

LA JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL DE LA PRIMERA  
SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.  
REPORTE DEL AÑO JUDICIAL DE 2005

José Antonio CABALLERO JUÁREZ  
Carlos F. NATARÉN NANDAYAPA \*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Criterios de jurisprudencia con incidencia en la etapa de averiguación previa*. III. *Preinstrucción*. IV. *Instrucción y juicio*. V. *Colofón*.

I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El presente trabajo de investigación pretende hacer un recuento sobre los criterios que en materia penal la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció durante el año de 2005. Sobre este punto nos interesa destacar que el análisis contenido en este trabajo se ha hecho desde dos niveles. En primer término, el estudio realiza una recapitulación sobre *el contenido* de los criterios de jurisprudencia que, desde nuestra perspectiva, tienen mayor trascendencia para configurar el proceso penal federal en México.<sup>2</sup> Es justamente esta característica —la tras-

\* Investigadores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Los autores desean agradecer el apoyo de Roberto Negrete Romero, becario del Instituto, en la realización de este trabajo.

<sup>1</sup> Los autores deseamos dedicar el presente trabajo con un sencillo homenaje a doña Olga Islas de González Mariscal, quien indudablemente es paradigma de la universitaria comprometida en la transformación de nuestro país y, para aquellos que tenemos el privilegio de convivir con ella, ejemplo de que la excelencia académica no está reñida con la calidad humana, sino que, en este caso, es directamente proporcional.

<sup>2</sup> Reiteraremos al lector que, derivado de los límites propios inherentes al presente trabajo, no se comentan todas las resoluciones jurisprudenciales, sino únicamente las que desde nuestra perspectiva son las más importantes.

endencia o importancia— la que determina el segundo nivel del análisis propuesto, ya que nos enfocamos en *los efectos* del establecimiento de estos criterios de jurisprudencia. En otras palabras, la pregunta que se busca responder es la siguiente: *¿cómo es* el proceso penal que se configura de acuerdo con los criterios de interpretación emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

Derivado de lo anterior, nuestro trabajo no pretende ser un comentario jurisprudencial de cada una de las tesis que se analizan. Lo que se pretende es realizar una evaluación global, del resultado en su conjunto. Por esta razón, aunque muchas de las tesis en sí mismas ameritan un análisis detallado — y no descartamos realizarlo en algunos casos en un futuro próximo— simplemente se hace una síntesis de contenido de la resolución, así como una referencia a su *ratio decidendi*.

Para tal efecto, el análisis se realizará dividiendo las tesis según su incidencia en cada una de las tres fases de la primera instancia del procedimiento penal, es decir, la averiguación previa, la preinstrucción, y, finalmente, la instrucción y el juicio. Deseamos aclarar que en este punto nos sujetamos a la terminología que tradicionalmente se ha utilizado en México, y que está reflejada en los códigos y leyes procesales; sin embargo, deseamos destacar que estas fases, en líneas generales, coinciden con las etapas procesales de *instrucción*, *etapa intermedia* y *etapa del juicio oral* de otros ordenamientos jurídicos cercanos a nuestra tradición jurídica. De igual forma, no desconocemos la posición de la doctrina mexicana que excluye a la etapa de investigación —al estar completamente bajo el control y la dirección de la autoridad administrativa— del proceso penal, no obstante, y sin desear entrar en polémicas, en nuestro análisis incluimos a la averiguación previa por un motivo práctico: es indudable que los actos desarrollados dentro de esta etapa condicionan el rumbo del proceso penal (además de que es en esta etapa donde la práctica ha desarrollado las mayores inequidades entre las partes).

## II. CRITERIOS DE JURISPRUDENCIA CON INCIDENCIA EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PREVIA

En este apartado centraremos nuestros comentarios en cinco tesis emitidas por la Sala Primera. Nos referimos a las tesis que están numeradas co-

mo 1a. J. 52/2005,<sup>3</sup> 1a. J. 70/2005, 1a. J. 153/2005 y 1a. J. 154/2005, así como a la 1a. CC/2005. Siguiendo el orden de su establecimiento analizaremos cada una de ellas.

1. *1a. J. 52/2005*,<sup>4</sup> *ponente: ministro Silva Meza*

Iniciaremos señalando que este criterio de jurisprudencia se establece al resolver la contradicción de tesis 150/2004-PS surgida entre los tribunales

<sup>3</sup> En la tradición jurídica mexicana no existe una forma de citar la jurisprudencia que sea práctica y, al mismo tiempo, unánimemente aplicada. En efecto, la cita de jurisprudencia en la que se repiten todos los datos que se contienen en el apartado denominado “localización” del sistema IUS de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación es engorrosa. Al respecto, nos parece que dado que incluir todos los datos no es una solución práctica, en este trabajo utilizaremos sólo uno de los datos que se incluyen en la mencionada “localización”. Nos referimos al reglón denominado “tesis”, mismo que permite ubicar el órgano jurisdiccional que emite la resolución (tribunal colegiado o Suprema Corte de Justicia de la Nación), si el criterio constituye jurisprudencia o es una tesis aislada, y el número de la misma. De esta forma, al citar XVIII.2o.7.C nos referimos a las tesis aislada número siete en materia civil del Segundo Tribunal Colegiado del XVIII Circuito; de igual forma, al citar 1a. J. 52/2005 nos referimos a la tesis de jurisprudencia número 52 del año de 2005 establecida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>4</sup> AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ACCESO A SUS ACTUACIONES POR LAS PARTES LEGITIMADAS PARA ELLO, NO IMPLICA EL DERECHO A QUE SE LES EXPIDAN COPIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES). La fracción VII del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en beneficio de todo inculpado sujeto a un proceso penal el derecho a una defensa adecuada, lo cual implica que se le faciliten los datos que consten en aquél y que requiera para su defensa. Ahora bien, conforme a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996, mediante la cual se adicionó un párrafo cuarto a la fracción X del citado precepto constitucional, las garantías previstas en sus fracciones VII y IX, que en un principio sólo eran aplicables durante la tramitación del proceso penal, también fueron incorporadas a la averiguación previa, aunque limitándose a lo establecido en las leyes secundarias. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que las únicas personas que tendrán acceso a las actuaciones de la averiguación previa serán el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, en caso de que los hubiera, y establece que el funcionario que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación incurrirá en responsabilidad; de donde se advierte que el Ministerio Público está impedido para otorgar dichas copias, lo cual es acorde con la garantía de defensa contenida en las fracciones VII y IX del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, en tanto que ésta dispone que tratándose de la averiguación previa, dicha garantía se otorgará con las limitantes,

colegiados Primero del Noveno Circuito y Primero en Materia Penal del Séptimo Circuito. Esta resolución se adopta por mayoría de tres votos, frente al voto en contra del ministro Cossío (la sesión se realiza con la ausencia del ministro Gudiño). Esta tesis es especialmente relevante en lo que respecta a la determinación del contenido esencial del derecho a la defensa jurídica. En efecto, el objeto de la contradicción — es decir, el objeto del proceso— lo constituye la decisión acerca de la posibilidad de otorgar copias (cualesquiera, certificadas o simples) de la averiguación previa al imputado o a su defensor. En otras palabras, se interpreta la fracción VII del apartado A del artículo 20 de la CPEUM, en combinación con el último párrafo del mismo apartado —que extiende estas garantías a la averiguación previa, con la salvedad de los requisitos y límites de la ley— para decidir si es procedente la entrega de una copia de la averiguación previa al imputado.

Al respecto, en la presente tesis, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no es procedente entregar copias a la defensa. La resolución señala que derivado de lo establecido en la misma CPEUM, las garantías contenidas en el apartado A del artículo 20 de la CPEUM siempre se encontrarán sujetas a los parámetros legales. Así, en consecuencia, se afirma que la garantía del derecho a la defensa se encuentra sujeta a los límites que se deriven de su regulación en el CFPP. Ahora bien, este ordenamiento en su artículo 16 establece que existe responsabilidad para el servidor público que no proteja la reserva de la investigación, de lo que se deduce que no es posible para el Ministerio Público otorgar copias de la averiguación previa, puesto que esto no aseguraría la reserva. De esta forma, se concluye que, siempre que se permita, al imputado o a su defensor, el acceso a las actuaciones de la averiguación previa en la propia

con las limitantes, términos y requisitos que las leyes secundarias determinen, es decir, si bien es cierto que las partes tienen derecho a que se les proporcione toda la información que requieran para su defensa, también lo es que el hecho de que el Ministerio Público no pueda proporcionar copias —en aras de proteger la reserva de las actuaciones—, en nada restringe el aludido derecho, pues aun cuando no se les proporcionen copias, el referido artículo 16 prevé que podrán tener acceso a las actuaciones de las que se podrán tomar todos los datos que estimen indispensables. De manera que si la fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional no exige que los datos solicitados por el inculcado, su defensor y la víctima y ofendido y/o su representante legal, para preparar su defensa y que consten en la averiguación o en el proceso, sean pedidos precisamente por escrito y ministrados en forma de copias simples o certificadas, basta que el expediente respectivo sea puesto a la vista de las partes para que puedan consultarlo.

agencia del Ministerio Público, la garantía de defensa no es vulnerada al no otorgar copias.

2. *1a. J. 70/2005*,<sup>5</sup> ponente: ministro Silva Meza

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 16/2005-PS, sostenida entre el tribunal Primero del Tercer Circuito y los tribunales Primero y Segundo, ambos de lo penal del Cuarto Circuito. Es resuelto por unanimidad de todos los miembros de la sala. En lo esencial se discuten dos cuestiones: el alcance de las facultades del Ministerio Público para revisar el cumplimiento de los requisitos de las querellas interpuestas por funcionarios públicos, y, sobre todo, esta contradicción determina cuáles son los *presupuestos* procesales (no confundir con requisitos) a cumplir por los funcionarios públicos al realizar dichos actos procesales.

Es evidente que la cuestión discutida remite a la jurisprudencia del siglo XIX, en específico a la tesis de la incompetencia de origen.<sup>6</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación mantiene la línea trazada por Vallarta y determina que en los supuestos de querella interpuesta por funcionario público, el Ministerio Público sólo debe constatar si éste se encuentra facultado, no la legitimidad de su nombramiento.

<sup>5</sup> QUERRELLA FORMULADA POR UN SERVIDOR PÚBLICO. PARA EFECTOS DE VERIFICAR SU LEGITIMACIÓN, EL MINISTERIO PÚBLICO SÓLO DEBE CERCIORARSE DE QUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE SE LO PERMITA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE ANALIZAR LAS FACULTADES DE QUIEN LE OTORGÓ SU NOMBRAMIENTO. La presentación debida de la querella es un presupuesto procesal indispensable en los delitos perseguibles a petición de parte, por lo que es evidente que cuando un servidor público la formule, el Ministerio Público, para poder ejercitar la acción penal, sólo debe cerciorarse de que aquél está legitimado para ello en términos de la normativa específica que regule su actividad, sin que ello implique verificar la legitimidad de su nombramiento como tal, esto es, si el funcionario que lo designó en el cargo estaba facultado para hacerlo, pues ese requisito no lo exige el artículo 119 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual sólo obliga a la representación social receptoraria de una querella por escrito a que se cerciore de la identidad del querellante, de que éste está legitimado para formular querellas, y de la autenticidad de los documentos en que aparezca formulada y en los que se apoye ésta; de ahí que baste con que la legislación aplicable le permita al servidor público formular querella para que se tenga por cumplido el requisito de la legitimación.

<sup>6</sup> Al respecto puede verse el amparo Morelos. De hecho esta tesis, como ha sido analizado, sustentó el Plan de Salamanca. Al respecto *cfr.* Moctezuma Barragán, *José María Iglesias y la incompetencia de origen*, México, UNAM, 1996.

### 3. 1a. CC/2005,<sup>7</sup> ponente: ministro Silva Meza

Ésta es una tesis que no establece jurisprudencia obligatoria al provenir del recurso de revisión 808/2005; sin embargo, esta tesis modifica a la anterior 1a. CLXXI/2004, por lo que, al implicar una modificación de la posición asumida por la sala, tiene especial interés. La resolución es adoptada por tres votos, con la oposición de los ministros Cossío y Gudiño.

La cuestión gira en torno a la declaración del imputado y los requisitos necesarios para la validez de esa declaración. El criterio anterior sostenía que el impedir el contacto entre el abogado defensor y el imputado constituía un elemento que impedía la plena validez de la declaración; en otras palabras, constituía un derecho para el detenido, aunque lo fuera en flagrancia, entrevistarse con su defensor inmediatamente después de solicitarlo y antes de rendir su declaración ministerial; por lo que la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.

<sup>7</sup> DEFENSA ADECUADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. LA FALTA DE ENTREVISTA PREVIA Y EN PRIVADO DEL INDIADO CON SU DEFENSOR, NO RESTA, EN TODOS LOS CASOS, EFICACIA PROBATORIA A LA CONFESIÓN RENDIDA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. CLXXI/2004, consultable en la página 412 del Tomo XXI, enero de 2005, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, al interpretar dicha disposición constitucional en sus diversas fracciones, sostuvo que el detenido en flagrancia podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial; asimismo, que la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor. En ese sentido, si bien es cierto que, el incumplimiento a lo anterior constituye una violación procesal, también lo es que ésta no trasciende en perjuicio del derecho de defensa del indiciado, en caso de que la declaración rendida al respecto no esté desvirtuada, sea verosímil y, además, se encuentre corroborada por otros elementos de convicción, siempre y cuando el defensor lo haya asistido en la diligencia ministerial respectiva, por lo que la circunstancia referida no es suficiente, por sí misma, para restar eficacia probatoria a la confesión de mérito. Además, en estos casos no puede afirmarse que se esté ante actos prohibidos como la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante éstos sin la presencia de su defensor, que es de lo que específicamente protege la fracción II del artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La tesis que comentamos modifica en lo esencial el criterio anterior, ya que señala que una declaración ministerial rendida sin la oportunidad previa de entrevistarse en privado con su defensor no convierte a la declaración en ilegal, sino que constituye una violación procesal, ya que al utilizarse ésta en combinación con otros medios de prueba no trasciende a violar el derecho a la defensa; en otras palabras, la declaración subsistirá si es respaldada por otros medios de prueba.

4. *1a./J. 154/2005*,<sup>8</sup> *ponente: ministro Valls Hernández*

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 85/2005-PS, sostenida entre el Tercer Tribunal del Décimo Segundo Circuito y el Primero del Vigésimo Tercer Circuito. Es resuelto por mayoría con los votos en contra de los ministros Cossío y Gudiño. En lo esencial, este criterio se refiere a la omisión del MP de citar o hacer comparecer al probable o probables indiciados para que declaren dentro de la averiguación previa.

<sup>8</sup> AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE O PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. La posibilidad de impugnación de los actos acaecidos durante la averiguación previa a través del juicio de amparo indirecto, debe determinarse de manera casuística —en aras de preservar, al menos en su expresión mínima necesaria, la función indagatoria—, considerando fundamentalmente si se trata de actos cuyos efectos podrán o no desvirtuarse a través del proceso judicial. Así, los actos que habitualmente tienen verificativo dentro del desarrollo de una indagatoria para su debida integración, cuyos efectos son susceptibles de contrarrestarse o anularse posteriormente, no trascienden irreparablemente a la esfera jurídica del gobernado, pues no le irrogan un perjuicio, ya que éste en todo caso se materializa hasta que la autoridad judicial a quien corresponda conocer de la causa penal determine si procede o no librar la correspondiente orden de aprehensión. Estimar lo contrario entorpecería dichas facultades y obligaciones constitucionalmente conferidas al Ministerio Público, anteponiendo el interés particular al interés de la sociedad. En tal virtud, la omisión de dicho representante social de citar o hacer comparecer al probable o probables indiciados para que declaren dentro de la averiguación previa, no constituye un acto de imposible reparación que pueda combatirse a través del juicio de amparo indirecto, pues tal declaración no es un requisito indispensable para que aquélla se integre, ya que el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no lo dispone así.

Esta tesis señala que el hecho de que el imputado no haya sido citado a declarar por el MP no es revisable a través del amparo indirecto, ya que no produce un agravio de imposible reparación. En efecto, de acuerdo con la tesis, se sostiene que los actos de investigación desarrollados en la fase de la averiguación previa, al ser posible que sean revisados con posterioridad, no trascienden irreparablemente a la esfera jurídica del gobernado, pues no le irrogan un perjuicio, ya que éste en todo caso se materializa hasta que la autoridad judicial a quien corresponda conocer de la causa penal determine si procede o no librar la correspondiente orden de aprehensión.

5. *1a./J. 153/2005<sup>9</sup> ponente: ministro Gudiño Pelayo*

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 45/2005-PS, sostenida entre el Primer Tribunal del Vigésimo Circuito y el Primero del Décimo Quinto Circuito. Es resuelto por unanimidad. El criterio señala los requisitos que deberán cumplirse en el supuesto de que existan codetenidos del indiciado, contra quienes no se ejercerá la

<sup>9</sup> DECLARACIÓN RENDIDA POR LOS CODETENIDOS EN CALIDAD DE TESTIGOS DE CARGO DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. CARECE DE VALIDEZ SI NO SE EFECTÚA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Si durante la averiguación previa los codetenidos del indiciado —contra quienes no se ejercerá acción penal— declaran en su carácter de testigos de cargo, deberán hacerlo en términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, especialmente por lo que se refiere al requisito procesal de informar al inculcado su derecho i) a no declarar si así lo desea o, en caso contrario, a hacerlo asistido por su defensor, y ii) a tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiere designar defensor, a que se le designe uno de oficio. Lo anterior es así porque si bien es cierto que formalmente existen notorias diferencias entre un imputado y un testigo, pues mientras aquél es parte en el litigio éste no, también lo es que en algunos casos ambos pueden tener un nexo en común y quedar retenidos por la autoridad administrativa para rendir una declaración sobre los mismos hechos; de manera que en estos supuestos, al encontrarse privados de su libertad, los declarantes están en un estado de vulnerabilidad física y emocional que puede poner en tela de juicio la espontaneidad, veracidad e imparcialidad de sus declaraciones, y por lo tanto, estar sujetos a vicios e irregularidades durante la investigación ministerial, colocándose en la misma situación fáctica que un imputado, razón por la cual carecerá de validez el testimonio rendido sólo bajo las formalidades del artículo 127 bis del citado Código, que se refiere al caso de los testigos, en el cual no es indispensable la asistencia de un abogado, y no del numeral 128 del mismo ordenamiento legal.



acción penal, pero que se les toma declaración en su carácter de testigos de cargo. En este supuesto la Sala determina que deberán hacerlo en términos del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, que regula los requisitos de la declaración del indiciado, así como sus derechos, y no en los términos del artículo 127 bis del citado Código, que se refiere al caso de los testigos.

Esto tiene múltiples consecuencias, en especial en lo que se refiere al requisito procesal de informar al inculpado su derecho a no declarar si así lo desea o, en caso contrario, a hacerlo asistido por su defensor, y a tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza, o si no quisiera o no pudiera designar defensor, a que se le designe uno de oficio.

La *ratio* de la decisión se encuentra en la necesidad de proteger a unos sujetos que si bien no serán los indiciados, pueden tener un nexo en común con él y quedar retenidos por la autoridad administrativa para rendir una declaración sobre los mismos hechos. En estos supuestos, al encontrarse privados de su libertad, los declarantes están, al decir de la Sala, en un estado de vulnerabilidad física y emocional que puede poner en tela de juicio la espontaneidad, veracidad e imparcialidad de sus declaraciones, y, por lo tanto, estar sujetos a vicios e irregularidades durante la investigación ministerial.

### III. PREINSTRUCCIÓN

En este apartado centraremos nuestros comentarios en tres tesis emitidas por la Sala Primera. Nos referimos a las tesis que están numeradas como: 1a. J. 39/2005,<sup>10</sup> 1a. J. 111/2005, y 1a. J. 152/2005. De igual forma que

<sup>10</sup> LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. PARA DECIDIR SOBRE SU OTORGAMIENTO NO ES NECESARIO QUE EL INculpADO SE ENCUENTRE PRIVADO DE SU LIBERTAD. El artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece a favor del inculpado sujeto a un procedimiento penal por la comisión de un delito que tenga señalada pena de prisión, el beneficio de la libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, bajo las condiciones y requisitos que constitucional y legalmente procedan. En esa virtud, y a falta de indicación expresa en el texto de dicha norma constitucional, se concluye que para que el Juez pueda decidir si procede o no conceder al procesado la referida medida cautelar, no es indispensable que éste se encuentre privado de su libertad a disposición del propio Juez, ni que si está libre se le interne en algún reclusorio y se ponga a disposición del juzgador en cuanto a su libertad

en el apartado anterior, seguiremos el orden de su numeración en el comentario de cada una de ellas.

1. *1a./J. 39/2005 ponente: ministro Silva Meza*

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 43/2004-PS, sostenida entre los criterios del Cuarto tribunal colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el Quinto y Octavo tribunales colegiados, ambos en Materia Penal del Primer Circuito, así como el Segundo y Tercer tribunales colegiados del Sexto Circuito (actualmente Segundo y Tercero en Materia Civil del propio circuito). Es resuelto por unanimidad.

El criterio establecido toma como punto de partida la regulación constitucional —artículo 20, apartado A, fracción primera—, o más bien la ausencia de requisitos expresamente establecidos en este precepto constitucional para determinar que el juez puede decidir si procede o no conceder al procesado la libertad bajo caución,<sup>11</sup> sin que sea indispensable que el imputado se encuentre privado de su libertad a disposición del propio juez, ni que tampoco, si está libre, se le interne en algún reclusorio y se ponga a disposición del juzgador en cuanto a su libertad personal.

personal, pues tanto la orden de aprehensión como el auto de formal prisión son actos de la autoridad judicial que por sí solos afectan a la persona contra quien se pronuncian, ya que esta última resolución tiene como base aquella orden y ambas tienen por efecto restringir de alguna manera la libertad personal del indiciado con el objeto de sujetarlo a un proceso penal, por lo que si jurídicamente tiene el carácter de detenido y la restricción de su libertad es inminente, debe concedérsele el mencionado beneficio constitucional cuando reúna los requisitos de ley; máxime que también corresponde al Juez fijar las condiciones que constitucional y legalmente procedan, a efecto de que no se sustraiga a la acción de la justicia y no se afecte la continuación del procedimiento, pues tal provecho es una medida precautoria cuya efectividad está condicionada al cumplimiento de requisitos que salvaguarden la materia del proceso y aseguren a las personas y las cosas relacionadas con éste, para hacer posible, en un momento dado, la emisión y cumplimiento de la sentencia penal.

<sup>11</sup> Debe señalarse que con falta de técnica jurídica, la tesis incluye a la libertad bajo caución en el conjunto de medidas cautelares.

2. 1a./J. 111/2005,<sup>12</sup> ponente: ministra Sánchez Cordero

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 10/2005-PS, sostenida entre los criterios del Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto tribunales colegiados, todos del Décimo Sexto Circuito. Es resuelto por unanimidad de cuatro votos, al encontrarse ausente el ministro Gudiño Pelayo.

Este criterio también realiza una interpretación del contenido de la fracción primera del apartado A del artículo 20 de la CPEUM, ya que entra a considerar los elementos que permiten al juez determinar el monto y la forma de la caución. En efecto, el citado precepto constitucional señala que el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que pueda imponerse al inculpado. Es en lo referente a este último elemento donde incide la tesis en comentario.

<sup>12</sup> LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL JUEZ DEL PROCESO DEBE FIJAR SU MONTO CON BASE EN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado precepto constitucional señala que para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el Juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que pueda imponerse al inculpado. En tal virtud, y atento al proceso legislativo que precedió a la reforma del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de julio de 1996, se concluye que al momento de fijar el monto de la caución que un inculpado debe exhibir para gozar de la libertad provisional, no siempre debe señalarse la cuantía mínima de la sanción pecuniaria, así como tampoco deberá ser la máxima, sino que la graduación de dicha caución queda al prudente arbitrio del juzgador, quien deberá valorar las circunstancias específicas del inculpado y de la comisión del delito y observar las reglas previstas por el referido dispositivo constitucional, sin que ello implique que el hecho de fijar como caución un monto mayor a la multa mínima que correspondería imponer con motivo de la comisión del delito de que se trate, se prejuzgue sobre la acreditación de la responsabilidad o el grado de culpabilidad del inculpado, sino que se está tratando de proteger tanto a la víctima como a la sociedad, al impedir que el sujeto activo se sustraiga a la acción de la justicia y siga cometiendo hechos delictivos en su perjuicio, independientemente de que será hasta el momento de dictar la sentencia definitiva cuando pueda hacerse un pronunciamiento sobre la culpabilidad del inculpado.

Así pues, se señala que es factible que el juez, en la caución, tome en consideración un monto mayor a la multa mínima que correspondería imponer con motivo de la comisión del delito de que se trate. De igual forma, se señala que el hecho de que se establezca dentro de la caución un monto superior a la multa mínima no implica que se prejuzgue sobre la acreditación de la responsabilidad.

3. *1a./J. 152/2005*,<sup>13</sup> ponente: ministra Sánchez Cordero

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 83/2005-PS, sostenida entre los tribunales Primero y Segundo en Materia Penal del Sexto Circuito. Esta decisión es adoptada por mayoría tres votos, con el voto en contra del ministro Gudiño y la ausencia del ministro Silva Meza. La jurisprudencia establecida en esta tesis, puede señalarse, quizá de manera inadvertida o involuntaria, termina con una vieja confusión establecida en la doctrina procesal mexicana, el momento del ejercicio de la acción penal, lo que llevó a cierto sector de la doctrina a señalar la existencia de una acción penal y otra acción procesal penal.

La tesis en comentario, al hilo de la interpretación del artículo 137 del Código del Estado de Puebla —que omite señalar que la consignación interrumpe la prescripción del delito— señala que el momento de inicio del ejercicio de la acción penal es consignación. Esto trae como consecuencia, que no puede existir la prescripción de la acción penal al ser absurdo que

<sup>13</sup> ACCIÓN PENAL. LA CONSIGNACIÓN INTERRUMPE SU PRESCRIPCIÓN. Si se considera que el ejercicio de la acción penal se inicia con la consignación, resulta incongruente estimar que ésta no interrumpe la prescripción de la acción penal, toda vez que sería tanto como estimar que el derecho prescribe mientras se ejerce. En efecto, no puede estimarse que tal acción se extinga al iniciar su ejercicio, pues la prescripción se da ante la inactividad (no ejercicio) del Ministerio Público respecto al derecho de persecución del cual es titular. Así, la prescripción sólo se configurará por no ejercerse la acción penal y se interrumpirá con el inicio de su ejercicio, esto es, con la consignación. Si bien el artículo 137 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla no señala de manera expresa, como sí lo hace respecto a la aprehensión, que la consignación interrumpe la prescripción, ello obedece a que tal precepto está referido al momento en que ya puede procederse a la detención de conformidad con el artículo 109 del mismo ordenamiento legal, esto es, una vez que ya se ha hecho la consignación, acto este último con el que, como quedó apuntado, inicia el ejercicio de la acción penal, el cual, si bien forma parte de la averiguación previa, lo cierto es que interrumpe la prescripción de la acción penal, pues es un acto tendente a la persecución del delito.

tal acción se extinga al iniciar su ejercicio, pues la prescripción se da ante la inactividad del Ministerio Público respecto al derecho de persecución del cual es titular. En nuestra opinión, esta tesis debería terminar con el debate, también absurdo, sobre el momento de ejercicio de la acción penal.

#### IV. INSTRUCCIÓN Y JUICIO

##### 1. *Ia. J. 7/2005*,<sup>14</sup> *ponente: ministra Sánchez Cordero*

Este criterio de jurisprudencia es adoptado al resolver la contradicción de tesis 2/2004-PS, sostenida entre los tribunales Colegiado del Vigésimo Octavo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito. Esta decisión es adoptada por unanimidad. Este criterio se dirige a la interpretación del artículo 150 del Código de Procedimientos Penales de Tlaxcala.

El sentido de la tesis puede resumirse en que todos los dictámenes periciales tienen que ser ratificados, incluidos los oficiales. La *ratio* de la deci-

<sup>14</sup> DICTÁMENES PERICIALES. PARA SU VALIDEZ DEBEN SER RATIFICADOS POR QUIENES LOS EMITEN, INCLUSO POR LOS PERITOS OFICIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). El artículo 150 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tlaxcala establece expresamente que “El perito emitirá su dictamen por escrito y lo ratificará en diligencia especial”, sin hacer distinción respecto a si dicha disposición se dirige al oficial, al designado por las partes o al tercero en discordia. La referida obligación tiene por objeto establecer la autenticidad de la prueba mediante el perfeccionamiento formal que exige la ley, pues tratándose de una prueba constituida fuera de la intervención directa del juzgador, resulta indispensable que quien la elabora la confirme personal y expresamente para hacer indubitable su valor, esto es, la ratificación de los dictámenes periciales impuesta por la ley hace que la prueba sea digna de crédito y, consecuentemente, susceptible de ser analizada y valorada; máxime si se toma en cuenta que el peritaje puede emitirse por una persona distinta de la designada, o puede ser sustituido o alterado sin conocimiento del perito nombrado, además de que también es admisible su modificación parcial o total en el momento de ratificarse. Es indudable que la opinión pericial no ratificada es una prueba imperfecta porque no cumple con la condición formal que la ley le impone para otorgarle certeza y seguridad jurídica, es decir, que quien la suscribe es efectivamente la persona designada para ello y que su opinión es verdadera, por lo que sin el mencionado requisito no es dable otorgar validez probatoria a los dictámenes emitidos, incluso los que provengan de peritos oficiales. Sin que obste a lo anterior el hecho de que el artículo 142 del citado código exceptúe al perito oficial que acepte el cargo de protestar su fiel desempeño ante el funcionario que practique las diligencias, pues tal disposición únicamente lo exime de rendir dicha protesta, pero no de ratificar su opinión.

sión se encuentra en el razonamiento de que es necesario determinar la autenticidad de la prueba mediante el perfeccionamiento formal de la ratificación, que, por otra parte, exige el artículo señalado, pues al ser la pericial una prueba constituida fuera de la intervención directa del juzgador, resulta indispensable que quien la elabora la confirme personal y expresamente para hacer indubitable su valor.

2. 1a. CVIII/2005,<sup>15</sup> ponente: ministro Cossío Díaz

Esta tesis, de acuerdo con la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, y como se puede deducir de su numeración, no integra jurisprudencia obligatoria, debido a que es derivada de un *obiter dicta* dentro de la ejecutoria de la contradicción de tesis 68/2005-PS.

El contenido de la resolución ratifica una de las cuestiones esenciales de un proceso penal de naturaleza acusatoria: la vigencia del principio de pre-

<sup>15</sup> DOLO, CARGA DE LA PRUEBA DE SU ACREDITAMIENTO. Del artículo 8o. del Código Penal Federal, se desprende que los delitos pueden ser dolosos o culposos. El dolo no es más que la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, por ello constituye un elemento del mismo, en los delitos de carácter doloso. De ello que, con base en los principios de debido proceso legal y acusatorio —recogidos en el sistema punitivo vigente—, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia —implícitamente reconocido por la Carta Magna—, se le imponga al Ministerio Público de la Federación la carga de la prueba de todos los elementos del delito, entre ellos, el dolo. En efecto, el principio del debido proceso legal implica que un inculpado debe gozar de su derecho a la libertad, no pudiendo privársele del mismo, sino cuando existan suficientes elementos incriminatorios y se siga un proceso penal en su contra, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorgue una defensa adecuada, que culmine con una sentencia definitiva que lo declare plenamente responsable en la comisión de un delito. Por su parte, el principio acusatorio establece que 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. Dichos principios resguardan, de forma implícita, el principio universal de presunción de inocencia consistente en el derecho de toda persona, acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no existan pruebas suficientes que destruyan dicha presunción, esto es, que demuestren la existencia de todos los elementos del tipo así como de su plena responsabilidad en la comisión del delito y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra. Así pues, los citados principios dan lugar a que el indiciado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia sino que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito —entre ellos el dolo— y la plena responsabilidad penal del sentenciado.

sunción de inocencia. La tesis señala que el dolo debe ser probado por el Ministerio Público; en otras palabras, el indiciado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito —entre ellos el dolo— y la plena responsabilidad penal del sentenciado.

3. 1a. CX/2005,<sup>16</sup> ponente: ministro Cossío Díaz

De igual forma que en el caso anterior y que en el siguiente, esta tesis, de acuerdo con la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se refleja en su numeración, no integra jurisprudencia obligatoria; por la misma razón, se trata de un *obiter dicta* dentro de la ejecutoria de la contradicción de tesis 68/2005-PS.

El contenido de esta tesis es el complemento de la anterior, y refleja el debate sobre los hechos que dan origen a los criterios contradictorios. En esta tesis se señala que las causas de exclusión del delito deben ser probadas por el imputado. De igual forma, se define qué debe entenderse por causa de exclusión, al señalarse que son aquellas que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Resulta criticable que, de forma innecesaria —en nuestra opinión—, se señale que la carga de la prueba corresponde a quien hace valer

<sup>16</sup> CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE A QUIEN LA HACE VALER. Se entiende por causa de exclusión del delito aquella que, concurriendo en el comportamiento de una persona, la releva de su responsabilidad penal, aun cuando la acción u omisión que haya realizado esté prevista en la ley como delito. Ahora bien, la carga de la prueba corresponde a quien hace valer dicha causa, atento al principio general de derecho que establece que quien afirma está obligado a probar, lo mismo que el que niega, cuando su negación sea contraria a una presunción legal o cuando envuelva la afirmación expresa de un hecho. Lo anterior no vulnera los principios de debido proceso legal y acusatorio, íntimamente relacionados con el principio de presunción de inocencia —implícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, pues ello de ninguna manera releva al Ministerio Público de la Federación de la carga de la prueba de todos los elementos del delito, sino que únicamente impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que haga valer, una vez que éste ha sido plenamente probado por la referida representación social, por implicar una afirmación contraria a lo probado, que corresponde probar a quien la sostiene.

dicha causa, como consecuencia del “principio general de derecho” que establece que quien afirma está obligado a probar, cuya aplicación en este caso puede ser muy discutible.

4. 1a. CVII/2005,<sup>17</sup> ponente: ministro Cossío Díaz

De igual forma que en el caso anterior, esta tesis, de acuerdo con la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, no integra jurisprudencia obligatoria, al constituir también materia de *obiter dicta* dentro de la ejecutoria de la contradicción de tesis 68/2005-PS. En esencia, puede resumirse el sentido de la resolución en la determinación de que el dolo directo puede probarse a través de la prueba presuncional.

La comprobación del dolo, en tanto elemento subjetivo, requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos que integran el tipo penal, así como que

<sup>17</sup> DOLO DIRECTO. SU ACREDITACIÓN MEDIANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo, mediante su conducta, quiere provocar directamente o prevé como seguro, el resultado típico de un delito. Así, la comprobación del dolo requiere necesariamente la acreditación de que el sujeto activo tiene conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, al ser el dolo un elemento subjetivo que atañe a la psique del individuo, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión del agente del delito. Empero, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios, la cual consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento probatorio obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. En efecto, para la valoración de las pruebas, el juzgador goza de libertad para emplear todos los medios de investigación no reprobados por la ley, a fin de demostrar los elementos del delito —entre ellos el dolo—, por lo que puede apreciar en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena. Esto es, los indicios —elementos esenciales constituidos por hechos y circunstancias ciertas— se utilizan como la base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógica. Ahora bien, un requisito primordial de dicha prueba es la certeza de la circunstancia indiciaria, que se traduce en que una vez demostrada ésta, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor en la que se contenga en abstracto la conclusión de la que se busca certeza. Consecuentemente, al ser el dolo un elemento que no puede demostrarse de manera directa —excepto que se cuente con una confesión del sujeto activo del delito— para acreditarlo, es necesario hacer uso de la prueba circunstancial que se apoya en el valor incriminatorio de los indicios y cuyo punto de partida son hechos y circunstancias ya probados.



quiere la realización del hecho descrito por la ley. Por ello, la prueba idónea para acreditarlo es la confesión; sin embargo, ante su ausencia, puede comprobarse con la prueba circunstancial o de indicios.

Al margen de cuestiones conceptuales, como puede ser la poca técnica inclusión de las presunciones en el catálogo de las pruebas, se observa en la tesis un esfuerzo por definir su contenido. Así, se señala que consiste en que de un hecho conocido, se induce otro desconocido, mediante un argumento obtenido de aquél, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos —máximas de la experiencia en la terminología tradicional del derecho procesal.<sup>18</sup>

### 5. 1a. J. 164/2005,<sup>19</sup> ponente: ministra Sánchez Cordero

Este criterio de jurisprudencia se adopta al resolverse la contradicción de tesis 136/2003-PS entre los criterios sustentados por los tribunales cole-

<sup>18</sup> Al respecto, resulta muy recomendable la lectura del clásico de Stein, F., *El conocimiento privado del juez*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1980. De este clásico del derecho procesal, utilizando la misma traducción de Andrés de la Oliva, existe una edición colombiana por la editorial Themis.

<sup>19</sup> DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN, PREVISTO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PARA QUE SE ACTUALICE, TANTO EL MINISTERIO PÚBLICO COMO EL JUZGADOR, DEBEN PRECISAR CUÁL DE LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN EL DIVERSO NUMERAL 194 DE DICHO CÓDIGO PRETENDÍA REALIZAR EL SUJETO ACTIVO CON EL NARCÓTICO ASEGURADO. Tanto el agente del Ministerio Público como el juzgador están constreñidos a precisar cuál conducta de las descritas en el artículo 194 del Código Penal Federal pretendía realizar el sujeto activo del delito, tratándose del reprochable previsto en el primer párrafo del artículo 195 de dicho Código —delito contra la salud en su modalidad de posesión de estupefacientes—, en acatamiento a la garantía contenida en la fracción III del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; toda vez que si dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo penal, debe informarse al inculpado el delito que se le atribuye; de ahí que deba especificarse cuál conducta de las descritas en el diverso artículo 194 pretendía realizar el activo, ya que sin dicho elemento no se actualiza el tipo penal referido, sino uno diverso. En efecto, el pronunciamiento del agente del Ministerio Público al formular su acusación y del Juez del proceso al dictar sentencia en relación con el elemento subjetivo mencionado es de gran trascendencia, porque ello provocará que en aquellos casos en que no encuentren elementos probatorios suficientes para determinar tal circunstancia, y cuando la cantidad del narcótico asegurado así lo permita, puedan imponerse las penas atenuadas previstas en el artículo 195 bis del citado Código y conceder los beneficios sustitutivos procedentes.

giados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. Fue adoptado por unanimidad. El sentido de esta resolución se encuentra en la determinación de los elementos que integran el tipo contenido en el artículo 195 del Código Penal Federal, entendido como delitos contra la salud en la modalidad de posesión del estupefaciente y en la obligación correlativa del Ministerio Público y del juez de precisar cuál es la finalidad —contenida en el artículo 194— que se atribuye a la posesión.

En efecto, se determina que dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo penal, por lo que debe informarse al inculpado el delito que se le atribuye; de ahí que deba especificarse cuál conducta de las descritas en el diverso artículo 194 pretendía realizarse, ya que sin dicho elemento no se actualiza el tipo penal referido, sino uno diverso con una sanción menor.

## V. COLOFÓN

Del breve recuento realizado es posible hacer algunas consideraciones sobre el conjunto de la labor de la Corte. En primer término, haremos una consideración sobre la función que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del Poder Judicial de la Federación y del sistema jurídico mexicano en general. Nos referimos a que es evidente que buena parte, si no es que la mayoría de la jurisprudencia establecida por la Primera Sala que hemos comentado, se ha establecido con motivo de la resolución de contradicciones entre las tesis de jurisprudencia sustentadas por tribunales colegiados de circuito.

La importancia en términos cuantitativos de la jurisprudencia derivada de esta labor respecto del total de criterios establecidos nos permite acercarnos a uno de los problemas más importantes del Poder Judicial de la Federación: la dispersión jurisprudencial. En efecto, al día de hoy, los tribunales colegiados de circuito están realizando, en lo esencial, una función de control de legalidad de las resoluciones jurisdiccionales a través de lo que se ha denominado sector del amparo casación.<sup>20</sup> Consecuencia de esta función es el establecimiento de criterios de interpretación de las leyes, que, en términos de la Ley de Amparo, constituye en jurisprudencia obli-

<sup>20</sup> Al respecto puede verse “Introducción al amparo mexicano”, en Fix-Zamudio, H., *Ensayos sobre el juicio de amparo mexicano*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004, pp. 1 y ss.

gatoria. Ahora bien, dado que existen un número importante de tribunales con la facultad de establecer jurisprudencia obligatoria, lleva como consecuencia una gran cantidad de estas contradicciones de interpretación, lo que sumado al hecho de que el sistema establecido en la fracción XIII del artículo 107 de la CPEUM ha generado que la contradicción de tesis sea un fenómeno, desafortunadamente, común.

Esta situación, es decir, la existencia de un elevado número de contradicciones sin resolver, amenaza los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, que le dan racionalidad y fundamento al sistema de jurisprudencia obligatoria del ordenamiento mexicano. El hecho de que varias de las contradicciones resueltas por la Primera Sala en el año pasado se hayan sustentado entre tribunales del *mismo circuito* es claramente indicativo de la magnitud de la problemática al respecto.

Ahora bien, es evidente que al resolver las contradicciones de tesis la Suprema Corte de Justicia de la Nación está realizando una función de estricta legalidad, lo cual es una nota discordante en el actual contexto de tribunal de constitucionalidad. En efecto, derivado de las reformas de 1988 y de 1994, la Corte abandonó el perfil tradicional de tribunal supremo<sup>21</sup> que venía realizando —que algún ministro califica como casacionista garantista— para asumir en plenitud las funciones de tribunal constitucional. De esta forma, la mayor parte de las tesis comentadas en este trabajo son producto de una de las funciones remanentes o residuales de la Corte previa a las reformas señaladas. Debe señalarse que el sistema de resolución de contradicciones de tesis no está respondiendo a las necesidades del sistema de justicia mexicano, por lo que es importante que se perfeccione a la brevedad.

Ahora bien, regresando al proceso penal que se configura derivado de las tesis comentadas, pueden hacerse algunas consideraciones. En lo que se refiere a la etapa de investigación o de averiguación previa, se observa que las resoluciones más importantes tienen como punto central del debate la actividad investigadora del Ministerio Público y su relación con el derecho de defensa. Se puede afirmar que desde una perspectiva garantista el balance en esta etapa, si bien con base en resoluciones divididas, señala una mengua del contenido del derecho de defensa del indiciado.

<sup>21</sup> Sobre este punto puede verse Taruffo, M., *Il vértice ambiguo. Saggi sobre la casazione civile*, Milán, Il Molino, 1994.

Por otra parte, en la fase de preinstrucción, las cuestiones que llegaron al máximo tribunal se han centrado en la determinación de la caución. En este punto nos parece que debe señalarse un avance al no exigirse el ingreso a prisión del imputado. De igual forma, en lo que implica la etapa final del proceso penal, observamos que los criterios de la sala, aun los que se establecen para fortalecer la posición del procesado, están realizados con mucho *self restraint*. Se podría aventurar que mucha de esta autocontención de la Sala se debe a la influencia de la concepción que señala que el proceso penal se debate entre los polos de combate eficaz a la delincuencia y el pleno respeto a las garantías. A pesar de que este planteamiento es falaz, ha permeado y podría explicar que en aras de la responsabilidad, los criterios que aumentan la protección a los derechos fundamentales en el proceso penal son enunciadas de forma tímida al encontrarse limitados dentro de la propia resolución que les da origen.

Unas últimas palabras sobre lo que no encontramos en la labor de la Corte. Es evidente que muchos de los problemas más graves y acuciantes del proceso penal mexicano no pueden ser conocidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como por ejemplo el arraigo, que durante años ha evitado ser materia de discusión de la Corte y, de hecho, los pronunciamientos recientes, que no fueron originados a través del amparo, no han tenido efectos prácticos sobre el uso de esta facultad de la autoridad investigadora, y muy probablemente siga al margen del control de la autoridad jurisdiccional aun con las limitaciones indebidas a los derechos fundamentales que conlleva. En conclusión, una evaluación general de la actividad de la sala no conduce mantenerse favorables al sistema actual, ya que no permite la discusión de los problemas más graves del proceso penal.<sup>22</sup> Es indispensable replantear y fortalecer los cauces por los que la Corte asume el papel de garante final de los derechos fundamentales.

22 Sobre un diagnóstico del proceso nos remitimos a nuestro trabajo previo "El mal estar en el proceso", publicado en *Criminalia*, México, diciembre de 2004.