el derecho que tenemos a ser juzgados por el juez predeterminado por la ley. El de “juez predeterminado por la ley” es un concepto técnico-jurídico que va más allá del simple aspecto competencial y que se resuelve en una serie de mecanismos de seguridad jurídica en favor de los particulares.<sup>75</sup>

La jurisprudencia mexicana ha entendido que cuando el artículo 14 se refiere a los tribunales previamente establecidos no está haciendo referencia solamente a autoridades judiciales en sentido formal, sino que el mandato constitucional también se proyecta sobre todas las autoridades que tienen competencia legal para llevar a cabo actos privativos;<sup>76</sup> esto es particularmente aplicable a los tribunales administrativos o a los actos de las autoridades administrativas seguidos en forma de juicio.

El derecho al juez predeterminado por la ley consiste en el derecho de las partes dentro de un procedimiento o juicio a que la creación, constitución, competencia y composición del órgano que va a conocer de un asunto sea anterior en el tiempo a la acción por medio de la cual da comienzo el procedimiento.<sup>77</sup> El derecho en cuestión requiere la actuación, en primer lugar, del Poder Legislativo, ya que debe ser la ley la que defina el ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales.<sup>78</sup> Se trata, por tanto, de un derecho de configuración legal.

Pero el legislador no tiene completa libertad para establecer las competencias y los presupuestos organizativos de los juzgados y tribunales;<sup>79</sup> un primer límite a la libertad legislativa de configuración de la competencia judicial se

<sup>75</sup> En general sobre este tema, Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>76</sup> Ver la tesis “TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. COMPETENCIA PARA PRIVAR DE PROPIEDADES Y POSESIONES A LOS PARTICULARES. APARATOS MUSICALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vol. 18, p. 85.

<sup>77</sup> En sentido parecido Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., p. 27.

<sup>78</sup> Ver las observaciones de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 114.

<sup>79</sup> Sobre el mismo tema, en referencia al ordenamiento jurídico español, Diego Díez, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., pp. 30 y ss.

encuentra en el artículo 17 constitucional párrafo tercero, que dispone la obligación del legislador de establecer los medios necesarios para asegurar la independencia de los tribunales. En consecuencia, el legislador debe siempre preservar los principios de la independencia judicial; no podría, por ejemplo, disponer que un secretario de Estado pueda remover de su cargo a un juez o a un magistrado, ya que esa medida iría claramente en contra de la independencia judicial que el legislador debe preservar por mandato del ya mencionado artículo 17.

La disposición del artículo 14 que estamos estudiando sirve, además de lo dicho, para reforzar el mandato del artículo 13 constitucional cuando se refiere a la prohibición de que existan tribunales especiales. Aunque no es lo mismo la exigencia de que los actos privativos sean dictados por tribunales “previamente establecidos” que la prohibición de que existan “tribunales especiales”, lo cierto es que ambos mandatos constitucionales contribuyen a enfatizar que los órganos judiciales deben haber sido creados con anterioridad a los hechos que vayan a juzgar y que su competencia debe estar señalada también con anterioridad en una norma de rango legal.

## VII. LA EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO)

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece el principio de legalidad en materia penal. Es uno de los temas más clásicos en el ámbito de los derechos humanos, pues es en el campo de lo penal donde tales derechos se han violado con mayor intensidad en la historia de la humanidad. De hecho, una de las más importantes reivindicaciones del pensamiento ilustrado a partir del cual se comienzan a estructurar los modernos Estados constitucionales es la racionalización del poder penal y la humanización de las penas.

Las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, eran consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político a la que hicimos referencia en el capítulo tercero al tratar el tema de la libertad religiosa. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume en un párrafo brillante el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculgado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial a partir de un material probatorio acumulado bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.<sup>80</sup>

El párrafo tercero del artículo 14 abre una amplia serie de disposiciones constitucionales referidas al derecho penal que se encuentran tanto en el propio artículo 14, como en los artículos 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Se trata de cuestiones que afectan al núcleo mismo de la autonomía personal y que por tanto deben estar especialmente reguladas por el ordenamiento jurídico; en particular, tuteladas por los derechos fundamentales, sobre todo teniendo en cuenta los enormes atropellos contra la dignidad humana que se han cometido y se siguen cometiendo mediante el uso del poder represivo del Estado.

El texto del párrafo tercero del artículo 14 constitucional es el siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

De este párrafo conviene estudiar tres aspectos distintos en los que se concreta el principio de legalidad en materia penal: *a)* la reserva de ley en materia penal, *b)* el principio de taxatividad penal, y *c)* la prohibición de analogía, dentro de cuya exposición haremos referencia también al principio de mayoría de

<sup>80</sup> “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

razón. Adicionalmente también abordaremos la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales, cuestión que no está expresamente establecida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, pero que se puede desprender del conjunto del sistema de derechos fundamentales y, en particular, de la forma en que los derechos de libertad se proyectan hacia el legislador ordinario.

Aunque el párrafo tercero del artículo 14 se refiere específicamente a la materia penal, debe entenderse —en una interpretación garantista— que sus principios deben observarse en todas las materias que sean susceptibles de imponer sanciones a los particulares; así pues, los principios de reserva de ley, de taxatividad y de proporcionalidad se deben entender como aplicables al derecho administrativo sancionador y al derecho electoral sancionador, por mencionar solamente dos casos. Aunque no existen muchos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, uno de los más importantes y acertados es la siguiente tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. Los principios contenidos y desarrollados por el derecho penal, le son aplicables *mutatis mutandis*, al derecho administrativo sancionador. Se arriba a lo anterior, si se considera que tanto el derecho administrativo sancionador, como el derecho penal son manifestaciones del *ius puniendi* estatal; de las cuales, el derecho penal es la más antigua y desarrollada, a tal grado, que casi absorbe al género, por lo cual constituye obligada referencia o prototipo a las otras especies. Para lo anterior, se toma en cuenta que la facultad de reprimir conductas consideradas ilícitas, que vulneran el orden jurídico, es connatural a la organización del Estado, al cual el Constituyente originario le encomendó la realización de todas las actividades necesarias para lograr el bienestar común, con las limitaciones correspondientes, entre las cuales destacan, primordialmente, el respeto irrestricto a los derechos humanos y las normas fundamentales con las que se construye el estado de derecho. Ahora, de acuerdo a los valores que se protegen, la variedad de las conductas y los entes que pueden llegar a cometer la conducta sancionada, ha establecido dos regímenes distintos, en los que se pretende englobar la mayoría de las conductas ilícitas, y que son: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La división del derecho punitivo del Estado en una potestad sancionadora jurisdiccional y otra administrativa, tienen su razón de ser en la naturaleza de los ilícitos que se pretenden sancionar y reprimir, pues el derecho penal tutela aquellos bienes jurídicos que el legislador ha considerado como de mayor trascendencia e importancia por constituir una agresión directa contra los valores de mayor envergadura del individuo y del Estado que son fundamentales para su existencia; en tanto que con la tipificación y sanción de las infracciones administrativas se propende generalmente a la tutela de intereses generados en el ámbito so-

cial, y tienen por finalidad hacer posible que la autoridad administrativa lleve a cabo su función, aunque coinciden, fundamentalmente, en que ambos tienen por finalidad alcanzar y preservar el bien común y la paz social. Ahora, el poder punitivo del Estado, ya sea en el campo del derecho penal o en el del derecho administrativo sancionador, tiene como finalidad inmediata y directa la prevención de la comisión de los ilícitos, ya sea especial, referida al autor individual; o general, dirigida a toda la comunidad, esto es, reprimir el injusto (considerado éste en sentido amplio) para disuadir y evitar su proliferación y comisión futura. Por esto, es válido sostener que los principios desarrollados por el derecho penal, en cuanto a ese objetivo preventivo, son aplicables al derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi*. Esto no significa que se deba aplicar al derecho administrativo sancionador la norma positiva penal, sino que se deben extraer los principios desarrollados por el derecho penal y adecuarlos en lo que sean útiles y pertinentes a la imposición de sanciones administrativas, en lo que no se opongan a las particularidades de éstas, lo que significa que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las sanciones administrativas y el debido cumplimiento de los fines de una actividad de la administración, en razón de que no existe uniformidad normativa, sino más bien una unidad sistémica, entendida como que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades, por lo que la singularidad de cada materia permite la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima. Sala Superior, tesis S3EL 045/2002. Recurso de apelación. SUP-RAP-022/2001. Partido del Trabajo. 25 de octubre de 2001. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Leonel Castillo González. Disidentes: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo, Eloy Fuentes Cerda y José Fernando Ojesto Martínez Porcayo. Secretario: José Manuel Quistián Espericueta.

### 1. *Reserva de ley*

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluminístico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para emanar disposiciones penales.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad, véase Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Madrid, 1978, y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 465 y ss., especialmente p. 468.

Aunque dicho principio existía ya en algunos textos normativos anteriores, no es sino hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.<sup>82</sup>

En el mismo sentido de lo que defiende J. J. Rousseau en *El contrato social*, el Marqués de Beccaria en su famoso ensayo *De los delitos y de las penas*, sostenía que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”.<sup>83</sup>

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del Constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, y tal como se explica en seguida, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la disciplina de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Si la reserva de ley es establecida precisamente por una ley o norma de rango legal su efecto será provocar la ilegalidad —y en México, por vía de consecuencia inmediata, la inconstitucionalidad— de los reglamentos o de cualquier otra norma sublegislativa que entre a regular esa materia. Dichas normas inferiores adolecerían de un “vicio de competencia”. Sin embargo, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el efecto será también el de la imposibilidad de los reglamentos, pero en este caso, además, el Poder Legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del Ejecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo: cuando la Constitución dispone que sea el Poder Legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser “efectiva”, es decir, completa, suficiente y no puede servir como excusa para trasladar una facultad del Legislativo a otros órganos.

Las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a

<sup>82</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, t. II, p. 387.

<sup>83</sup> Traducción de Las Casas (1774), reimpr., Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

la regulación de la conducta humana sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación; igualmente, las reservas son también normas sobre la competencia en tanto la misma técnica de la reserva de ley consiste en una distribución —o asignación— de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el Poder Legislativo) para dictar normas en una materia concreta.

En la actualidad la reserva de ley cumple una doble función: por un lado, una función de carácter liberal o garantista, y por otro, una función democrática.

A) La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del Ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

B) La función democrática tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del Poder Legislativo, el cual es representativo de las mayorías —como el Ejecutivo— pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón,

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.<sup>84</sup>

El problema de mayor dimensión que tienen hoy frente a sí la teoría y la práctica de la reserva de ley, no es ya el de delimitar cuáles son las materias que se encuentran sujetas a la reserva, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del Poder Ejecutivo. Como señala Baño León, “Lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la

<sup>84</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

Segunda Guerra es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas”.<sup>85</sup>

Es importante subrayar que la reserva de ley en materia penal solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el del establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal. Por ejemplo, los reglamentos —siempre previa remisión de la ley— pueden regular lo relativo a la organización interna de los establecimientos penitenciarios o al funcionamiento concreto de los centros de menores.

Una tesis jurisprudencial que aplica en parte lo que se acaba de exponer es la siguiente:

SALUD, DELITO CONTRA LA. NARCÓTICOS, SU CARÁCTER SE ESTABLECE ÚNICAMENTE A TRAVÉS DEL PROCESO LEGISLATIVO. El hecho de que la sustancia denominada fenilpropanolamina haya sido considerada por la autoridad sanitaria como sicotrópico del grupo III del artículo 245 de la Ley General de Salud, en los listados publicados en el *Diario Oficial de la Federación* en fechas veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 246 de la Ley en cita, no es suficiente para determinar que aquéllos constituyen una reforma, adición o modificación del precepto 245 referido, pues lo más que se podría concluir es que de conformidad con el segundo numeral, la Secretaría de Salud consideró tal sustancia, para los efectos de esa Ley como sicotrópico, pero no por ello suponer que dicha sustancia se encuentre prevista en el citado artículo 245 y que es determinada por la Ley, porque no es el legislador el que la introduce, sino la Secretaría de Salud la que la considera. Sostener lo contrario, implicaría que el Congreso de la Unión le hubiere otorgado facultades para legislar a una autoridad sanitaria que pertenece al Ejecutivo, lo cual resulta contrario a derecho; por tanto, es incorrecto afirmar que la fenilpropanolamina es una sustancia considerada como sicotrópico por una ley exactamente aplicable al caso de que se trata (Ley General de Salud), de conformidad a lo estatuido en el numeral 193 del Código Penal Federal en sus dos primeros párrafos,

<sup>85</sup> Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21. Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del Poder Ejecutivo entre a regular una materia reservada a la ley, como que el propio Poder Legislativo otorgue competencia reguladora al Ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la “efectiva” regulación legislativa, *cfr.* Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 115. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como la Corte Constitucional han distinguido entre reservas “absolutas” y reservas “relativas” para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infralegales en algunas materias, Guastini, *Le fonti...*, *cit.*, p. 117; ver también, Guastini, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, vol. IX, 1994.

que precisa cuáles son las sustancias que deben ser consideradas como narcóticos (objeto material) en los delitos contra la salud. Lo anterior encuentra su explicación en todos los argumentos que sustentan al principio de la división de poderes que nuestra Constitución acoge, y en los diversos que indican que la determinación de las conductas merecedoras de una pena, debe ser responsabilidad del Poder Legislativo, como un acto en el que se manifiesta la voluntad mayoritaria del pueblo, y que tales conductas deben tener la publicidad necesaria para que el ciudadano como destinatario de la norma penal, conociendo los hechos punibles, pueda orientar su conducta. Publicidad que no se genera en una disposición de carácter administrativo, como la que nos ocupa, por más que se encuentre autorizada en la legislación ordinaria. En suma, considerar que tal sustancia sí se encuentra prevista en el citado artículo 245, por virtud de los listados de mérito y, que por ende puede ser objeto material de los delitos contra la salud, es una flagrante violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que consagra el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución federal. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, noviembre de 1998, tesis I.1o.P.48 P, p. 575.

Ya apuntábamos que el principio de legalidad en materia penal tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley (que los tipos penales y las consecuencias jurídicas de las conductas por ellos descritas estén establecidos en una ley); pero el principio de legalidad penal no se agota con la reserva, sino que se manifiesta en otras cuestiones, que pueden desprenderse del párrafo tercero del artículo 14 constitucional; dentro de este precepto se comprenden, al menos, el principio de taxatividad penal, la prohibición de utilizar la analogía en esta materia y el principio de proporcionalidad, que siendo un principio general aplicable a todo el sistema de derechos fundamentales, tiene también una especial relevancia para la materia penal, como lo veremos más adelante.

## 2. *Taxatividad*

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana. Por ejemplo, consideremos un enunciado normativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar

general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>86</sup> Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:<sup>87</sup>

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en parte, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas caracterís-

<sup>86</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21. Ver también Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

<sup>87</sup> *Derecho y razón, cit.*, p. 121.

ticas se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).<sup>88</sup>

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que

Una norma no puede ser considerada “ley” a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada acción.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución estadounidense; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”.<sup>89</sup>

La idea de que las leyes en general y las leyes penales en particular deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado.<sup>90</sup> Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y mu-

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

<sup>90</sup> Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 43.

chos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona.<sup>91</sup> Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal. En concreto, Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.<sup>92</sup>

La jurisprudencia mexicana sobre el principio de taxatividad ha sido ambivalente; en las tesis que se reproducen a continuación el lector podrá observar que, por una parte, se asume una posición restrictiva al no extender la taxatividad al ámbito probatorio, pero se reconoce adecuadamente que, a pesar de la literalidad del párrafo tercero del artículo 14 (que se refiere a la “aplicación” de la ley “en los juicios del orden criminal”), la taxatividad se impone no solamente en el momento aplicativo de la ley sino frente a la ley misma, de manera que obliga al legislador a observar ese principio al momento de crear la legislación sancionadora. Las tesis más relevantes sobre el tema que nos ocupa son las siguientes:

GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO LA VIOLA. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al prever la posibilidad de que el juez en el proceso emplee los medios de prueba que estime convenientes, según su criterio, para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución federal, pues, por tratarse de una disposición de carácter procesal o adjetivo, ajena a aspectos relacionados propiamente con la integración de la norma punitiva —descripción típica y previsión de la pena—, así como respecto a la forma o manera en que han de aplicarse las penas, no puede contravenir los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* en que descansa dicha garantía, además de que tampoco faculta o autoriza al juzgador a imponer penas mediante una aplicación analógica o por mayoría de razón. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, junio de 1999, tesis P. XLVIII/99, p. 10.

<sup>91</sup> Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179 y 180.

<sup>92</sup> *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1998, p. 38.

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis P. IX/95, p. 82.

Utilizando el criterio que se acaba de transcribir, se ha deducido la inconstitucionalidad de algún tipo penal, según dispone la tesis jurisprudencial siguiente:

FALSEDAD DE DECLARACIÓN RENDIDA ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. El artículo 247, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, que establece la sanción aplicable a dicho delito, viola la garantía de exacta aplicación de la ley penal. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. IX/95, de rubro: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, mayo de 1995, página 82, que la mencionada garantía, prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la ley, ya que el mandato constitucional exige, para su cabal cumplimiento, que también la ley sea concebida en forma tal que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos, delito y pena, sean claros, precisos y exactos, a fin de evitar confusión en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Ahora bien, en congruencia con tal criterio, debe decirse que al disponer el artículo 247, fracción I, del código punitivo citado que la sanción aplicable al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad, será de dos a seis años, en adición a una multa de cien a trescientos días de multa, viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque al establecer como sanción a la conducta típica consistente en falsedad de declara-

ración rendida ante autoridad pública distinta de la judicial, “de dos a seis años”, el legislador no precisó debidamente la consecuencia jurídica del delito de que se trata, creando incertidumbre en la aplicación de la pena y permitiendo la actuación arbitraria de la autoridad encargada de imponerla, o de otras autoridades, quienes con base en interpretaciones contrarias a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, suponen que se trata de la pena de prisión. Además, el mero establecimiento de un mínimo y un máximo de tiempo no conlleva, indefectiblemente, a considerar que la pena respectiva sea la de prisión, ya que no es ésta el único medio sancionatorio que la autoridad judicial puede imponer por un tiempo determinado, según se advierte del catálogo de penas contenido en el artículo 24 del referido Código Penal, que señala otras sanciones que pueden aplicarse por el mencionado periodo, a saber: tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado, suspensión de derechos, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos y vigilancia de la autoridad. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, junio de 2001, novena época, primera sala, tesis 1a. XLV/2001, p. 238.

Pero la jurisprudencia también ha sostenido que la simple falta de definición de algunos conceptos no puede acarrear la inconstitucionalidad de una ley; aunque se trata de una tesis que, al menos en apariencia, no se refiere en concreto a la materia penal, es obvio que su utilización en algunos casos puede ir en contra del potencial controlador que el principio de taxatividad tiene sobre la actividad del legislador; la tesis mencionada es la siguiente:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios —considerando también a los de la materia penal— defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares

governados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la carta magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean. Clave 1a., núm. LXXXVII/2002. Amparo directo en revisión 258/2002. Gerardo Pérez Labariega. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.<sup>93</sup> Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden “criminalizar” y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad. Tomando en conjunto la taxatividad y la proporcionalidad podemos contar con estándares pertinentes para ir construyendo una legalidad penal constitucionalmente adecuada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

### 3. *Prohibición de analogía*

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional cuyo texto ya se ha transcrito establece que no podrán imponerse, en los juicios del orden penal, penas por simple analogía o por mayoría de razón. Se trata de un mandato constitucional que sirve para reforzar el significado de los principios de reserva de ley y de taxatividad en materia penal. Es decir, lo que nos indica el artículo 14 es que el juzgador en materia penal no puede acudir a métodos hermenéuticos como la analogía y la mayoría de razón para imponer una sanción penal y, en consecuencia, debe atenerse a lo que pueda resolver utilizando otros métodos interpretativos en los que se observe la reserva de ley (en el sentido de mandato constitucional por el que se excluyen del ámbito penal fuentes normativas distintas a la ley) y la taxatividad (en el sentido de que las disposiciones que sirvan

<sup>93</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

de base para imponer una sanción penal deban ser claras, concretas y específicamente aplicables a la conducta que se pretende sancionar).

Sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal, Luigi Ferrajoli señala que es un corolario del principio de (estricta) legalidad. Este autor considera que

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, con contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado “analogía anticipada”.<sup>94</sup>

La última observación de esta cita de Ferrajoli es muy importante porque señala que la prohibición de analogía, siendo coherente con el mandato de taxatividad de la ley penal, debería ser oponible también al legislador.

El propio Ferrajoli nos recuerda que la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el reo. En sentido contrario, la analogía puede perfectamente admitirse en la interpretación de las excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado.<sup>95</sup>

Riccardo Guastini nos explica que desde el punto de vista jurídico la aplicación analógica es “la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no previsto* por ella, pero *semejante* al previsto por la misma”.<sup>96</sup> Lo que está prohibiendo el mandato constitucional es justamente la aplicación por el juez de normas que no están *expresamente previstas* en la ley como constitutivas de delito y que por tanto no son sancionables desde el punto de vista penal. Podríamos decir que la *semejanza* no puede ser tomada en cuenta en materia penal, sino que por la importancia de los bienes jurídicos que están en juego se requiere prácticamente la identidad entre la conducta a sancionar y la descripción típica contenida en la ley.

El argumento de la mayoría de razón, también llamado argumento *a fortiori*, es muy parecido al argumento analógico y, de hecho, podríamos decir que es

<sup>94</sup> *Derecho y razón, cit.*, p. 382.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 382. Ferrajoli apunta que: “La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad”.

<sup>96</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, p. 93.

una subespecie de éste. Guastini describe el argumento de la mayoría de razón con las siguientes palabras:

El argumento *a fortiori* se presenta, *grosso modo*, en esta forma: la disposición D (“si F<sub>1</sub>, entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F<sub>1</sub>; pero el supuesto de hecho F<sub>2</sub> merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F<sub>2</sub>.<sup>97</sup>

Lo importante para nuestro tema es destacar que, de nuevo, en el uso del argumento de mayoría de razón, el intérprete no utiliza una norma que haya sido *expresamente* puesta por el legislador, sino que la deduce de la existencia de “mayores razones”. Esa deducción creativa es lo que prohíbe el artículo 14 constitucional. Lo que el juez penal debe hacer es aplicar solamente las normas que el legislador haya expresamente considerado descriptivas de conductas típicas y aquellas otras que contengan las sanciones correspondientes para quien realice esa conducta.

#### 4. *Proporcionalidad y legislación penal*

Las nociones que acabamos de estudiar (reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía) son más o menos conocidas y se han empleado de alguna manera por la jurisprudencia de nuestros tribunales, sobre todo en los años más recientes. Hay sin embargo un concepto que todavía no ha sido utilizado, hasta donde tengo noticia, por los jueces mexicanos, pero que puede ser muy interesante para hacer más exigente y rigurosa la intervención de la ley penal en el ámbito de las libertades personales. Me refiero al principio de proporcionalidad como límite a la actuación del legislador ordinario en materia penal. La pregunta a resolver sería la siguiente: ¿se puede aplicar dicho principio al control de constitucionalidad de las leyes penales? y, en caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos y con qué consecuencias? Vamos a realizar algunas breves observaciones sobre esta cuestión, en la que sin duda hará falta profundizar en el futuro.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad,

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 38.

necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: *a)* la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; *b)* la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto; y *c)* las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.<sup>98</sup>

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho general de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:<sup>99</sup>

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”.<sup>100</sup>

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

<sup>98</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36.

<sup>99</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 397 y 398.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 399.

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.<sup>101</sup>

La primera determinación legislativa que está sujeta al criterio de proporcionalidad es la que tiene que ver con la “gravedad” del delito, sostiene Ferrajoli.<sup>102</sup> Este punto de vista es especialmente importante en México, pues de la determinación legislativa en el sentido de que un delito es o no grave se desprende la posibilidad de los imputados por la presunta comisión de ese delito de enfrentar el proceso penal en libertad caucional, como lo establece la fracción I, del apartado A del artículo 20 constitucional. Utilizando el criterio de proporcionalidad un juez puede considerar que la inclusión por el legislador de un delito dentro del catálogo de delitos graves viola el principio de legalidad penal del párrafo tercero del artículo 14 constitucional. Es una forma de atajar, desde la Constitución misma, la arbitrariedad con la que el legislador se ha conducido en los años recientes al considerar delitos graves conductas que no lo ameritaban, evitando de esa forma que los imputados por tales delitos tuvieran derecho de la libertad caucional, violando en consecuencia, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”.<sup>103</sup> Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería

<sup>101</sup> *De los delitos y de las penas, cit.*, pp. 39 y 41 y 42.

<sup>102</sup> *Derecho y razón, cit.*, p. 399.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 400.

vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.<sup>104</sup>

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.<sup>105</sup> La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:<sup>106</sup>

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Por desgracia, el criterio de Ferrajoli nos orienta como punto de partida, pero no aporta muchos elementos que nos permitan clarificar la forma en que, desde el punto de vista externo, podamos valorar la gravedad de un delito, al menos en el párrafo que se acaba de transcribir. El mismo autor considera, sin embargo, que la gravedad de un delito —y por tanto la proporcionalidad de la pena— se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.<sup>107</sup>

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la Sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 399 y 400.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 399.

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada [Fundamento Jurídico 20].

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (la apología del terrorismo, entre otras) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.<sup>108</sup>

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que

para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el pre-

<sup>108</sup> Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del legislador penal”, en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

cepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena [Fundamento Jurídico 23].

### VIII. EL DERECHO A LA LEGALIDAD EN MATERIA CIVIL (ARTÍCULO 14, PÁRRAFO CUARTO)

El cuarto y último párrafo del artículo 14 constitucional contiene el principio de legalidad en materia civil; su texto es el siguiente: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Por juicio del orden civil para efectos de este párrafo debemos entender todos los juicios distintos a la materia penal o a la materia administrativa cuando tenga por objeto sancionar a un particular.<sup>109</sup>

Como se desprende de la simple lectura de su texto, el artículo 14 establece una especie de *prelación interpretativa* al señalar que las sentencias en los juicios civiles deberán dictarse conforme: *a)* a la letra de la ley, *b)* a su interpretación jurídica, o *c)* a falta de una solución tomada con base en lo anterior, conforme a los principios generales del derecho.

Si nos atenemos a esa “prelación” interpretativa podemos reconocer la posibilidad de que los tribunales mexicanos “integren” (y no solamente interpreten) el ordenamiento jurídico al resolver casos en materia civil, siempre que hayan procedido a descartar que la solución de los mismos puede encontrarse en la interpretación literal del texto legal o apelando a los diferentes procedimientos interpretativos. Habiendo descartado las dos posibilidades que se acaban de señalar, el juez podrá “integrar” el ordenamiento jurídico acudiendo a los principios generales del derecho que, aunque deben insertarse de forma armónica con el resto del ordenamiento, no están codificados o establecidos en su totalidad en una norma o serie de normas.<sup>110</sup> En definitiva, podemos concluir que corresponde a los jueces la determinación, la concreción y la aplicación de tales principios generales al caso que deban resolver.

De acuerdo con lo anterior, el cuarto párrafo del artículo 14 representa en el sistema jurídico mexicano lo que se ha llamado la “norma de cierre”, entendida como la norma suprema que cierra y completa el ordenamiento en tanto excluye la posibilidad de que existan lagunas en el mismo, a pesar de que efectiva-

<sup>109</sup> En materia de derecho administrativo sancionador rigen los mismos principios que en materia penal, como la reserva de ley, el principio de taxatividad y el principio de proporcionalidad.

<sup>110</sup> Ver Preciado Hernández, Rafael, “El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho”, *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, México, Editorial Jus, 1977, p. 46 y *passim*.

mente las haya en uno o varios textos legales o reglamentarios.<sup>111</sup> En este sentido se puede hablar de la “integridad” reguladora del ordenamiento, es decir, de aquella “propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso”.<sup>112</sup>

En México, los propios tribunales han conceptualizado a los principios generales del derecho como “los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico... [y] son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de justicia de una comunidad”.<sup>113</sup> Sobre la función de los principios en el ordenamiento es interesante tomar en cuenta la siguiente tesis:

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el sistema jurídico mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el Constituyente en el artículo 14 de la carta fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión —para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin— no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores insitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, segunda parte-2, enero a junio de 1989, p. 573.

Alguna tesis jurisprudencial se ha mostrado muy reacia a acudir a la doctrina en caso de que el juez se enfrente a una laguna en la ley; se ha dicho, creo

<sup>111</sup> Cfr. Romano, Santi, “Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale”, *Scritti minori I*, Milán, 1950, entre otros.

<sup>112</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo A., Madrid, Debate, 1991, p. 221.

<sup>113</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. III, segunda parte-2, enero-junio de 1989, tribunales colegiados de circuito, tesis 197, pp. 573 y 574.

que de forma poco realista, que los planteamientos de los teóricos no pueden servir para suplir una laguna; habría que matizar ese criterio y ver qué criterios y de qué teóricos. Descalificar sin matices la posible utilidad de la teoría para solucionar un caso complejo es una postura criticable. En todo caso, el criterio mencionado se contiene en la siguiente tesis:

TRATADISTAS. No existe disposición legal que atribuya a las opiniones de tratadistas de derecho nacionales o extranjeros, la fuerza de una ley, al grado de que dichas opiniones suplan las omisiones o deficiencias de aquélla; al contrario, el artículo 14 constitucional dispone que cuando la ley es omisa, se acuda a los principios generales de derecho, debiendo entenderse por tales, no las tradiciones de los tribunales que, en último análisis, no son más que prácticas o costumbres que no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas de los jurisconsultos, que tampoco la tienen, por ser contrario a la índole de las instituciones que nos rigen. Quinta época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, p. 996.

#### IX. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 15 CONSTITUCIONAL

El artículo 15 constitucional dispone lo siguiente: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

El mandato del artículo 15 se dirige a los órganos estatales encargados de celebrar tratados internacionales; como se sabe, de conformidad con los artículos 76, fracción I; 89, fracción X, y 133 constitucionales, los tratados internacionales en México son firmados por el presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores. Una vez firmados y ratificados, y siempre que se hayan publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, forman parte de la “ley suprema de toda la Unión”, en los términos que ya fueron expuestos en el capítulo primero de este libro.

La prohibición para los órganos señalados es específica en la primera parte del artículo 15 (se refiere en concreto a la extradición de reos políticos y a la de delincuentes del orden común que hayan tenido la calidad de esclavos en el país que reclama su entrega) y general en la segunda parte del mismo precepto (cuando hace referencia a los tratados y convenios que alteren los derechos establecidos en la Constitución).

La expresión “alterar” que se utiliza en la segunda parte del artículo 15 constitucional debe ser correctamente interpretada en el sentido de que lo que está

prohibiendo el texto de la Carta Magna es la alteración *in pejus* de los derechos, es decir, la alteración restrictiva o limitadora. Desde luego, los tratados internacionales que alteren los derechos establecidos en la Constitución para el efecto de ampliarlos no solamente están permitidos por el texto constitucional, sino que las autoridades están especialmente obligadas a firmarlos y ratificarlos, partiendo de la base de que la Constitución, en materia de derechos fundamentales, es una “carta de mínimos”, lo que significa que sus contenidos no pueden ser reducidos, pero sí pueden (y deben) ser ampliados por otras fuentes del derecho.

Aunque tradicionalmente no han sido numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que hayan precisado el alcance del artículo 15 constitucional, lo cierto es que hay varios más o menos recientes que son de gran interés. En uno de ellos, la Suprema Corte define qué se debe entender por “extradición” para efectos del artículo 15 y señala que la extradición es un acto que supone una excepción al ejercicio de la soberanía del Estado, por lo cual debe verificarse que en todo proceso de extradición se cumplan los requisitos constitucionales, legales y convencionales previstos en las normas correspondientes; para la Corte, el cumplimiento de esos requisitos es esencial y en consecuencia no basta que un Estado con el que México haya suscrito un tratado de extradición solicite la entrega de una persona para que dicha persona sea automáticamente entregada al Estado requirente. El criterio en cuestión se encuentra en la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN. CONSISTE EN LA ENTREGA DE UNA PERSONA QUE EL ESTADO REQUERIDO HACE AL ESTADO REQUIRENTE, PERO CONSTITUYENDO UN ACTO EXCEPCIONAL EN RELACIÓN CON SU SOBERANÍA, LA SOLICITUD PUEDE VÁLIDAMENTE SER NEGADA SI NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS. La extradición es el acto mediante el cual un Estado hace entrega de una persona que se halla en su territorio, a otro Estado, que la reclama por tener ahí el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito, a fin de que sea sometida a juicio o reclusa para cumplir con la pena impuesta. Por tanto, la extradición constituye un caso excepcional respecto de la soberanía del Estado requerido, por lo que el trámite correspondiente está sujeto a requisitos constitucionales, legales o convenidos que deben ser cumplidos; por tanto, el solo hecho de que un Estado (requirente) haga la solicitud respectiva a otro Estado (requerido), no es suficiente para que la persona sea entregada, pues dicha solicitud puede ser satisfecha o no por el Estado requerido, en razón del cumplimiento de las normas constitucionales o legales, así como atendiendo a las obligaciones pactadas en los tratados y convenios internacionales en la materia. Lo anterior es así, porque la extradición es un acto de soberanía fundado en el principio de reciprocidad, conforme al cual, en ambos países la conducta desplegada debe estar considerada como delito, no estar prescrita y tener una

penalidad no violatoria de garantías individuales, y de no satisfacerse tales requisitos, la solicitud puede ser rechazada por el Estado requerido. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, novena época, pleno, tesis P. XIX/2001, p. 21.

Si los tratados de extradición o una solicitud concreta de extradición no cumplen con los requisitos pertinentes, entonces lo procedente será aplicar solamente el orden jurídico nacional, como se desprende de la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN, TRATADOS DE. Los tratados celebrados con un país extranjero, no pueden desconocer o alterar las garantías y derechos del hombre y del ciudadano, porque tales derechos constituyen la razón y el objeto de nuestras instituciones; y obligándose nuestra Ley Fundamental a respetarlos, sería contradictorio y absurdo consignar su desconocimiento en convenios con potencias extranjeras; de suerte es que, de acuerdo con el tratado que se haya celebrado entre México y otro país, puede concederse la extradición de un reo, si las penas que tenga que sufrir en ese país, no son las prohibidas por razón de las garantías individuales que el nuestro otorga y que protegen al extranjero. Así es que habiendo discordancia entre el tratado y la Constitución, de acuerdo con el artículo 15 del mismo, deben aplicarse nuestras leyes, y en primer término, la suprema de ellas, que es la Constitución, desde el momento en que ésta al prohibir la celebración de tratados, en los que se alteren garantías y derechos establecidos para el hombre y el ciudadano, está ordenando el respeto a tales garantías, aun en caso de extradición. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXI, quinta época, segunda sala, p. 348.

La Suprema Corte también ha precisado que si un reo para quien un Estado extranjero solicita la extradición puede ser sometido a una de las penas prohibidas por la Constitución en el artículo 22 constitucional, la extradición debe ser negada a menos que el Estado que pide la extradición otorgue las garantías suficientes para considerar que esa pena no será aplicada. En consecuencia, no se podrá ordenar la extradición de un reo que pueda ser sometido a prisión perpetua, porque ese tipo de pena viola el artículo 22 constitucional. Así se desprende de la siguiente tesis:

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUÉLLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las

leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos de que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, tesis P./J. 125/2001, p. 13.

Me parece que el sentido general de las tesis jurisprudenciales que se han citado recoge acertadamente el mandato constitucional en el sentido de limitar tanto la existencia de tratados internacionales como de extradiciones que puedan poner en riesgo los derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana como contenidos mínimos que no pueden ser disminuidos o restringidos. Como ya se dijo, el criterio de la Corte deja a salvo la posibilidad de que el Estado mexicano se comprometa a través de tratados internacionales que “alteren” los derechos fundamentales en sentido positivo, es decir, que refuercen, amplíen y hagan más eficaces los que ya están previstos en la propia carta magna.

#### X. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD EN SENTIDO AMPLIO (ARTÍCULO 16, PÁRRAFO PRIMERO)

Al revisar el concepto de seguridad jurídica, al inicio de este capítulo, llamábamos la atención sobre el carácter de “reglas del juego” que tienen los derechos de seguridad jurídica, pues la mayoría de las ocasiones se traducen en obligaciones de carácter procedimental que las autoridades deben observar en su relación con los particulares. Ese carácter adjetivo o procedimental queda de manifiesto sobre todo en los artículos 14 y 16 de la carta fundamental. Al primero de esos preceptos ya hicimos referencia en los apartados V a VII, *supra*; toca ahora revisar el segundo.

El párrafo primero del artículo 16 contempla lo que se podría llamar la garantía de legalidad en sentido amplio, conforme al siguiente texto: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Vamos a estudiar cada uno de los ingredientes de la fórmula compleja contenida en este precepto.

Antes de entrar a su análisis, conviene tener presente que, como sucede también con el párrafo segundo del artículo 14 en el caso de los actos privativos, el

artículo 16 establece la protección universal frente a los actos de molestia. Es decir, cuando el artículo 16 dispone que “Nadie puede ser molestado...”, está asignando una protección frente a la molestia en favor de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, con independencia de su edad, estado civil, lugar de residencia, situación migratoria, posición social, estado de salud, ideología, etcétera. La protección del artículo 16 párrafo primero es por tanto universal en el sentido más amplio que la palabra pueda tener en el campo de los derechos fundamentales.

El principio de legalidad establecido en el párrafo primero del artículo 16 constitucional equivale a la idea sostenida por la jurisprudencia mexicana en el sentido de que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite” (*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1817-1988*, segunda parte, salas y tesis comunes, p. 512). De acuerdo con el principio de legalidad, toda acción de cualquier órgano investido de poder estatal debe estar justificada por una ley previa.<sup>114</sup> toda vez que en el Estado de derecho “ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad”.<sup>115</sup>

Si se le compara con el mandato del artículo 14 sobre los actos de privación, el artículo 16 es más amplio, ya que todo acto de privación es además un acto de molestia. No sucede lo mismo en sentido inverso, ya que no todo acto de molestia es un acto de privación. Esto significa que en el caso de los actos de privación las autoridades deben cumplir con lo que establece el artículo 14 y, con mayor razón, con lo que dispone el artículo 16. Al estudiar el contenido del párrafo segundo del artículo 14 constitucional, citamos la jurisprudencia que distingue entre los actos de privación y los actos de molestia.

### 1. *Mandamiento escrito*

El primero de los requisitos que establece el artículo 16 para los actos de molestia es que tales actos figuren por escrito. Este requisito persigue varios objetivos. En primer lugar, la forma escrita permite tener certeza sobre el acto de autoridad, tanto sobre su existencia como sobre su contenido y alcances. En

<sup>114</sup> Para determinar el sentido de la expresión “acción estatal” es interesante revisar el texto de Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. En este libro el autor realiza un amplio análisis del concepto de *state action* en la jurisprudencia estadounidense.

<sup>115</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1991, t. I, p. 433.

segundo lugar, la forma escrita permite un mejor conocimiento del acto por parte del particular, a fin de que pueda defenderse correctamente. La jurisprudencia ha señalado que el escrito que contenga el acto de autoridad debe estar firmado por el funcionario competente que lo emite. Es el criterio que se contiene en la siguiente tesis:

FIRMA. LA FALTA DE ELLA EN UN MANDAMIENTO DE AUTORIDAD IMPLICA VIOLACIÓN DE GARANTÍAS. Conforme al artículo 16 de la Constitución federal, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones, sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive adecuadamente la causa legal del procedimiento. De aquí, que para que todo acto de autoridad pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente, debe constar en un documento público debidamente fundado que, en términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo, es el expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, cuya calidad de tal “se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes”. De ello se desprende que la firma que en dichos documentos estampe la autoridad, es un requisito indispensable para su validez, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos en que se requiere la forma escrita, de tal manera que la falta de firma de la autoridad en el documento en que impone una obligación a cargo del particular, carece de legalidad. Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 350/88. Rogelio Ojeda Alanís y otro. 22 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XV-II, febrero de 1995, tesis VI.1o.143 C, p. 342.

Además, la firma no solamente debe constar en el documento sino ser autógrafa. Es decir, las firmas facsimilares o impresas por medios electrónicos violan el artículo 16 constitucional. Así lo sostiene el criterio siguiente:

FIRMA FACSIMILAR. EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD EN QUE SE ESTAMPA CARECE DE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, nadie puede ser molestado en sus propiedades y posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. De aquí que, para que una determinación pueda considerarse un mandamiento de autoridad competente debe constar en un documento público debidamente fundado que, en los términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, sea expedido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cuya autenticidad “se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas y otros signos exteriores, que en su caso, prevengan las leyes”. De donde se desprende que la firma que en dichos do-

cumentos estampe la autoridad, debe ser siempre autógrafa y por ello carece de valor una copia facsimilar sin la firma del original del documento relativo. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo en revisión 248/93. Antonia Ventolero Velázquez. 5 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, febrero de 1994, p. 325.

## 2. Autoridad competente

El segundo requisito del primer párrafo del artículo 16 es que los actos de molestia sean emitidos por autoridad competente. El concepto de autoridad competente ha sido objeto de largos debates en la historia constitucional de México, algunos de los cuales se remontan al siglo XIX.<sup>116</sup> Actualmente lo importante es que la Constitución exige que todo acto de molestia puede ser emitido, de forma limitativa, por la autoridad a la que una norma jurídica le reconozca competencia para ello. La competencia entonces supone tanto un requisito en sentido positivo como uno en sentido negativo. Desde un punto de vista positivo, un acto de autoridad puede ser emitido cuando el ordenamiento le reconozca la competencia para ello a una determinada autoridad. Desde un punto de vista negativo, esa determinación competencial en favor de una autoridad hace imposible que cualquier otra pueda dictar el acto en cuestión.

La jurisprudencia ha ido dándole contenido al mandato constitucional de “autoridad competente”. Por ejemplo, ha sostenido que la competencia de la autoridad debe ser citada en el escrito en que conste el acto de molestia. Es decir, la autoridad debe dar a conocer al particular las normas jurídicas que rigen no solamente el acto que emite, sino además las que le dan competencia a esa autoridad para emitirlo. Así se establece en los siguientes criterios:

COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD. Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, se advierte que los actos de molestia y privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación. De lo contrario, se dejaría al afectado en estado de indefensión, ya que al no conocer el apoyo que faculte a la autoridad para emitir el ac-

<sup>116</sup> Ver la síntesis que ofrece Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 278 y ss.

to, ni el carácter con que lo emita, es evidente que no se le otorga la oportunidad de examinar si su actuación se encuentra o no dentro del ámbito competencial respectivo, y es conforme o no a la Constitución o a la ley; para que, en su caso, esté en aptitud de alegar, además de la ilegalidad del acto, la del apoyo en que se funde la autoridad para emitirlo, pues bien puede acontecer que su actuación no se adecue exactamente a la norma, acuerdo o decreto que invoque, o que éstos se hallen en contradicción con la ley fundamental o la secundaria. Octava época, pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 77, mayo de 1994, tesis P./J. 10/94, p. 12.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. ESTÁN OBLIGADAS A CITAR LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE FUNDEN SU COMPETENCIA. El artículo 16 de la Constitución federal, prescribe que los actos de molestia, para ser legales, deben provenir de autoridad competente y cumplir con las formalidades esenciales que le den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad debe emitirse por quien esté legitimado para ello, expresándose en el acto mismo de molestia, el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación, ya que de no ser así, se deja al gobernado en estado de indefensión, al no poder examinar si la actuación de la autoridad emisora se encuentra dentro del ámbito competencial respectivo. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, tesis I.4o.A. J/16, p. 613.

### 3. *Fundamentación y motivación*

Otro de los requisitos que exige el artículo 16 para los actos de autoridad es que estén correctamente fundados y motivados. Lo que se intenta evitar es la arbitrariedad de los poderes públicos, al exigir que los actos de autoridad se emitan solamente cuando: *a)* cuenten con respaldo legal para hacerlo (fundamentación); y *b)* se haya producido algún motivo para dictarlos (motivación). Tanto la fundamentación como la motivación deben constar en el escrito en el que se asienta el acto de autoridad. Un acto de cualquier poder público que no esté motivado y fundado es, por ese sólo hecho, arbitrario.

La jurisprudencia ha definido la fundamentación y motivación en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo de la Constitución federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir,

que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 40, pp. 46 y 47.

La fundamentación y motivación se debe dar en todo tipo de actos de autoridad, pues el artículo 16 no señala excepciones de ningún tipo. Incluso debe darse cuando se trata de actos discrecionales, es decir, de aquellos en los que la ley reconoce en favor de la autoridad que los emite un espacio importante de apreciación sobre el momento en que deben ser emitidos y los alcances que puedan tener. La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: a) hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto; dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”;<sup>117</sup> b) aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto; c) permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno.<sup>118</sup> Sobre la motivación y fundamentación de los actos discrecionales la jurisprudencia mexicana ha sostenido, entre otras, la siguiente tesis:

FACULTADES DISCRECIONALES, OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR LA AUTORIDAD, CUANDO ACTÚA EN EJERCICIO DE. Cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de facultades discrecionales y tiene una libertad más amplia de decisión, esto no le otorga una potestad ilimitada, debiendo en todo caso la autoridad, dentro de una sana administración, sujetarse en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la razonabilidad que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad; asimismo, debe estar apoyado o tener en cuenta hechos ciertos, acreditados en el expediente relativo, o públicos y notorios y, finalmente, ser proporcional entre el medio empleado y el objeto a lograr. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 1214/91. Justo Ortega Ezquerro. 13 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Fernando A. Ortiz Cruz. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, octubre de 1991, p. 181.

<sup>117</sup> Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998, p. 97.

<sup>118</sup> Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 81-85.

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas;<sup>119</sup> además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.<sup>120</sup> Como escribe Tomás Ramón Fernández:

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo.<sup>121</sup>

La exigencia de fundamentación y motivación de los actos de autoridad ha sido desarrollada en México por la jurisprudencia. Por ejemplo, los tribunales mexicanos han sostenido que una correcta fundamentación se da cuando la autoridad cita no solamente el ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto, sino los artículos, párrafos, incisos y subincisos de ese ordenamiento, según puede apreciarse en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en

<sup>119</sup> Sentencia de la antigua sala cuarta de 19 de mayo de 1987.

<sup>120</sup> Sentencia de la sala tercera de 17 de abril de 1990.

<sup>121</sup> *De la arbitrariedad del legislador, cit.*, pp. 94 y 95.

agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 16/83. Jorge León Rodal Flores. 12 de julio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Roberto Terrazas Salgado. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 175-180, sexta parte, p. 98.

Además de las partes concretas del ordenamiento jurídico aplicable, la autoridad debe poner en el escrito que contiene su acto el lugar y la fecha de emisión del mismo, pues según la segunda sala de la Suprema Corte,

es menester que la autoridad señale con exactitud el lugar y la fecha de la expedición del acto administrativo, a fin de que el particular esté en posibilidad de conocer el carácter de la autoridad que lo emitió, si actuó dentro de su circunscripción territorial y en condiciones de conocer los motivos que originaron el acto... pues la falta de tales elementos en un acto autoritario implica dejar al gobernado en estado de indefensión, ante el desconocimiento de los elementos destacados.<sup>122</sup>

En una tesis muy interesante se describe la forma en que la autoridad debe cumplir con la exigencia de fundamentar y motivar sus actos y, además, se afirma que también en las relaciones entre autoridades se debe observar esa exigencia; se trata del siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES. Tratándose de actos que no trascienden de manera inmediata la esfera jurídica de los particulares, sino que se verifican sólo en los ámbitos internos del go-

<sup>122</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII, julio de 2000, p. 5.

bierno, es decir, entre autoridades, el cumplimiento de la garantía de legalidad tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P./J. 50/2000, p. 813.

La falta de fundamentación y motivación se pueden dar de forma directa o indirecta. Se verifica este segundo supuesto cuando un acto de autoridad se pretende fundar o motivar en otro acto que a su vez es inconstitucional o ilegal. En este caso, el segundo acto de autoridad no podrá considerarse correctamente fundado y motivado, como se sostiene en la tesis que sigue:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN INDEBIDA. LA TIENEN LOS ACTOS QUE DERIVAN DIRECTA E INMEDIATAMENTE DE UN ACTO U OMISIÓN QUE, A SU VEZ, ADOLECE DE INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD. En términos de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV; 99, párrafo cuarto, y 116, párrafo segundo, fracción IV, incisos b) y d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe llegarse a la conclusión de que un acto adolece de una indebida fundamentación y motivación, cuando deriva directa e inmediatamente de los actos y omisiones de otro acto u omisión que violen alguna disposición constitucional, como, por ejemplo, cuando se viola el derecho de votar de los ciudadanos, a través de sus tradiciones y prácticas democráticas, a fin de elegir a los concejales de cierto ayuntamiento municipal. Lo anterior, en virtud de que no puede considerarse como motivación jurídicamente válida de un acto o resolución de una autoridad el que se base en otro que, a su vez, adolece de inconstitucionalidad o ilegalidad. Esto es, debe arribarse a la conclusión que existe una relación causal, jurídicamente entendida como motivo determinante, cuando el posterior acto tiene su motivación o causa eficiente en los actos y omisiones inconstitucionales o ilegales de cierta autoridad, máxime cuando todos esos actos estén, en última instancia, involucrados por el alcance de su pretensión procesal derivada de su demanda. Sala superior, tesis S3EL

077/2002. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-037/99. Herminio Quiñónez Osorio y otro. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.

Para tener un acto de autoridad como debidamente fundado y motivado no basta que se citen los preceptos aplicables a un caso concreto y que el supuesto normativo se haya verificado en la práctica, sino que también es necesario que el acto de autoridad que se emite en consecuencia esté apegado a lo que señalan las normas aplicables. Éste es el criterio de la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, NO EXISTE CUANDO EL ACTO NO SE ADECUA A LA NORMA EN QUE SE APOYA. Todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, de manera que si los motivos o causas que tomó en cuenta el juzgador para dictar un proveído, no se adecuan a la hipótesis de la norma en que pretende apoyarse, no se cumple con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 constitucional, por tanto, el acto reclamado es violatorio de garantías. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, enero de 1999, tesis VI.2o. J/123, p. 660.

Hay algunos otros pronunciamientos jurisprudenciales que se refieren a tipos concretos de actos de autoridad; así, para comprender los alcances de la fundamentación y motivación de los actos jurisdiccionales y del mandato por el cual se ordena revisar un escritorio deben tenerse presente las siguientes tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepcio-

nes del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CXVI/2000, p. 143.

REVISIÓN DE ESCRITORIO O GABINETE. LA ORDEN RELATIVA, QUE SE RIGE POR EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO PRIMERO, CONSTITUCIONAL, DEBE SEÑALAR NO SÓLO LA DOCUMENTACIÓN QUE REQUIERE, SINO TAMBIÉN LA CATEGORÍA DEL SUJETO (CONTRIBUYENTE, SOLIDARIO O TERCERO), LA CAUSA DEL REQUERIMIENTO Y, EN SU CASO, LOS TRIBUTOS A VERIFICAR. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha establecido que la orden de revisión de escritorio o de gabinete tiene su fundamento en el párrafo primero del artículo 16 constitucional; de ahí que la emisión de una orden de tal naturaleza debe cumplir con lo previsto en dicho precepto de la ley suprema, que en materia tributaria pormenoriza el artículo 38, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, esto es, que debe acatar el principio de fundamentación y motivación, conceptos que la anterior integración de la Segunda Sala de este alto tribunal, en la tesis de jurisprudencia 260, visible en la página 175, del Tomo VI del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, de rubro “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, definió en cuanto al primero, como la expresión del precepto legal o reglamentario aplicable al caso, y por lo segundo, el señalamiento preciso de las circunstancias especiales, razones particulares o causas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, debiendo existir adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Por tanto, si conforme al artículo 42, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, la facultad de revisión de escritorio puede referirse a tres tipos de sujetos, que son el causante directo, el responsable solidario y el tercero relacionado con aquéllos, y su ejercicio puede derivar de distintos motivos, a saber: I. Verificar el cumplimiento de disposiciones fiscales; II. Determinar tributos omitidos; III. Determinar créditos fiscales; IV. Comprobar la comisión de delitos fiscales; y, V. Proporcionar información a autoridades hacendarias diversas; ha de concluirse que la orden de revisión que al respecto se emita debe estar contenida en un mandamiento escrito de autoridad competente, debidamente fundado y motivado, lo cual implica que no sólo exprese la documentación que requiere, sino también la categoría que atribuye al gobernado a quien se dirige, cuál es la facultad que ejerce, la denominación de las contribuciones y el periodo a revisar, con el objeto de dar plena seguridad y certeza al causante y evitar

el ejercicio indebido o excesivo de la atribución de revisión, en perjuicio de los particulares. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a./J. 68/2000, p. 261.

Sobre la fundamentación y motivación de los actos de la autoridad legislativa, la jurisprudencia ha sostenido el siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Por fundamentación y motivación de un acto legislativo se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expide la ley, constitucionalmente esté facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando aquél actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución le otorga (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación); sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deban ser necesariamente materia de una motivación específica. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis, 226, p. 269.

Un criterio parecido al anterior se ha sostenido para el caso de la fundamentación y motivación de los reglamentos emitidos por el presidente de la República.<sup>123</sup>

## XI. DETENCIONES (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS SEGUNDO A SEXTO)

Cuando en el capítulo tercero de este libro estudiamos el derecho a la libertad de tránsito, hicimos referencia al tema de las detenciones; concretamente, al impacto violatorio del derecho a la libertad de tránsito que suponen los retenes que se instalan en las carreteras por autoridades civiles o militares. En ese momento sostuvimos que las detenciones en los retenes se pueden configurar como “detenciones arbitrarias”, prohibidas por la Constitución mexicana (artículos 11 y 16 entre otros) y por los principales tratados internacionales de derechos humanos. Vamos a revisar ahora los requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional en sus párrafos segundo a sexto para llevar a cabo detenciones de forma legal.<sup>124</sup> El texto de los párrafos mencionados es el siguiente:

<sup>123</sup> Ver la tesis REGLAMENTOS. SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, contenida en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VI, primera parte, p. 103.

<sup>124</sup> Para los aspectos de derecho comparado sobre el tema, ver Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996 y Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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.

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.

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.

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; 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.

De los párrafos que acabamos de transcribir se desprende que el régimen constitucional de las detenciones legales puede sintetizarse en los siguientes puntos esenciales:

A) Como regla general, las detenciones pueden practicarse únicamente cuando exista una orden de aprehensión. Las órdenes de aprehensión sólo pueden ser dictadas por una autoridad judicial, siempre que: *a)* se haya interpuesto una denuncia o querrela, *b)* que esa denuncia o querrela se refiera a un hecho que la ley considere constitutivo de un delito y que la comisión de ese delito sea sancionable con pena privativa de la libertad, *c)* que se hayan acreditado el cuerpo de delito y la probable responsabilidad del inculpado, y *d)* que lo solicite el Ministerio Público.<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Aunque la petición expresa por parte del Ministerio Público no puede derivarse del sentido literal del artículo 16, se trata de un requisito que ha sido precisado por la jurisprudencia: ORDEN DE APREHENSIÓN. Para dictarla es necesario que lo pida el Ministerio Público, y si éste no solicita dicha orden, el juez no tiene facultades para expedirla. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1995*, t. II, SCJN, tesis 227, p. 129.

B) Una vez realizada la aprehensión, la autoridad que la llevó a cabo debe poner al detenido de forma inmediata a disposición de la autoridad judicial que emitió la correspondiente orden. La Constitución utiliza los términos de “sin dilación alguna”, lo que debe interpretarse en el sentido de que entre la práctica de la detención y la puesta a disposición del juez no debe transcurrir más tiempo que el estrictamente necesario para que la autoridad ejecutora se traslade desde el sitio donde fue practicada la aprehensión hasta el lugar donde debe entregar al detenido. Si la puesta a disposición excede de ese tiempo de forma automática se configura una detención ilegal y arbitraria, lo cual vicia el procedimiento y debe dar lugar a responsabilidad penal por parte de los agentes que realizaron la detención.

Sobre el sentido de este mandato constitucional debe tenerse en cuenta el siguiente criterio:

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, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, febrero de 1999, tesis VII.P.96 P, p. 507.

C) De forma excepcional, cualquier autoridad o persona pueden detener a alguien cuando esté en flagrancia. En los supuestos de detención por flagrancia, también existe la obligación para quien realiza la detención de poner a disposición de la autoridad más cercana al detenido y, ésta a su vez, tiene la obligación de entregarlo al Ministerio Público.

La flagrancia debe entenderse como el momento de la comisión del delito o durante su persecución material llevada a cabo en el momento inmediatamente posterior a la realización del mismo. La existencia de la flagrancia supone una continuidad temporal entre el descubrimiento del hecho delictuoso y la detención. Si esa continuidad temporal se ve interrumpida (es decir, si la detención no es coexistente con la realización de la conducta ilícita) entonces no estamos en el supuesto del párrafo tercero del artículo 16 y, por tanto, cualquier detención es arbitraria.

Algunos códigos de procedimientos penales extienden la temporalidad de la flagrancia a través de lo que se ha llamado “flagrancia equiparada”, de acuerdo con la cual todavía se puede detener a una persona cuando hayan transcurrido

menos de 48 o 72 horas de que ha realizado una conducta delictiva.<sup>126</sup> El concepto de “flagrancia equiparada” es inconstitucional, pues permite detenciones fuera de lo que dispone el artículo 16; además, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que este tipo de flagrancia “es incompatible con el concepto de presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como de extorsiones”.<sup>127</sup>

D) El Ministerio Público puede ordenar detenciones solamente en el caso de delitos considerados graves y siempre que concurren dos circunstancias: a) que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; Ovalle Favela señala que este riesgo “tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquél existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención”;<sup>128</sup> y b) cuando el Ministerio Público no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.

Tanto en el caso de las detenciones por flagrancia como en el de las detenciones ordenadas por el Ministerio Público, cuando la autoridad judicial reciba al detenido deberá antes que nada comprobar si la detención se realizó conforme a los supuestos y requisitos constitucional y legalmente aplicables. Si esos supuestos no se verificaron, el juez deberá ordenar la puesta en libertad del detenido.

Sobre estos aspectos, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

DETENCIÓN MINISTERIAL. REQUISITOS. El artículo 16 constitucional, párrafo quinto permite al Ministerio Público, bajo su responsabilidad, efectuar detenciones, fundando y expresando los indicios que lo motiven a ello; los cuales deben comprender dos aspectos; el primero, relativo a determinar con qué datos se apoya para presumir que el sujeto que se pretende detener es el autor de un ilícito; y en segundo término, cuáles son los elementos que le sirvieron de base para considerar que existe el riesgo fundado de que el indiciado se pueda sustraer a la acción de la justicia. Ahora bien, si el Ministerio Público ordena la detención de un sujeto teniendo como único indicio el parte informativo rendido por la Policía Judicial, en el que cumple con la investigación ordenada por éste, informando que un sujeto es el autor de un hecho, pero no indica cuáles son las fuentes de donde proviene dicha información, y menos cuál fue el método o pasos que siguió para arribar a esa conclusión, es incuestiona-

<sup>126</sup> Es el caso de la fracción III del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

<sup>127</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria acerca de su visita a México, E/CN.4/2003/8/Add.3, párrafo 39.

<sup>128</sup> *Garantías constitucionales del proceso, cit.*, p. 313.

ble que tal actuación no puede servir de base para sostener una orden de detención ministerial. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, febrero de 1999, tesis XII.1o.12 P, p. 496.

DETENCIÓN, CALIFICACIÓN DE LA. La obligación del juez de la causa para calificar la detención del inculpado que le es puesto a su disposición por el agente del Ministerio Público, deriva de una reforma al artículo 16 de la Constitución General de la República, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el cual entró en vigor al día siguiente, que entre otras cosas señala: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. 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. 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. 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”. De lo anterior, se colige que el juzgador, al recibir la consignación respectiva, debe apreciar si la detención de la persona fue de manera flagrante o dentro de los casos de urgencia que la ley establece y de ser así, tendrá que precisar a qué indiciado o indiciados se refiere, qué ilícito o ilícitos se imputan, en qué consistió la flagrancia, o en su caso la urgencia, así como las pruebas con las que se acredite lo anterior, para estar en aptitud de ratificar la detención, toda vez que será esta decisión la que restringirá la libertad personal del indiciado hasta en tanto se resuelva su situación jurídica. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis III, 2º P. J/9, p. 822.

DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN MEDIAR ORDEN DE APREHENSIÓN. Si no se trata de un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la consignación el juez debe decretar su libertad con las reservas de ley. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, sólo puede detenerse a una persona cuando existe en su contra una orden de aprehensión dictada por autoridad judicial competente, en flagrante delito o en casos urgentes. Por tanto, si la detención no se efectúa en cumplimiento de una orden de aprehensión o en un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la

consignación, en los términos de lo dispuesto por el párrafo sexto del citado precepto constitucional, el juez debe analizar si realmente se reunieron los requisitos que establece el citado numeral en sus párrafos cuarto y quinto, y de ser así ratificará la detención; de lo contrario debe decretar la libertad del detenido con las reservas de ley. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, noviembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis XII, 1º 3 P, p. 525.

E) El párrafo séptimo del artículo 16 crea la figura de la “retención” ante el Ministerio Público; el texto constitucional establece que el detenido deberá ser entregado a la autoridad judicial en un plazo máximo de 48 horas, mismo que se podrá duplicar (96 horas) en el caso de la supuesta comisión de delitos de delincuencia organizada.

La “retención” es una figura que no encaja del todo dentro del sistema constitucional de privación legal de la libertad. En los supuestos del artículo 16 que hemos analizado hasta ahora siempre se ha señalado la obligación de poner al detenido de forma inmediata bajo disposición judicial. ¿Cómo es que el párrafo séptimo autoriza una excepción a esa entrega inmediata? Al parecer, el supuesto que se analiza tiene lugar cuando se verifica cualquiera de las circunstancias de acuerdo con las cuales el Ministerio Público detiene a una persona (por flagrancia, en caso de urgencia o cuando la persona se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público).<sup>129</sup> En estos supuestos, se puede entender que la Constitución le otorga un plazo al Ministerio Público para que pueda integrar debidamente la averiguación previa, a fin de que cuando acuda ante el juez poniendo a disposición al detenido, lo haga contando con todos los elementos necesarios para que la autoridad judicial pueda determinar su situación jurídica.

Aun aceptando que ese pueda ser el criterio para justificar la “retención”, la verdad es que no deja de ser peligroso su reconocimiento constitucional, ya que se lleva a cabo sin ningún tipo de control judicial y el plazo establecido es muy largo, tanto para el supuesto general de las 48 horas como —todavía peor— para el caso de la delincuencia organizada —96 días, que son nada menos que cuatro días enteros—. Me parece que es un término excesivo y que se podría sustituir con otro sistema que permitiera tener asegurado al presunto responsable (bajo supervisión judicial) mientras el Ministerio Público termina de integrar la averiguación previa; en todo caso, debe tratarse de un plazo breve y solamente aplicable para casos excepcionales. En general, el Ministerio

<sup>129</sup> Rojas Caballero afirma, en el mismo sentido, que “necesariamente el presupuesto lógico constitucional de la retención debe ser la detención por flagrancia o urgencia”, *Las garantías individuales en México*, cit., p. 408.

Público debe terminar de integrar la averiguación previa antes de solicitar al juez la detención de una persona.

Aparte de los supuestos constitucionalmente previstos para llevar a cabo una aprehensión, una detención o una retención, en algunos códigos de procedimientos penales se ha comenzado a establecer la figura del “arraigo”. Por ejemplo, el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales establece que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, podrá decretar el arraigo de una persona hasta por treinta días naturales o la prohibición para que abandone una determinada demarcación hasta por sesenta días naturales mientras se prepara el ejercicio de la acción penal, siempre que exista riesgo fundado de que la persona se sustraiga a la acción de la justicia.

Se trata de una figura que permite innumerables abusos por parte de la autoridad ministerial, ya que su regulación es muy escueta. Así, por ejemplo, no se señala expresamente que el lugar para ejecutar el arraigo es el domicilio del particular afectado o cualquiera que él quiera señalar, con lo cual se ha permitido el uso de “casas de seguridad” o de hoteles donde el Ministerio Público ubica a los afectados mientras dura la medida del arraigo. Tampoco se establece si durante el arraigo le asisten al afectado los derechos que señala la Constitución en el artículo 20 para toda persona que esté sujeta a un proceso penal; esto significa que no queda claro si el arraigado tiene derecho a recibir asistencia de abogado o si puede ser interrogado válidamente.

## XII. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS OCTAVO, UNDÉCIMO Y DECIMOTERCERO)

Como lo veremos en el capítulo quinto de este libro, el artículo 4o. constitucional establece el derecho a la vivienda digna y decorosa, tal como lo hacen también los tratados internacionales de derechos humanos y muchos otros ordenamientos constitucionales. Para que ese derecho sea efectivo, se requiere de una serie de prestaciones de carácter positivo a cargo de los poderes públicos (regulación del uso de suelo, control del aumento de los alquileres, construcción de viviendas populares, otorgamiento de créditos, etcétera), pero también es necesario que el Estado proteja el uso y goce de la vivienda. Para ello es esencial que ni los particulares ni los órganos públicos que no sean propietarios o poseedores puedan entrar en ella, a menos que cumplan ciertos requisitos. La prohibición mencionada se asegura por ejemplo a través del establecimiento en los códigos penales de una serie de delitos (allanamiento de morada, robo en casa-habitación, etcétera).

En la doctrina constitucional existe una cierta disputa acerca del bien jurídico que se protege a través de la inviolabilidad del domicilio. Para algunos se protege la libertad personal, para otros la propiedad, la intimidad o la libertad de residencia.<sup>130</sup> Me parece que hay dos bienes jurídicos que la inviolabilidad del domicilio preserva: uno es el disfrute de la vivienda (expresamente estipulado en el artículo 4o. constitucional), y otro es el derecho a la vida privada que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales de derechos humanos; combinando ambos bienes jurídicos se obtiene la justificación de la inviolabilidad del domicilio, en tanto que permite disfrutar de la vivienda sin interferencias ilegítimas, y permite también desarrollar la vida privada sin ser objeto de molestias.

Para el Tribunal Constitucional español,

La inviolabilidad del domicilio... constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos [Sentencia 22/1984].

La inviolabilidad del domicilio es un derecho aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.<sup>131</sup>

La inviolabilidad del domicilio está prevista en el artículo 16 constitucional, párrafos octavo, undécimo y décimotercero, en los siguientes términos:

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos

<sup>130</sup> La discusión respectiva ha sido reseñada en Matia Portilla, Francisco Javier, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 3 y ss.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 113 y ss.

testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

...

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

...

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Por la forma en que están redactados estos preceptos podemos decir que la regla general es la inviolabilidad del domicilio, entendiendo por tal la imposibilidad jurídica de que cualquier autoridad o particular ingrese sin permiso en una vivienda o un local de cualquier tipo. La Constitución señala de forma limitativa las excepciones a esa inviolabilidad: las órdenes de cateo, las visitas domiciliarias y la previsión en favor de los militares durante tiempos de guerra. Solamente en esos casos puede ingresar una autoridad a un domicilio. Al estudiar el derecho a la vivienda dentro del capítulo quinto detallaremos las obligaciones tanto positivas como negativas que genera ese derecho para las autoridades y los particulares. En este momento centraremos nuestro análisis en los casos de excepción.

El párrafo octavo del artículo 16 establece una “reserva judicial” en el tema de los cateos, al señalar que solamente la autoridad judicial podrá emitir la orden escrita para realizarlos. El cateo es una orden judicial por medio de la cual se autoriza que una autoridad pueda penetrar en un domicilio para realizar una inspección, buscar algún objeto o aprehender a una o varias personas. El escrito de la autoridad judicial mediante el que se autoriza el cateo deberá determinar con precisión tanto el lugar en que debe realizarse, como los objetos que se buscan y, en su caso, las personas que se deben aprehender. La Constitución exige también que se levante una acta circunstanciada, misma que debe ser firmada por dos testigos; los testigos deben ser propuestos, en primer lugar, por el ocupante del lugar cateado; si se niega a nombrarlos, entonces serán designados por la autoridad que lleve a cabo la diligencia.

Los cateos pueden dictarse tanto en materia penal como en materia civil, sujetándose en ambos casos a los requisitos del artículo 16 constitucional. Al respecto, debe tenerse en cuenta la siguiente tesis jurisprudencial:

CATEO. ES VÁLIDO ORDENARLO COMO MEDIDA DE APREMIO EN UN PROCEDIMIENTO DE MATERIA CIVIL, SI ASÍ LO PREVÉ LA LEGISLACIÓN APLICABLE. La orden de cateo que, conforme a las previsiones de la legislación aplicable, se emita en asuntos de materia civil, constituye un mecanismo ideado por el legislador para llevar a cabo una pronta administración de justicia, en tanto que facilita el cumplimiento de las determinaciones de las autoridades judiciales, ante la actitud omisa o rebelde de las partes en un procedimiento judicial. En consecuencia, el cateo, como medida de apremio, no corresponde exclusivamente al ámbito penal, ni tiene por qué sustentarse solamente en el artículo 16 constitucional, sino que puede ser ordenado bajo la tutela de los principios establecidos en el artículo 17 de la carta magna. Amparo en revisión 1773/96. Armando Cornejo Zúñiga y coag. 21 de mayo de 1998. Mayoría de seis votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juventino V. Castro y Castro, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Luis Ignacio Rosas González. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diecinueve de abril en curso, aprobó, con el número XIX/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999, tesis P. XIX/99, p. 33.

El párrafo undécimo del artículo 16 constitucional establece la figura de las visitas domiciliarias. En este caso la Constitución señala que podrán ser llevadas a cabo por autoridades administrativas (no existe, por tanto, una “reserva judicial” en materia de visitas domiciliarias) y que su objeto está limitado a verificar el cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía, así como a exigir los documentos necesarios para acreditar que se ha cumplido con las obligaciones fiscales.

La jurisprudencia ha distinguido entre los cateos y las visitas domiciliarias en la siguiente tesis:

VISITA DOMICILIARIA, ÓRDENES DE. SUS DIFERENCIAS CON LAS ÓRDENES DE CATEO. Entre las órdenes de cateo y las órdenes de visita domiciliaria existen diferencias sustanciales. El cateo y la visita domiciliaria tiene objetos diferentes: aquél tiene por finalidad inspeccionar algún lugar, aprehender a alguna persona o buscar algún objeto. La visita persigue el cercioramiento de que “se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía”; así como la “exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales”. La orden de cateo únicamente puede ser expedida por un juez o tribunal, la visita domiciliaria puede ser decretada por autoridad administrativa. La orden de visita no debe contener ningún despacho de secuestro o embargo ni de aseguramiento de cuentas, inversiones o depósitos bancarios o de otra naturaleza. No obstante las diferencias que exis-

ten entre unas y otras órdenes, es mandato del artículo 16 de la Constitución que las órdenes de visita deben sujetarse a las formalidades prescritas para los cateos. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Revisión fiscal 23/91. Lumisistemas, S. A. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, marzo de 1991, p. 225.

Por lo que hace al objeto de las visitas domiciliarias la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido los siguientes criterios relevantes:

ORDEN DE VISITA DOMICILIARIA, SU OBJETO. Acorde con lo previsto en el artículo 16 constitucional, así como con su interpretación realizada por esta Suprema Corte en las tesis jurisprudenciales cuyos rubros son: “VISITA DOMICILIARIA, ORDEN DE REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER” (tesis 183, página 126, tomo III, segunda sala, compilación de 1995) y “ÓRDENES DE VISITA DOMICILIARIA, REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS” (tesis 509, página 367, tomo III, segunda sala, compilación de 1995), que toman en consideración la tutela de la inviolabilidad del domicilio y la similitud establecida por el Constituyente, entre una orden de cateo y una de visita domiciliaria, cabe concluir que el objeto no sólo debe concebirse como propósito, intención, fin o designio, que dé lugar a la facultad comprobatoria que tienen las autoridades correspondientes, sino también debe entenderse como cosa, elemento, tema o materia, esto es, lo que produce certidumbre en lo que se revisa; con base en esto último, el objeto de la orden de que se trata no debe ser general, sino determinado, para así dar seguridad al gobernado y, por ende, no dejarlo en estado de indefensión. Por tanto, la orden que realiza un listado de contribuciones o cualquier otro tipo de deberes fiscales que nada tenga que ver con la situación del contribuyente a quien va dirigida, la torna genérica, puesto que deja al arbitrio de los visitadores las facultades de comprobación, situación que puede dar pauta a abusos de autoridad, sin que obste a lo anterior la circunstancia de que el visitador únicamente revise las contribuciones a cargo del contribuyente como obligado tributario directo, porque en ese momento ya no se trata del contenido de la orden, sino del desarrollo de la visita, en la inteligencia de que la práctica de ésta debe sujetarse únicamente a lo señalado en la orden y no a la inversa. Esta conclusión, sin embargo, no debe llevarse al extremo de exigir a la autoridad que pormenore o detalle el capitulado o las disposiciones de las leyes tributarias correspondientes, porque tal exageración provocaría que con una sola circunstancia que faltara, el objeto de la visita se considerara impreciso, lo cual restringiría ilegalmente el uso de la facultad comprobatoria, situación que tampoco es la pretendida por esta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es necesario precisar que las anteriores consideraciones únicamente son válidas tratándose de órdenes de visita para contribuyentes registrados, pues sólo de ellos la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo con su registro

de alta, sabe qué contribuciones están a su cargo, situación que es distinta de los casos de contribuyentes clandestinos, es decir, aquellos que no están inscritos en el Registro Federal de Contribuyentes porque, en estos casos, la orden necesariamente debe ser general, pues no se sabe qué contribuciones están a cargo del destinatario de la orden. También debe señalarse que las contribuciones a cargo del sujeto pasivo, no sólo conciernen a las materiales o de pago, sino igualmente a las formales o cualquier otro tipo de deber tributario y, por tanto, debe entenderse por obligado tributario, no solamente al causante o contribuyente propiamente dicho, sino también a los retenedores, responsables solidarios y cualquier otro sujeto que a virtud de las normas tributarias tenga que rendir cuentas al fisco. Contradicción de tesis 23/97. Entre las sustentadas por el Tercer y Quinto Tribunales Colegiados, ambos en Materia Administrativa, del Primer Circuito. 26 de septiembre de 1997. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Edgar Humberto Muñoz Grajales. Tesis de jurisprudencia 59/97. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión pública de veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los ministros Juan Díaz Romero, Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y presidente Genaro David Góngora Pimentel. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, diciembre de 1997, tesis 2a./J. 59/97, p. 333.

VISITAS DOMICILIARIAS. LA CLAUSURA COMO MEDIDA DE SEGURIDAD Y SANCIÓN NO VIOLA EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, SI EL ACTO DE MOLESTIA CONSTA POR ESCRITO, EN EL QUE SE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO. El artículo 16 constitucional, en el párrafo que establece que la autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han cumplido las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos, contempla como garantía individual del gobernado, la inviolabilidad del domicilio y la de seguridad jurídica, que delimitan la facultad de la autoridad administrativa para llevar a cabo visitas domiciliarias, pero ello no implica que la autoridad administrativa no pueda practicarlas con el fin de vigilar y asegurarse de que se cumplan las leyes que regulan en general la actividad de los particulares, pues para esto último, basta que cumpla con lo que establece el primer párrafo del artículo 16, o sea, que el acto de molestia conste por escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento. Además, al referirse a reglamentos “sanitarios y de policía”, no se está limitando esa facultad a la aplicación de normas emanadas de la autoridad administrativa en uso de la facultad reglamentaria prevista en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que tengan por contenido aspectos relativos a la salud y al orden social, en un sentido meramente administrativo, sino que debe entenderse que se trata de cualquier norma jurídica que otorgue facultades a las autoridades administrativas para regular la

conducta de los particulares y cerciorarse de que se ajusta a las normas de orden público aplicables, con la finalidad de prevenir que su actividad atente contra el orden público y el interés social. De ahí que aplicar y ejecutar el contenido de la ley en la esfera administrativa, es una función que está encomendada a la autoridad administrativa, pues incluso se trata de un deber que le impone la Constitución. Amparo en revisión 1355/95. Inmobiliaria Rama, S. A. de C. V. 6 de enero de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Neófito López Ramos. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintidós de abril en curso, aprobó, con el número LXI/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, mayo de 1997, tesis P. LXI/97, p. 177.

VISITA DOMICILIARIA. LAS NORMAS SECUNDARIAS QUE LA ESTABLECEN NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL AUNQUE OMITAN SEÑALAR ALGUNOS DE LOS REQUISITOS QUE PREVIENE (REGLAMENTO DE CONSTRUCCIONES DE COAHUILA). Es cierto que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la orden de visita debe emitirse por autoridad competente y constar por escrito, en el que se funde y motive la causa del procedimiento; que en ella se debe señalar el nombre del visitado, el domicilio y el objeto de la orden; y que, al concluir su práctica, debe levantarse acta circunstanciada ante la presencia de dos testigos propuestos por el visitado o, en su caso, ante su ausencia o negativa, por los designados por la autoridad que practique la diligencia; también es cierto que los artículos 227 al 230 del Reglamento de Construcciones de Coahuila, sólo establecen que la finalidad de las visitas es verificar que las construcciones en proceso o terminadas cumplan con las disposiciones correspondientes, que el inspector debe identificarse ante el visitado, explicando el motivo de su presencia, y que de toda visita debe levantarse acta circunstanciada, anotando la fecha y el nombre de las personas que intervengan, ante la presencia de dos testigos; no obstante, la circunstancia de que en ellos se omita prever algunas de las formalidades antes indicadas, no implica la infracción a la disposición constitucional citada, en virtud de que es suficiente que ésta contenga tales formalidades, para que los requisitos previstos para las visitas domiciliarias subsistan obligatoriamente para las aplicadoras por encima de la omisión que pudiere existir en los ordenamientos secundarios, dado que ante la ausencia apuntada se encuentra el mandato contenido en el artículo 16 constitucional. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis 2a. CVII/99, p. 232.

ÓRDENES DE CATEO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO TIENEN ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES PARA EMITIRLAS, PERO SÍ PARA DICTAR ÓRDENES DE VISITA (ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, UNDÉCIMO PÁRRAFO). El precepto constitucional mencionado, en su párrafo octavo, establece que “sólo la autoridad judicial podrá expedir” órdenes de cateo, facultad que, por tanto, está vedada a las autorida-

des administrativas, pero ello no significa que se coarten las atribuciones de éstas para cerciorarse, aun en los domicilios de los gobernados, que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía, así como para exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, pues para ello el párrafo undécimo de dicho precepto les otorga la facultad de dictar órdenes de visitas domiciliarias, para cuya práctica se requiere, conforme a las leyes respectivas, que consten por escrito, que expresen el lugar que ha de inspeccionarse, la materia de la inspección y que se levante acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar visitado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Amparo en revisión 3488/98. 26 de agosto de 2003. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veintiséis de agosto en curso, aprobó, con el número XIII/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de agosto de dos mil tres.

Por lo que hace al contenido del último párrafo del artículo 16, en el que se permite que en tiempos de guerra los militares puedan exigir alojamiento, bagajes, alimentos y “otras prestaciones”, parece difícil de justificar en la actualidad. Su redacción actual proviene del que fue el artículo 26 de la Constitución de 1857. Es un buen ejemplo del tipo de disposiciones que deben ser derogadas para modernizar las disposiciones de la carta fundamental.

De todas formas, para que se pueda verificar su supuesto, es necesario que se esté en estado de guerra. Por tanto, deberá existir la declaración correspondiente, la cual solamente puede ser emitida por el Congreso de la Unión, pues el artículo 73, fracción XII, establece que el Congreso tiene facultad: “Para declarar la guerra, en vista de los datos que le presente el Ejecutivo”. Solamente mediante esta declaración del Congreso podría aplicarse el último párrafo del artículo 16. Me parece que no se daría este supuesto ni siquiera en el caso de suspensión de garantías (a menos de que la inviolabilidad del domicilio fuera expresamente suspendida, como es obvio).<sup>132</sup>

<sup>132</sup> En sentido distinto Rojas Caballero señala: “La interpretación de esta prescripción no puede ser otra de que para los militares puedan exigir las referidas prestaciones es necesaria la suspensión de garantías individuales, de tal suerte que la ley marcial referida en el precepto en análisis será la ley de emergencia respectiva o la de prevenciones generales”, *Las garantías individuales en México, cit.*, p. 359.

### XIII. INVIOABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS (ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS NOVENO, DÉCIMO Y DUODÉCIMO)

El artículo 16, además de proteger la inviolabilidad del domicilio, protege también la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Son dos formas de asegurar la autonomía de la persona; es decir, en la medida en que nuestra casa y lo que decimos a los demás de forma privada esté protegido, podremos desarrollar nuestra vida como mejor nos parezca, sin tener que estar expuestos a la mirada o el interés de otras personas y sin tener que justificar nuestros actos. La autonomía personal sufriría un fuerte menoscabo si no pudiéramos comunicarnos de forma reservada con quien nosotros queramos y por el motivo que consideremos oportuno, sin que nadie tenga derecho a conocer nuestras comunicaciones. Para ese efecto se tutela constitucionalmente la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el artículo 16, párrafos noveno, décimo y décimo-segundo, cuyo texto es el siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas 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.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

...

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por cualquier vía<sup>133</sup> y con independencia de su contenido,<sup>134</sup> incluyendo las que se

<sup>133</sup> Ver Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 44 y ss.

<sup>134</sup> Sobre el punto del contenido de las comunicaciones para efectos de su protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha determinado que “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 [de la Constitución española] tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto

generen mediante el uso de nuevas tecnologías como el Internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.<sup>135</sup>

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se podrá emitir solamente en caso de que existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder interceptar una comunicación privada. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni siquiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su limitación queda —en un caso extremo y por tanto excepcional— en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

El texto constitucional señala varias materias en las que ni siquiera mediante autorización judicial se podrán interceptar comunicaciones privadas. Es el caso de las materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral y administrativa. Además, tampoco se podrá interceptar la comunicación del detenido con su defensor. Con independencia de las sanciones que puedan corresponder a quienes intercepten una comunicación sin ajustarse a los requerimientos de la Constitución, el artículo 16 señala que los materiales obtenidos mediante ellas carecerán de todo valor probatorio.

Es importante señalar que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha entendido —correctamente, desde mi punto de vista—, que las comunicaciones privadas que protege el artículo 16 constitucional deben estar a salvo tanto de las autoridades como de particulares. Con este criterio la Corte está de alguna manera aceptando la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales, sumándose de esa forma a una importante corriente del pensamiento constitucional contemporáneo que ha superado la visión tradicional según la cual los derechos fundamentales solamente producían efectos jurídicos entre los particulares y las autoridades; hoy en día se entiende que los derechos obligan también a otros particulares y que, en esa medida, se les debe reconocer un “efecto horizontal” para que puedan ser correctamente protegidos. El criterio

de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” [Sentencia 114/1984, Fundamento Jurídico 7].

<sup>135</sup> Sobre este punto, ver las observaciones de Carrillo, Marc, “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 36, noviembre de 1999, pp. 72-74.

de la Corte al que estamos haciendo referencia está recogido en las siguientes tesis:

COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2o., 4o. y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. CLX/2000, p. 428.

COMUNICACIONES PRIVADAS. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente. El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas 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. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajus-

tarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del poder revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. CLXI/2000, p. 428.

Con respecto al mandato del párrafo decimosegundo del artículo 16 (que establece la inviolabilidad de la correspondencia), la jurisprudencia ha definido que debe entenderse en forma amplia, es decir, en el sentido de que protege cualquier tipo de comunicación enviada por correo; así se sostiene en la siguiente tesis:

VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA, CONCEPTO DE CORRESPONDENCIA EN EL DELITO DE. Para la configuración del delito de violación de correspondencia, es irrelevante que haya sido un sobre que contenía un giro telegráfico el que abrió indebidamente el inculpado, al no estar dirigido a él, toda vez que debe considerarse como correspondencia una comunicación escrita, entendiéndose por tal, una carta o comunicación con el sobrescrito cerrado o con la plica cerrada y sellada, un pliego igualmente guardado en el sobrescrito o la plica, un despacho telegráfico o telefónico con igual protección y cualquier otra comunicación escrita análoga. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 1321/90. Justino Hernández Domínguez. 31 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias. Octava época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, junio de 1991, p. 459.

Si la inviolabilidad de la comunicaciones siempre ha sido una protección importante para preservar diversos bienes jurídicos (la libertad de expresión, la intimidad, la autonomía de la persona, etcétera) en las sociedades modernas su importancia se ha multiplicado. Como apunta Ricardo Martín Morales:

Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevan-

cia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir los aportes tan “ventajosos” que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera.<sup>136</sup>

#### XIV. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

El artículo 17 constitucional establece lo siguiente:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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.

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.

Nadie puede ser prisionado por deudas de carácter puramente civil.

De ese artículo hay que estudiar varias cuestiones, que aunque guardan relación entre sí, requieren de un análisis por separado. En primer lugar, hay que proceder al estudio de la prohibición de “autotutela” y de ejercer violencia para reclamar un derecho; en segundo término se debe abordar el tema del acceso a la justicia y de las características que para la misma establece el párrafo segundo del artículo 17; en tercer lugar, hay que hacer referencia a la independencia judicial en los ámbitos federal y local; finalmente, nos referiremos a la prohibición de ser privado de la libertad por deudas de carácter civil, a partir de la cual se establece constitucionalmente la separación entre las sanciones de carácter penal y las de carácter civil.

##### 1. *Prohibición de autotutela*

El primer párrafo del artículo 17 constitucional establece la prohibición de la autotutela al señalar que ninguna persona puede hacerse justicia por propia mano, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Este tipo de prohibiciones se producen con el surgimiento del Estado moderno, en el que los órganos públicos tienen el monopolio de la violencia legítima. En esa virtud, serán los órganos estatales los únicos que puedan impartir justicia (lo que en la práctica significa la competencia de ciertas autoridades

<sup>136</sup> *El régimen constitucional...*, cit., p. 22.

para conocer de los conflictos que se susciten entre particulares o entre particulares y autoridades, y para resolver dichos conflictos mediante la aplicación de una serie de técnicas jurídicas). Antes del surgimiento del Estado moderno, la forma más común de arreglar las diferencias era por medio de la venganza privada, con lo cual se corría el riesgo de propiciar una cadena de violencias que en lugar de resolver los problemas los complicaba.

La prohibición de autotutela y la prohibición de ejercer violencia para reclamar el propio derecho son dos caras de la misma moneda. La historia ha conocido diversas formas de reclamación violenta del propio derecho; por ejemplo, el duelo o, en un mayor nivel, la guerra.

En sentido estricto el párrafo primero del artículo 17 constitucional no contiene un derecho fundamental, pues resulta claro que de su redacción no se pueden desprender derechos subjetivos. Pero cobra todo su sentido cuando se le interpreta dentro del conjunto del artículo 17, porque la consecuencia de la doble prohibición de su primer párrafo es la asignación a toda persona del derecho de acudir ante un órgano jurisdiccional para que le sea administrada justicia (derecho de acceso a la justicia).

En algunos casos, de forma excepcional y limitada, la ley puede permitir el ejercicio de la autodefensa, sobre todo en la modalidad de defensa propia. Es una hipótesis frecuente en el derecho penal, que contempla a la legítima defensa como una forma lícita de ejercer violencia para proteger el propio derecho.

## 2. *Acceso a la justicia*

El derecho de acceso a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional supone la obligación del Estado de crear los mecanismos institucionales suficientes para que cualquier persona que vea conculcado alguno de sus derechos fundamentales o cualquier otro tipo de derechos pueda acudir ante un tribunal dotado de las suficientes garantías para obtener la reparación de esa violación. Es importante señalar, y así lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ese derecho no se satisface por el mero hecho de que algún recurso jurisdiccional esté previsto en la legislación del Estado, sino que ese recurso debe ser efectivo en orden a la protección de los derechos. Además, la Corte sostiene que el simple hecho de que ese recurso no exista ya resulta violatorio del Pacto de San José; el criterio de la Corte es el siguiente:<sup>137</sup>

<sup>137</sup> *Caso Ivcher Bronstein, cit.*, párrafos 136 y 137; Opinión Consultiva 18/03, párrafo 108.

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ellos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

El acceso a la justicia es un derecho en alguna medida instrumental respecto de otros derechos, ya que permite combatir su violación.

El derecho de acudir ante los tribunales está consagrado en varios pactos y tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de 1948 dispone que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Más concretamente, reflejando una importante influencia del derecho mexicano, el artículo 8o. de la misma Declaración establece el derecho de toda persona a ver protegidos sus derechos fundamentales; su texto es el siguiente: “Toda persona tiene derecho 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”. Algunas cuestiones más específicas del derecho de acceso a la justicia están previstas en los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El tema del acceso a la justicia es uno de los mayores retos pendientes del Estado mexicano no solamente desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que es la que a nosotros nos interesa, sino también desde la más amplia temática de la reforma de los aparatos de justicia.<sup>138</sup> Hay que tener en cuenta

<sup>138</sup> Para el caso de México, ver Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Ro-

que las crecientes condiciones de desigualdad y marginación sociales se han traducido también en una desigualdad frente a la ley. De hecho, el aparato judicial, en general en buena parte de América Latina, no ha podido tener una presencia efectiva en la totalidad del territorio de los países, de modo que un primer obstáculo para el acceso a la justicia es simplemente de carácter físico o geográfico.

Por otro lado, los altos costos de una buena asistencia jurídica y los derivados del propio desarrollo de un proceso impiden en la realidad que la mayoría de la población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales. Incluso una vez que se llega a ellos, las desigualdades sociales tienden a reproducirse, de forma que las personas de menores ingresos normalmente se ven sometidas a procesos más lentos y costosos que aquellas que cuentan con mayores posibilidades económicas.

La solución al problema del acceso a la justicia no es fácil, pero podrían intentarse algunas reformas sectoriales que contribuyeran a disminuir ante los tribunales las crecientes desigualdades sociales que se han producido como resultado de un modelo económico profundamente injusto.

En materia de acceso a la justicia hay que tener presente, entre otras cuestiones, que en un país como México, con sus elevados niveles de pobreza y de desigualdad en el ingreso, hacen falta mecanismos que permitan a la población de menores recursos acceder en condiciones *equitativas* a los tribunales. La falta de acceso a la justicia contribuye a generar una *discriminación jurídica*, que se suma a las múltiples discriminaciones que las personas padecen simplemente por ser pobres, mujeres, indígenas, campesinos, migrantes, tener alguna discapacidad, vivir en el medio rural, etcétera.

Como indica Boaventura de Sousa,

Estudios revelan que la distancia de los ciudadanos en relación con la administración de justicia es tanto mayor mientras más bajo es el estrato social al que pertenecen y que esa distancia tiene como causas próximas no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas. En primer lugar, los ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y, en consecuencia, a tener más dificultades para reconocer un problema que los afecta como un problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de arreglo jurídico... Los datos muestran que los individuos de las

clases bajas dudan mucho más que los otros para recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal.<sup>139</sup>

La reforma del acceso a la justicia pasa, en primer lugar, por crear mecanismos procesales que permitan una mejor protección de los derechos fundamentales, muchos de los cuales hoy en día no se encuentran tutelados en México por garantía jurisdiccional alguna, como ya se ha mencionado en varios lugares de este libro y como se volverá a mencionar en el capítulo siguiente al estudiar los derechos sociales; en este contexto, conviene recordar que “a estas alturas se cuenta con información suficiente y lo bastante contrastada como para sostener que la existencia de una garantía jurisdiccional de un determinado estándar de calidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para que los derechos humanos puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica”.<sup>140</sup>

Si adoptamos una visión amplia en relación con el acceso a la justicia, es muy probable que tengamos que integrar el diseño de nuevas vías de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales dentro del más complejo tema del diseño institucional de nuestro Poder Judicial. Si revisamos las reformas constitucionales en materia judicial que se han realizado en los últimos años, nos daremos cuenta que, en su mayor parte, han carecido de un modelo definido, lo cual ha arrojado como consecuencia que se tenga en la actualidad un sistema híbrido, que incorpora elementos de la organización judicial de los Estados Unidos y de la que existe en la mayor parte de los países de la Europa continental.

Muchas de esas reformas han estado atadas a la coyuntura, de manera que no han tenido la altura de miras para hacer un rediseño en profundidad de las instituciones encargadas de impartir justicia. En los próximos años tendremos que ser capaces de definir el “modelo” de justicia que queremos tener en México, así como el “modelo” de juez que será capaz de operar ese sistema. Mientras esas dos definiciones —que no son de carácter teórico, sino práctico y que requieren de importantes definiciones incluso de orden político— no se hagan, es muy poco lo que se podrá avanzar en esta materia. El del diseño institucional es un reto que está pendiente.

En este contexto y para aportar solamente una de las muchas propuestas que pueden ser razonables, habría que ponderar la necesidad de que los órganos ju-

<sup>139</sup> Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1998, pp. 204 y 205.

<sup>140</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, p. 10.

risdccionales que actualmente tienen autonomía constitucional (el caso de los tribunales agrarios por virtud del mandato del artículo 27 fracción XIX de la Constitución) o que operan en la órbita del Poder Ejecutivo (tribunales contencioso-administrativos, juntas de conciliación y arbitraje, tribunales de conciliación y arbitraje, etcétera), se incorporen formalmente al Poder Judicial, como desde hace tiempo ha señalado un sector importante de la doctrina y como han prometido algunos partidos políticos en sus plataformas de campaña. No hay justificación alguna para que el Poder Ejecutivo tenga “sus propios tribunales”. Todos los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales deben estar formal y materialmente dentro del Poder Judicial, de forma que sus integrantes tengan el mismo estatuto profesional que los miembros de la judicatura.

En relación con la necesidad de contar con personal judicial adecuadamente capacitado para hacer posible que el derecho de acceso a la justicia sea una realidad para la mayoría de mexicanos, hay que tener en cuenta que, como se apuntaba, en México todavía no hemos discutido qué modelo de juez requiere la incipiente democracia que estamos comenzando a vivir, ni cuáles son las “virtudes judiciales”<sup>141</sup> que deben tener quienes busquen mantenerse o promoverse dentro de la carrera judicial. Una parte de nuestra cultura judicial, como no podía ser de otra forma luego de vivir más de 70 años en un régimen autoritario, no parece muy preocupada del proceso de apertura democrática, y mantiene viejos rituales de cerrazón, secretismo y sigilo que no tienen demasiada justificación en la actualidad.

El trabajo de capacitación se podrá enfrentar solamente de forma limitada dentro del propio Poder Judicial. La tarea mayor incumbe a las facultades y escuelas de derecho, encargadas de formar a los que en el futuro serán jueces, magistrados, ministros o consejeros de la judicatura. La renovación de los caducos libros de texto con que se estudian las principales materias es también una tarea pendiente sin la cual va a ser muy difícil generar el nuevo “modelo de juez” que requiere la democracia mexicana.

Otra forma de mejorar el acceso a la justicia se puede dar por medio de los llamados “sistemas alternativos de solución de controversias”. Estos métodos alternativos, entre los que se encuentran la mediación, el arbitraje, la amigable composición, etcétera, deben ser fortalecidos como una forma de descargar de trabajo a los tribunales y de propiciar soluciones más rápidas, baratas y efectivas para los particulares. Obviamente, siempre deben respetarse ciertos princi-

<sup>141</sup> El término es de Manuel Atienza, en su ensayo titulado, justamente, “Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

pios para evitar caer en el extremo de “negociar” la aplicación de la ley cuando se está en presencia de intereses fundamentales de la sociedad. Hay intereses generales que no pueden estar sujetos a negociación, pero hay intereses privados sobre los cuales las partes podrían perfectamente ponerse de acuerdo sin tener la necesidad de acudir ante un juez y desarrollar la enorme cantidad de trámites que hay que desahogar en un proceso jurisdiccional.

En México, el acceso a la justicia se ha intentado fortalecer a través de dos vías principalmente: *a)* por un lado, creando un sistema de defensores de oficio que puedan cubrir las necesidades de asesoría jurídica de la población de escasos recursos; a nivel federal esta función es llevada a cabo por el “Instituto Federal de Defensoría Pública”, organismos dependiente del Poder Judicial de la Federación creado en 1998; *b)* por otro lado, se han creado organismos “para-judiciales” que intentan proteger sectorialmente derechos de los particulares desde el ámbito administrativo; con ese objetivo nacen instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Procuraduría Agraria, etcétera.<sup>142</sup>

El artículo 17 establece el derecho de acceso a la justicia y precisa que su impartición es gratuita y que, en consecuencia, quedan prohibidas las costas judiciales. Esto significa que el servicio que prestan los tribunales no puede generar para las personas que acuden ante ellos ningún tipo de obligación de retribuir a los funcionarios judiciales. Así lo ha reconocido la siguiente tesis jurisprudencial:

COSTAS JUDICIALES. ALCANCE DE SU PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL. Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, novena época, pleno, tesis P./J, 72/99, p. 19.

Las costas procesales deben ser distinguidas de los gastos que se generan por un proceso judicial;<sup>143</sup> así, las partes litigantes en algunos tipos de procesos deben cubrir los gastos de sus abogados o los gastos que se generen por el ofrecimiento de ciertas pruebas (por ejemplo pruebas periciales). Como es obvio, gastos como los mencionados no están comprendidos dentro de la prohibición

<sup>142</sup> Fix-Fierro, Héctor, “Artículo 17”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, t. I, p. 259.

<sup>143</sup> Ovalle Favela, José, “Costas procesales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Porrúa, 2002, t. II, p. 658.

del artículo 17 constitucional. En algunos procesos, el órgano judicial puede condenar a la parte derrotada a cubrir los gastos de la otra parte, aunque en la práctica rara vez se verifica esa condena (llamada condena en costas).<sup>144</sup>

Una cuestión distinta de la prohibición del artículo 17 se presenta en la práctica de nuestros juzgados y tribunales en los que funcionarios de diverso rango están acostumbrados a que los litigantes les entreguen pequeñas o grandes cantidades de dinero a cambio de hacer su trabajo. Se trata de una práctica muy extendida (más en algunas jurisdicciones que en otras y en algunos lugares de la República más que presente que en otros) que no solamente viola el artículo 17 constitucional, sino que directamente cae en varios supuestos previstos por la legislación penal, por lo que hay que combatirla con toda determinación y energía.

La jurisprudencia ha precisado que el mandato de acceso a la justicia del artículo 17 constitucional impide que los órganos judiciales estén remitiendo a otros órganos asuntos de los que deben conocer por mandato de la ley. Las mencionadas remisiones, según la misma jurisprudencia, serían violatorias del artículo 17 puesto que impedirían un adecuado acceso a la justicia. Así lo dispone la siguiente tesis:

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. DEBEN OBSERVAR EL PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO QUE ESTABLECE QUE NINGÚN ÓRGANO JURISDICCIONAL, SIENDO COMPETENTE, ESTÁ FACULTADO PARA ABSTENERSE DE RESOLVER LOS ASUNTOS QUE SE PRESENTEN A SU CONOCIMIENTO, NI PARA REMITIR EL NEGOCIO A OTRO TRIBUNAL. Si bien es cierto que el ejercicio de la función jurisdiccional implica que cada juzgador atienda a su propia convicción y, por ello, no puede obligarse a los miembros de un tribunal colegiado de circuito a emitir sus votos de manera coincidente, con el único propósito de fallar un asunto, también es verdad que esa libertad no llega al extremo de permitirles se abstengan de resolver, pues el artículo 17 de la Constitución federal garantiza esa decisión, la cual se entorpece cuando un expediente es remitido de un tribunal a otro, por imposibilidad para fallar al no existir consenso de sus miembros, porque esa abstención del cuerpo colegiado, que provoca demoras y suspicacias, repercute no sólo en detrimento del particular que busca justicia, sino de la sociedad, que exige la garantía de que los tribunales del Poder Judicial de la Federación actúen con independencia, y de que no pese sobre ellos la sombra de presiones ajenas a su deber que les impida declarar el derecho en todos los casos que se presenten a su conocimiento. Además, la aparente imposibilidad para resolver los asuntos del conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, no existe, porque la propia ley los autoriza a tomar decisiones por mayoría de votos, por lo que siendo tres los integrantes de cada uno de esos órganos, y establecido que necesariamente

<sup>144</sup> Fix-Fierro, Héctor, “Artículo 17”, *cit.*, p. 258.

habrán de dictar resolución, siempre habrá posibilidad de alcanzar mayoría respecto de cada uno de los puntos jurídicos que en orden de preferencia lógica se vayan tratando. Luego, cuando los miembros de un tribunal colegiado de circuito presenten diferentes posturas de solución, ello no significa la imposibilidad para llegar a una decisión, ya que aun cuando ésta no sea aprobada de manera unánime, y por más que se presenten aspectos a consideración del órgano colegiado, siempre será factible que cada una de las propuestas se analice y decida por el tribunal en forma lógica y por opciones preferentes. En este orden, es dable concluir que los tribunales colegiados de circuito deben observar el principio general de derecho que establece que ningún órgano jurisdiccional, siendo competente, está facultado para abstenerse de resolver un asunto, ni para remitir el expediente a otro tribunal, salvo los casos de incompetencia o de impedimento de dos o más de sus miembros. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVIII/99, p. 48.

### 3. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

El artículo 17 constitucional establece, como ya lo hemos visto, la prohibición de autotutela y garantiza el acceso a la justicia a fin de que quien ha visto violado un derecho o incumplida una obligación pueda dirigirse a los tribunales para que se atienda su pretensión. Además, el mismo precepto dispone que los tribunales estarán “expeditos” para impartir justicia “en los plazos y términos que fijen las leyes” y que sus resoluciones deberán ser “prontas”. A partir de estas disposiciones podemos concluir que la Constitución establece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, un derecho a que los tribunales resuelvan los juicios que se les planteen dentro de los plazos que establezca la ley.

En materia penal la Constitución decidió no dejar al legislador la potestad de establecer los plazos para el proceso correspondiente, sino que directamente los fijó. La fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional dispone que el inculcado tiene derecho a ser juzgado en un plazo máximo de cuatro meses si se le acusa de un delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y en un año si la pena excediere de ese tiempo, aunque señala la salvedad de que pueda solicitar un plazo más amplio para su defensa. En la práctica estos plazos no siempre se cumplen, por una serie de razones imputables tanto a la falta de diligencia y pericia de los juzgadores como a las prácticas de obstrucción del proceso que a veces utilizan las partes.<sup>145</sup>

<sup>145</sup> Sobre la duración del proceso penal, Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, AD-HOC, 2002.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es el reflejo constitucional de la conocida máxima según la cual “justicia retardada no es justicia”, es decir, que si una sentencia llega fuera de tiempo en realidad no sirve para nada. Para ser eficaz, el ejercicio de la jurisdicción debe ser tan rápido como lo permitan los derechos procesales de los justiciables.

La jurisprudencia ha señalado que la potestad legislativa para fijar los plazos de duración del proceso no es ilimitada y que para fijarla correctamente el legislador debe tomar en cuenta que la Constitución ordena que la justicia se administre de forma expedita; así se sostiene en el siguiente criterio:

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. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste 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 en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que 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, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la norma fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, novena época, pleno, P./J. 113/2001, p. 5.

#### 4. Independencia judicial y ejecución de las sentencias

El penúltimo párrafo del artículo 17 constitucional señala la obligación del legislador (tanto del federal como de los locales en cada entidad federativa) de establecer los medios necesarios para asegurar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La independencia judicial es un prerequisite para el adecuado funcionamiento de la justicia.<sup>146</sup> Si no hay independencia de los jueces lo más probable es que todos los asuntos en los que existan “intereses” —tanto económicos como políticos— por parte de algún poder o de algún particular no se resuelvan de forma imparcial, provocando una quiebra notable del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley.

Los jueces deben estar sujetos únicamente a las leyes, manteniéndose extraños a los intereses de las partes en conflicto (esto es, justamente, la imparcialidad).<sup>147</sup> Para lograr su independencia los jueces deben estar institucionalmente separados de los demás poderes, es decir, el Poder Ejecutivo no debe tener sus propios tribunales sino que la función de aplicar las normas generales a los casos concretos de forma obligatoria debe pertenecer por entero a órganos formales y materialmente judiciales.

La vertiente tradicional de la independencia de los jueces ha sido hacia fuera del propio Poder Judicial. En muchos países, sin embargo, queda pendiente la construcción de la “independencia interna”, que consiste en que cada juez y cada magistrado no sean presionados por las instancias superiores para decidir de determinada manera algún caso. En todo lo anterior tiene que ver la integración y competencia del órgano de gobierno del Poder Judicial,<sup>148</sup> que en México es el Consejo de la Judicatura Federal a nivel justamente federal.

Hay diversos mecanismos institucionales que contribuyen a fortalecer la independencia del Poder Judicial. Por ejemplo, la independencia comienza desde el diseño de los sistemas de nombramiento y promoción; si los mecanismos para ser nombrado juez o promovido en la carrera judicial son objetivos y transparentes, es obvio que la independencia entendida como “no sujeción” del juez a ningún tipo de interés o mandato tanto externo como interno será mucho mayor que en caso contrario. Esto requiere un buen sistema de carrera judicial en el que se definan con precisión los requisitos para los ascensos, se objetivice de la mejor manera posible el cumplimiento de los mismos y se nombren las autoridades encargadas de verificarlo.

<sup>146</sup> Sobre el concepto de independencia judicial puede verse, entre otros, Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 57 y ss.; en general, Simon, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.

<sup>147</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 580.

<sup>148</sup> Ver las interesantes observaciones, referidas al caso español, de Andrés Ibáñez, Perfecto, “Poder Judicial y juez en el Estado constitucional. El sistema de consejo”, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999; dentro de esa misma obra conviene revisar también el ensayo de Pizzorusso, Alessandro, “Medio siglo de Poder Judicial en Italia”, pp. 89 y ss.

De la misma forma, la independencia judicial requiere de un sistema razonable de remuneraciones, de estabilidad o incluso de inamovilidad y mecanismos claros y objetivos de responsabilidad para los encargados de impartir justicia. Con todos esos elementos se puede construir un aparato judicial más o menos independiente. Digo más o menos independiente porque, por más garantías institucionales que se tengan, la independencia de un juez, en última instancia, depende de su propio talante personal y de su voluntad por permanecer ajeno a los intereses de las partes y del objeto del litigio. Si esa convicción personal de imparcialidad no existe es probable que la mayoría de los mecanismos institucionales que se han mencionado para asegurar su independencia sirvan de muy poco.

En relación con el mandato del artículo 17 constitucional en el sentido de que las leyes deben establecer los medios necesarios para la plena ejecución de las sentencias, cabe recordar que el Poder Judicial no tiene medios “físicos” para hacer cumplir sus determinaciones. Requiere del apoyo del Poder Ejecutivo para mandar detener a una persona (a través de las policías ministerial, judicial o preventiva, según las competencias que establezca la ley en cada nivel de gobierno), lo mismo que para ejecutar una pena privativa de la libertad o para llevar a cabo un desalojo cuando los poseedores del inmueble se opongan a la entrega voluntaria del mismo. Por esa razón, el propio texto constitucional establece en el artículo 89 fracción XII como una obligación del presidente de la República “Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones”.

Sobre la ejecución de las sentencias la jurisprudencia no es muy abundante. Se puede citar, de entre las pocas que existen, la siguiente tesis:

SENTENCIAS. SU CUMPLIMIENTO ES INELUDIBLE. De acuerdo al contenido del artículo 17 constitucional, es una garantía la plena ejecución de las resoluciones que dicten los tribunales; en razón de ello, quien queda constreñido al acatamiento de una sentencia no puede pretender eximirse de esa obligación alegando alguna circunstancia ajena a la litis. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis I. 7o. A. 20 K, p. 799.

Cabe mencionar que en los últimos años, en la medida en que el Poder Judicial ha ido conociendo de litigios con gran impacto social, se han acentuado las resistencias a cumplir con sus determinaciones. Algunos actores políticos se han opuesto públicamente a acatar determinaciones judiciales, lo que ha generado en ciertos momentos tensiones considerables. Como consecuencia, en parte, de esas resistencias, ha sido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

Federación el órgano que con más insistencia ha tenido que definir el sentido de lo dispuesto en el artículo 17.<sup>149</sup>

### 5. *Deudas civiles*

El último párrafo del artículo 17 constitucional contiene la prohibición de sancionar con pena de prisión a una persona por deudas de carácter civil. Lo que está haciendo este precepto, entre otras cuestiones, es introducir una distinción fundamental entre las sanciones en materia penal y las sanciones en materia civil (entendiendo la materia civil, tal como se hizo para efectos de la interpretación del párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución, en sentido amplio, es decir, como toda materia que no sea penal, con excepción del derecho fiscal).

En consecuencia, las sanciones que consistan en una privación de la libertad (salvo el arresto hasta por 36 horas previsto como sanción administrativa en el artículo 21 constitucional), solamente se pueden imponer cuando se acredite la comisión de una conducta penal; en materia civil el legislador está obligado a buscar otro tipo de sanciones, por ejemplo sanciones que recaigan sobre los bienes del deudor o sobre el fruto de su trabajo.

El párrafo que se analiza también impone al legislador la prohibición de traducir como penales conductas que solamente tienen consecuencias civiles y, en ese sentido, refuerza los mandatos de proporcionalidad e intervención mínima del derecho penal que deben ser observados en cualquier sistema jurídico democrático. En este sentido, el juez constitucional deberá estar muy atento a la hora de conocer de la impugnación por posible inconstitucionalidad de algunos delitos patrimoniales como el fraude (en algunas de sus modalidades) o la emisión de cheques sin fondos.

La prohibición de privar de la libertad a una persona por deudas civiles tiene antecedentes en el derecho romano.<sup>150</sup> Actualmente se recoge también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 11 dispone que “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 7.7. establece que “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”.

<sup>149</sup> Ver por ejemplo las tesis que se encuentran en TEPJF, *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2002*, México, TEPJF, 2003, pp. 403-405 (en el tomo de tesis relevantes).

<sup>150</sup> Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 428.

## XV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Uno de los principios básicos del derecho penal moderno y del derecho constitucional en la medida en que tiene por objetivo preservar la libertad, es la presunción de inocencia. Se trata de una cuestión central para cualquier análisis que se quiera hacer del sistema de derechos fundamentales que rige en México.

La presunción de inocencia significa, para decirlo de forma sintética, que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia firme de autoridad competente en la que se le tenga como responsable de la comisión de un delito. A partir de esa presunción se deben desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista, se le causen las menores molestias posibles al inculpado, sobre todo mientras dura el juicio en su contra. Por ejemplo, la presunción de inocencia obliga al legislador a limitar la posibilidad de la prisión preventiva a aquellos casos verdaderamente graves, en los que la persona que ha sido detenida supone un riesgo cierto y objetivo para la comunidad.

Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta:

—si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.<sup>151</sup>

Como se dijo, la restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. El mismo Ferrajoli señala:

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 549.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 559.

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, se deben encontrar fórmulas de redacción de los correspondientes artículos constitucionales que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que en caso contrario se estaría anulando el principio de supremacía constitucional. No haría falta decirlo, si no fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 constitucional, que deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión.<sup>153</sup> Es decir, el artículo 20 permite la libertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que se puede negar; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad? ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo a un derecho fundamental —el de libertad, nada menos— en manos del legislador ordinario? Parece que este es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución.

Como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal, el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal; en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasiconstitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expues-

<sup>153</sup> También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual sólo se podrá decretar “por delito que merezca pena corporal; los que se encuentren en prisión preventiva permanecerán separados de quienes ya han sido sentenciados”.

to a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.<sup>154</sup>

El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone en su párrafo primero que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En el mismo sentido, el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

En el texto constitucional mexicano la presunción de inocencia no está expresamente reconocida, aunque puede entenderse que está presente *a contrario sensu* a partir de la interpretación de las normas constitucionales que establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad.

La jurisprudencia ha reconocido que la presunción de inocencia está implícitamente reconocida en el texto constitucional, según se establece en la siguiente tesis:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corres-

<sup>154</sup> “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, cit., p. 112.

ponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, p. 14.

## XVI. LA PENA DE PRISIÓN Y LA CERCANÍA CON EL DOMICILIO

Aunque, como se dijo al inicio de este capítulo, no se abordarán las cuestiones que prevé la Constitución en materia penal, hay un tema sobre el que quisiera hacer una breve mención debido a su carácter novedoso y a la significación garantista y humanista que contiene. Antes de abordarlo conviene realizar algunas consideraciones generales sobre la pena de prisión.

La privación de la libertad como consecuencia de la comisión de un delito es una de las sanciones (quizá la más extendida en la actualidad) que impone el moderno derecho penal. Su uso no siempre ha existido, ya que en otros tiempos han predominado otro tipo de sanciones penales. La historia de las penas es uno de los capítulos más oscuros del Estado moderno y ha sido escenario tradicional de violación de los derechos fundamentales. Como lo afirma Luigi Ferrajoli,<sup>155</sup>

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno... el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos... Se puede decir que no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia... si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la

<sup>155</sup> *Derecho y razón, cit.*, pp. 385-387.

historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos...

Actualmente la prisión como pena está siendo objeto de severas críticas, sobre todo porque no parece cumplir con la misión que, al menos en México, la Constitución le encomienda: la readaptación social de quienes han delinquido. A su inutilidad, hay que sumar que la prisión supone una serie de violencias agregadas a la propia privación de la libertad que los reos deben soportar. Son comunes los maltratos físicos y psicológicos en las prisiones, en donde abundan los intentos de suicidio, las violaciones, los homicidios y el tráfico de todo tipo de bienes y sustancias lícitos e ilícitos. Por eso es que algunos autores han señalado la necesidad de reducir el uso de la prisión como pena y acudir a otros mecanismos sancionadores, por un lado, y también avanzar hacia una reducción sustancial del tiempo de duración de las condenas, que actualmente en México pueden alcanzar la desproporcionada cifra de 50 o hasta 60 años. Ferrajoli ha propuesto que ninguna pena de prisión supere el término de diez años.<sup>156</sup>

En el derecho internacional de los derechos humanos hay varias referencias interesantes sobre el tema de la privación de la libertad. Por ejemplo, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que

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

2. A) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

B) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y a su condición jurídica.

El hecho de que el artículo que se acaba de transcribir tenga un contenido parcialmente idéntico al de nuestro artículo 18 constitucional significa que la Constitución mexicana ha adoptado parámetros internacionalmente aceptables en materia de derechos de las personas privadas de su libertad, pero también significa que el hecho de que esos derechos no sean respetados no es solamente

<sup>156</sup> *Ibidem*, pp. 414 y 415.

una cuestión interna, sino que incluso puede acarrear responsabilidades internacionales.

Para interpretar correctamente el artículo 10 del Pacto se debe atender a lo que señala la Observación General número 21 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, emitida en 1992.<sup>157</sup>

Pasemos ahora a estudiar el tema concreto que, dentro del conjunto del artículo 18 constitucional, tiene interés para efecto de nuestra exposición.

El párrafo sexto del artículo 18 constitucional dispone lo siguiente: “Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.

El párrafo transcrito fue introducido por la llamada reforma constitucional “en materia indígena”, publicada el 21 de agosto de 2001 en el *Diario Oficial de la Federación*. En realidad, como se desprende claramente de su texto, el párrafo mencionado no se refiere en exclusiva a los indígenas, sino que protege y beneficia a todos los habitantes de México. Es uno de los aspectos más positivos, al menos en su intención, que contiene la reforma constitucional mencionada.

Algunas de las iniciativas de reforma constitucional que se habían generado en los últimos años también en materia indígena y que finalmente no fueron aprobadas, asignaban el beneficio de la cercanía al domicilio durante la compurgación de la pena solamente a los propios indígenas.<sup>158</sup> Hay que juzgar como algo positivo el hecho de que el texto finalmente aprobado se haya considerado que debía ser una prerrogativa de todos y no solamente de los indígenas (lo cual, evidentemente, no excluye a estos últimos).

Conviene subrayar que el texto del artículo 18 se refiere solamente a los sentenciados, no a quienes se encuentran en prisión preventiva en espera de recibir una resolución judicial definitiva.<sup>159</sup>

La posibilidad de cumplir con las penas privativas de la libertad en los establecimientos más cercanos a su domicilio tiene muchas ventajas y ayuda significativamente a propiciar las condiciones para la vuelta de los reos a su comu-

<sup>157</sup> Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 432-435.

<sup>158</sup> Tal es el caso de las iniciativas de la COCOPA de noviembre de 1996, la de Ejecutivo Federal de marzo de 1998 y la del PAN también de marzo del mismo año; no así la del PVEM presentada en el mismo mes y año que las dos últimas.

<sup>159</sup> García Ramírez, Sergio, “Artículo 18”, en VV.AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., t. I, México, UNAM, Porrúa, 2003, pp. 286 y 287.

nidad. Entre las ventajas más importantes se encuentra la de que puedan ser visitados por sus familiares, cosa que se dificulta de manera importante si el reo está lejos de donde vive su familia. Mantener el contacto con los familiares y amigos es una prerrogativa que siempre debe incentivarse y que redundará en un mayor bienestar físico y síquico para los internos en un establecimiento penitenciario.

La cercanía con el domicilio hace posible que se lleve a cabo con normalidad la visita íntima y la convivencia frecuente con los cónyuges y familiares. La misma disposición beneficia también a las familias de los reos, las cuales tienen que soportar una carga añadida si para verlos deben hacer largos recorridos; la lejanía del domicilio comporta un aumento de los gastos y sacrificios por razón de desplazamiento, los cuales se vienen a sumar a los otros gastos y sacrificios que siempre acompañan a la privación de la libertad de un familiar, sobre todo en un contexto penitenciario tan profundamente corrupto como el mexicano.

Una cuestión que llama la atención en el nuevo texto es el hecho que, al menos en su literalidad, el artículo 18 considera potestativo el acercamiento de los sentenciados a su domicilio. La consecuencia es que, de acuerdo con García Ramírez, para realizarlo se deberá de contar con la voluntad tanto de la autoridad como del preso.<sup>160</sup>

Desde mi punto de vista, puesto que los primeros 29 artículos de la Constitución consagran derechos para los individuos y no medidas graciosas (o arbitrarias, según se vea) para las autoridades, basta con la voluntad del interno, sin que la autoridad se pueda oponer a ella, a menos que con el traslado se pueda poner en riesgo algún otro bien de rango constitucional (como lo es el mandato de readaptación social previsto en el párrafo segundo del mismo artículo 18). El propio García Ramírez parece reconocerlo cuando afirma que, en términos generales, con la reforma de 2001 “ha surgido un derecho, una garantía individual más, a favor de los sentenciados”.<sup>161</sup>

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 288.

## XVII. LA PENA DE MUERTE

El artículo 22 constitucional hace referencia a la pena de muerte en su cuarto párrafo cuyo texto establece:

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 o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

La lucha contra la pena de muerte es uno de los temas más clásicos dentro del ámbito de los derechos humanos. En el fondo, su erradicación en los países democráticos se inscribe en un proceso de más largos alcances que tiene por objeto la humanización del sistema penal en su conjunto y de las penas en particular.

La pena de muerte ha estado presente en varios momentos de la historia constitucional de México. Por ejemplo, en el artículo 181 de las Bases Orgánicas de 1843 se disponía que “La pena de muerte se impondrá sin aplicar ninguna otra especie de padecimientos físicos que importen más que la simple privación de la vida”. En la Constitución de 1857 se anuda la prohibición de la pena de muerte con el establecimiento de un sistema penitenciario; su artículo 23 establecía lo siguiente:

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.

El tema de la pena de muerte fue objeto de algunos debates en el Congreso Constituyente de 1916-1917. Para algunos diputados constituyentes era obvio que la pena de muerte no debía permitirse en el texto constitucional. Así, el diputado De los Ríos en una memorable intervención señaló que

En la conciencia de todos los hombres avanzados, en el criterio de todos los hombres liberales y rectos está ya escrita la abolición de la pena de muerte, por inútil y por injusta... la pena de muerte no se apoya en ningún derecho, no es sino una guerra declarada por la nación a un ciudadano... si las leyes son hechas para dulcificar las costumbres, si ese es su objeto, ¿cómo se va a pretender, señores, que se mate castigando al asesino?, ¿no es absurdo pensar que se pueda ordenar una muerte pública

para prohibir a los ciudadanos el asesinato?, ¿qué se debe pensar mirando a los sabios magistrados, a los ministros encargados de la justicia mandar a la muerte a un reo con indiferencia, con tranquilidad, con ceremonia?

Al diputado Cravioto le preocupaba que la pena de muerte se pudiera imponer también a los culpables del delito de violación y que se extendiera a menores de edad y mujeres. El diputado Heriberto Jara sostuvo que “cuando en un país se echa mano a la pena de muerte con mayor frecuencia, cuando se suceden casi a diario las ejecuciones, eso indica debilidad, porque no se cuenta con otro remedio que privar de la vida al que delinquirió”. Finalmente, el artículo 22 fue objeto de dos votaciones; en la primera para aprobar el texto en los términos en que se encuentra actualmente (salvo las reformas que se han sucedido con posterioridad a 1917, como es obvio) y otra con la propuesta de incluir el delito de violación como conducta sancionable también con pena de muerte. La primera su aprobada por 110 votos a favor y 71 en contra. La segunda fue derrotada por 119 votos en contra y 58 a favor.

Cabe recordar que, a lo largo de la historia del derecho penal, la pena de muerte se ha aplicado de muchas formas, con una crueldad muy difícil de entender e imposible de justificar. Su ejecución se ha producido por lapidación, por la hoguera, por desmembramiento, por enterramiento en vida, etcétera.<sup>162</sup> Como señala Luigi Ferrajoli, “la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares”.<sup>163</sup>

Actualmente, aunque podría parecer un tema ya suficientemente discutido y hasta agotado, la pena de muerte sigue teniendo sus defensores y, por desgracia, todavía se aplica en muchos países. Quienes la defienden consideran que es una medida eficaz para combatir la delincuencia y que es necesaria para defender a la sociedad de los delincuentes. Es obvio que ninguno de esos argumentos es verdadero; todas las evidencias empíricas demuestran que en aquellos países donde la pena de muerte se aplica no han disminuido los índices

<sup>162</sup> Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, en Díaz-Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, INACIPE, 2003, p. 31.

<sup>163</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, p. 386.

delictivos. Los defensores de esta pena más bien intentan disfrazar sus deseos de venganza con tintes de legalidad.<sup>164</sup>

Hay muchos argumentos en contra de la pena de muerte. Intentaré resumir a continuación algunos de ellos.<sup>165</sup> La pena de muerte es

- Éticamente reprochable;
- Contraria a los fines que deben tener las penas en un Estado de derecho, ya que no es compatible ni con los fines de prevención general ni con los de prevención especial;
- Es irreversible e irreparable, con lo cual causa un daño que no toma en cuenta el dato esencial de la falibilidad de la administración de justicia (como de todo lo humano);
- Es un acto de venganza propio de las sociedades premodernas;
- Constituye una sanción también para los familiares;
- No respeta la máxima kantiana según la cual toda persona debe ser tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio para lograr cualquier tipo de objetivo; la imposición de la pena de muerte busca lograr objetivos que van más allá de la propia persona sentenciada.

Las cuestiones que tenemos que abordar luego de haber realizado las consideraciones precedentes son: *a*) qué establece el artículo 22 en relación con la pena de muerte; y *b*) qué disponen los tratados internacionales en la materia.

Sobre el significado del artículo 22, Olga Islas ha señalado con mucha precisión que establece las siguientes prohibiciones:<sup>166</sup>

- Se prohíbe expresamente la instauración por vía legislativa de la pena de muerte para delitos políticos.
- Se prohíbe implícitamente al legislador instaurar la pena de muerte para delitos distintos de los enumerados en el propio artículo 22.
- Se prohíbe expresamente al juzgador (haciendo una interpretación armónica de los artículos 22 y 133 última parte) aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con los delitos políticos;

<sup>164</sup> Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, *cit.*, p. 36.

<sup>165</sup> Sigo, en lo general, la exposición de Islas de González Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, *cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 58.

- Se prohíbe expresamente al juzgador aplicar la pena de muerte que el legislador, violando la prohibición del artículo 22, haya instaurado en relación con delitos distintos a los mencionados por ese precepto.
- Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito político.
- Se prohíbe expresamente al órgano encargado de realizar la ejecución cumplir con la condena de pena muerte por algún delito distinto a los previstos en el artículo 22 constitucional.

Lo que sí autoriza el artículo 22 es que por mandato legislativo se pueda establecer la pena de muerte para los delitos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, por plagio, al salteador de caminos, al pirata y por delitos graves del orden militar. Se trata de una “habilitación” para el legislador, pero no de un mandato. Es decir, la Constitución le permite al legislador imponer la pena de muerte como sanción para quienes cometan esa conducta, pero no lo obliga a que tome esa determinación. Puede no tomarla, tal y como sucede en todos y cada uno de los códigos penales de la República mexicana, incluyendo el Código Penal Federal. Solamente en la legislación punitiva castrense se prevé actualmente la pena de muerte como sanción por la comisión de algunos delitos graves del orden militar.

En cuanto a la legislación internacional, el dato más relevante para México se encuentra en el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Su texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente:

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 pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren 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.

Me parece que para los efectos de una correcta comprensión de la pena de muerte en México, hay que reparar especialmente en dos aspectos: *a)* en el contenido del párrafo 3; y *b)* en la última frase del párrafo 2 que señala que “Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

¿Cómo debemos entender que la pena de muerte no se puede restablecer cuando ya ha sido abolida y qué efectos tiene en México ese mandato? Si, como ya se ha dicho, los únicos supuestos en que la legislación penal todavía contempla la pena de muerte en México se encuentran en el Código de Justicia Militar, debemos entender que para el resto de delitos que menciona el artículo 22 constitucional la pena de muerte ha sido abolida. Por tanto, México se ha obligado internacionalmente a no reinstaurarla en esos casos.<sup>167</sup>

En segundo lugar, cabe preguntarse ¿qué significado hay que darle a la prohibición de que la pena de muerte no se extienda a delitos a los que actualmente no se aplique prevista en el párrafo 2 última parte? En buena medida este mandato contribuye a reforzar la prohibición del párrafo 3, pero creo que añade algo al utilizar el concepto de “aplicación”; me parece que podemos sostener que una pena no se aplica cuando deja de ser impuesta y/o ejecutada durante un tiempo razonable. Si eso sucede, la Convención nos indica que no podría volver a aplicarse. En virtud de que la última vez que fue ejecutada una sentencia de pena de muerte en México fue el 17 de junio de 1957,<sup>168</sup> parece que habría algún argumento para considerar que nuestro país ya se ha situado en el supuesto de la última parte del párrafo 2 del artículo 4o. de la Convención Americana. En ese caso, ya para ningún supuesto podría volver a imponerse la pena de muerte y habría que considerar los preceptos del Código de Justicia Militar que la contemplan como contrarios a la Convención Americana y por ello contrarios también a la Constitución a la luz del criterio del Pleno de la Suprema Corte sobre jerarquía normativa de los tratados internacionales recogido en la tesis 77/99.

Desde luego, para que no cupiera ninguna duda sobre la posibilidad o imposibilidad de que se imponga la pena de muerte en los delitos para los que todavía está contemplada, sería importante acometer una reforma del artículo 22, cuyo contenido ha sido el tiempo el que lo ha desacreditado y superado antes que cualquier otro factor: términos como los de “pirata”, “incendiario” o “saltador de caminos” quizá pudieran tener algún significado hace un par de si-

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>168</sup> Díaz-Aranda, Enrique, “Contra la pena de muerte”, en Díaz-Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Pena de muerte*, *cit.*, p. 66.

glos, pero desde luego que no pueden tenerlo en absoluto para nuestros contemporáneos ordenamientos jurídicos.

### XVIII. EL DERECHO DE PROPIEDAD (ARTÍCULO 27)

El derecho de propiedad es un importante punto de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga del derecho a la propiedad dependerá la definición del sistema económico (capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de otros derechos. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica.

De su importancia deriva seguramente el hecho de que las normas sobre la propiedad hayan sido casi siempre manipuladas por los grandes factores reales de poder; como lo señala Alejandro Nieto, “parece evidente que las normas relacionadas con la propiedad, más que ningunas otras, son especialmente sensibles a las influencias de unos grupos económicos, que no sólo provocan la creación de tales normas, sino que imponen su permanencia y controlan su aplicación práctica”.<sup>169</sup> Y si esto es verdad para todas las normas jurídicas, de cualquier tipo y nivel, que regulan a la propiedad, lo es todavía más en el caso de las normas constitucionales que la contemplan.

La propiedad como objeto de regulación de los textos constitucionales aparece desde las primeras etapas del Estado constitucional; basta recordar que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “El derecho de propiedad es el que tiene todo ciudadano para gozar, disponer, de acuerdo con su criterio, de sus bienes, de sus ganancias, del fruto de su trabajo y de su laboriosidad”. Antes incluso, la Declaración de 1789 dedicaba dos artículos a la propiedad. En su artículo 2o. se incluía a la propiedad entre los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión; por su parte, el artículo 17 de la misma Declaración de 1789 establecía el que seguramente es uno de los primeros antecedentes de la expropiación, al menos consagrado a nivel supra-legal; según este precepto: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando lo exija evidentemente la

<sup>169</sup> Nieto, Alejandro, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, CEPC, 2001, p. 263.

necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización justa y previa”.

Para algunos pensadores del siglo XIX, la propiedad era un requisito para ejercer otros derechos, como los derechos políticos. En esta tesitura se ubicaba Benjamín Constant, quien escribió en su obra *Principios de política* de 1815 que

En las sociedades actuales el nacimiento en el país y la madurez en la edad no son suficientes para conferir a los hombres las cualidades apropiadas para el ejercicio de los derechos de ciudadanía. Aquellos a quienes la indigencia retiene en una eterna dependencia y les condena a trabajar todos los días, saben tanto de los asuntos públicos como los niños y no tienen más interés que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuya composición desconocen y cuyas ventajas no comparten más que de manera indirecta... Hace falta, pues, otra condición además del nacimiento y de la edad prescrita por la ley. Esa condición es el ocio. Sólo la propiedad asegura ese ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capaces para el ejercicio de los derechos políticos.

En el caso del sistema jurídico mexicano el estudio del derecho de propiedad presenta algunas dificultades añadidas a las que el tema tiene en general en todos los países democráticos. Sucede que el tema de la propiedad ha generado en México muchos de los más sangrientos conflictos en la vida del país. Los enfrentamientos por la posesión y la propiedad de la tierra han sido una constante desde que México nace como nación independiente y todavía perduran hasta nuestros días. Eso ha generado diversas consecuencias para el sistema jurídico constitucional; así, llama la atención la detallada regulación que sobre el tema contiene el artículo 27. Estudiar en todo su alcance esa regulación sería una tarea muy compleja y que excede los límites de un análisis sobre los derechos fundamentales. En gran medida, corresponde al derecho agrario estudiar el régimen constitucional de la propiedad, sobre todo en su modalidad colectiva y comunal, así como los mecanismos para el reparto de la tierra y para solucionar los conflictos que surjan en torno al tema. De la misma forma, una parte sustancial del derecho de propiedad corresponde a la rama del derecho civil. La propiedad de bosques y aguas es objeto de análisis del derecho administrativo en sus diferentes ramas (derecho forestal, derechos de aguas, etcétera). Para efecto de nuestro estudio nos detendremos solamente en algunas cuestiones básicas del artículo 27, como lo relativo a la propiedad privada y sus “modalidades”, y el tema de la expropiación.

El artículo 27 establece la llamada “propiedad originaria” en su primer párrafo, cuyo texto es el siguiente: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde origina-

riamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

Como se puede apreciar, el texto del artículo 27 no contempla a la propiedad privada como un derecho fundamental, sino más bien como una garantía institucional, es decir, como una institución que deberá prever el legislador, respetando los rasgos que la definen según la costumbre y la teoría que sean aplicables.

En su tercer párrafo el artículo 27 dispone que “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”. Sobre el concepto de “modalidades a la propiedad”, los elementos que las configuran y las autoridades competentes para establecerlas, la jurisprudencia ha sostenido los siguientes criterios:

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE. Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho. Son, pues, elementos necesarios para que se configure la modalidad, primero, el carácter general y permanente de la norma que la impone y el segundo, la modificación sustancial del derecho de propiedad en su concepción vigente. El primer elemento requiere que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, que introduzca un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una situación jurídica estable. El segundo elemento implica una limitación o transformación del derecho de propiedad; así, la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los efectos de la modalidad que se imponga a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 157-162, primera parte, séptima época, pleno, p. 315.

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN NO ES EL ÚNICO FACULTADO PARA IMPONERLAS, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si bien es cierto que el Congreso de la Unión está facultado legalmente para imponer las modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera

tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio *lex rei sitae*, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación. Así, al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las legislaturas locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, primera sala, tesis 1a. XLII/2000, p. 256.

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volúmenes 157-162, primera parte, página 315, de rubro: “PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE”, estableció que por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. De lo anterior puede estimarse que la imposición de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta, de manera que sólo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, la imposi-

ción de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, novena época, primera sala, tesis 1a. XLI/2000, p. 257.

El segundo párrafo del artículo 27 contempla la muy conocida figura de la “expropiación por causa de utilidad pública”, en los siguientes términos: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”. El procedimiento para llevar a cabo las expropiaciones está establecido en la Ley de Expropiación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de noviembre de 1936.

La jurisprudencia ha reconocido que la facultad de expropiar corresponde tanto a la Federación como a las entidades federativas, según lo que se disponga en las respectivas leyes de la materia.<sup>170</sup> También se ha sostenido el criterio de que en materia de expropiación no rige el derecho de audiencia previa, según la siguiente tesis:

EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE. En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia carta magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia ley fundamental. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, novena época, pleno, p. 44.

Respecto a la utilidad pública como requisito para llevar a cabo la expropiación la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

UTILIDAD PÚBLICA. (EXPROPIACIÓN.) Solamente la hay cuando en provecho común se sustituye la colectividad, llámese municipio, estado o nación, en el goce de la cosa expropiada. No existe cuando se priva a una persona de lo que legítimamente le pertenece para beneficiar a un particular, sea individuo, sociedad o corporación, pero siempre particular. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 182, p. 42.

<sup>170</sup> Ver *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1995*, t. III, parte SCJN, quinta época, p. 43.

El artículo 27 constitucional establece diversas incapacidades para ser titular del derecho de propiedad privada. Así lo señala en su fracción I:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los poderes federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

También existen reglas especiales para la propiedad de las asociaciones religiosas (artículo 27, fracción II), de las instituciones de beneficencia (fracción III), de las sociedades mercantiles (fracción IV) y de los bancos (fracción V).

## XIX. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- AGUIRRE NIETO, Marisa, “El derecho de la información como ciencia”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Constitución, democracia y control*, México, IJ-UNAM, 2002.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
- BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Derecho a la información. Legislación básica*, Porrúa, 2003.

- , “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- DALLA VIA, Alberto y BASTERRA, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Pena de muerte*, México, UNAM, INACIPE, 2003.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991 (reimpresión).
- , “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, ITAM, UNAM, 2002.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Madrid, Tecnos, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la información*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2001.
- , “El proceso de configuración del derecho a la información”, en BEL MALLÉN, Ignacio y CORREDOIRA, Loreto (coords.), *Derecho de la información*, Barcelona, Ariel, 2003.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994.
- , *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.
- , *De la arbitrariedad de la administración*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., trad. de Perfecto Andrés y otros, Trotta, Madrid, 2002.
- , “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en CARBONELL, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

- , “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, ITAM, IFE, 2003.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas, 2002.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Artículo 17”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003, t. I.
- y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, IJ-UNAM, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IJ-UNAM, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- , *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GAVALDÁ, J., Bernardo, J. M. y PELLISSER, N. (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “La ley argentina de protección de datos personales y *habeas data*”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., Turín, vol. IX, 1994.
- , *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Fontamara, 2003.
- JENNEN, Susan M., *Privacy and Public Access to Electronic Court Information*, Williamsburg, National Center for State Courts, 1995.

- LAPORTA, Francisco, “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- , “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Artículo 6o.”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, t. I.
- , “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- MALEM, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.
- MORESO, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.
- MÚÑOZ DE ALBA, Marcia, “*Habeas data*”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado y en Estados Unidos”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003.
- OTTO, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- , “Costas procesales”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. II, México, UNAM, Porrúa, 2002.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, AD-HOC, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio, “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 138, diciembre de 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- , “Seguridad jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- PRIETO, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- , “La limitación constitucional del legislador penal”, en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

- RUBIO, Luis, *La democracia verdadera. Información, ciudadanía y política pública*, México, Cal y Arena, CIDAC, 1998.
- SABA, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.
- SIMON, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.
- STIGLITZ, Joseph E., “Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público”, en GIBNEY, Matthew J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2000.
- VEGA, Pedro de, “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 43, 1985.
- VILLANUEVA, Ernesto (comp.), *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- , “Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación del caso mexicano desde la perspectiva comparada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2003.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.