

JURISPRUDENCIA PRODUCIDA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Jorge OJEDA VELÁZQUEZ*

A diez años de la entrada en vigor del que fuera el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se hace necesario hacer un balance de las jurisprudencias producidas por los tribunales colegiados y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con las contradicciones de tesis provocadas por aquellos tribunales de circuito, a fin de ponderar avances y retrocesos.

Ante todo conviene dejar claro qué entendemos por jurisprudencia.

El concepto *jurisprudencia*, a través de la historia, ha tenido diferentes conceptualizaciones, es por ello que inicio esta conferencia con las palabras de Ulpiano, quien definió la jurisprudencia como “conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo que es justo e injusto”; continuó con John Austin, quien dentro de la tradición jurídica del *Common law* advirtió que tal concepto no estaba libre de ambigüedades y que puede ser utilizado para designar el conocimiento jurídico del derecho como una ciencia, o como la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes, o bien como una ciencia de lo que el derecho debe ser; termino con la posición iusfilosófica positivista como acto de creación de los jueces.

Así pues, hemos tenido a lo largo de cientos de años estas posiciones acerca de lo que es la jurisprudencia. Primero, como la ciencia del derecho; luego, como un acto de creación del mismo derecho, según la ideología iuspositivista, y, por último, hemos entendido la jurisprudencia como una fuente del derecho, que sirve precisamente para interpretar las normas jurídicas.

Relacionado con esta ambigüedad, señalo como un dato curioso en México, que hasta hace algunos años, en la época del presidente Miguel Alemán, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México todavía se llamaba Escuela Nacional de Jurisprudencia, para señalar precisamente que ahí se estudiaba la ciencia del derecho; a diferencia de

* Doctor en Derecho. Magistrado en el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación.

lo que sucede en los tribunales, donde se aplica la jurisprudencia como acto de interpretación del derecho por los juzgadores.

La ambigüedad de la que hablábamos se acentúa con Kelsen, uno de los exponentes de la filosofía del derecho de tipo iuspositivista, quien afirma que toda función del Estado es una función de creación jurídica, y las funciones del Estado son legislativas, jurisdiccionales y administrativas. La división de poderes no es sino una jerarquía de los distintos grados del proceso creador del derecho. Esto quiere decir que todos los órganos del Estado, en cualquiera de estas funciones, realiza el derecho, reafirmando Kelsen que “el Estado es una cadena de creaciones sucesivas del Derecho”.

Así pues, la jurisprudencia está aceptada como el acto de creación del derecho, lo cual para algunos iusnaturalistas puede ser un ataque a lo sagrado, a la sagrada división de poderes, puesto que si el juzgador al interpretar y aplicar las leyes va a crear el derecho, invade la función del Poder Legislativo. El fenómeno también lo asevera el maestro y ministro De Silva Nava en su reciente obra: *La jurisprudencia* (México 2010: 22-29). Puede apreciarse con mayor claridad si se obtiene de la figura de la jurisprudencia una norma general —que es la tesis—, se hace concreto ante los hechos —antítesis— y, en determinadas condiciones, se produce una nueva norma general, que es la jurisprudencia, que como síntesis nace de esa complementación de la premisa mayor y la premisa menor, y produce precisamente la jurisprudencia o precedentes, como se llama en el sistema jurídico del *Common law*.

La posición positivista que sostiene, por un lado, que la jurisprudencia constituye una creación del derecho por parte del Poder Judicial, y por otro, que este pueda integrar una norma jurídica constituyéndose en un legislador negativo, contrasta con aquella que considera que la función atribuida a los jueces ordinarios por la Constitución es solamente la de interpretar y aplicar las leyes ordinarias, a fin de encontrar el sentido y el alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos. Hay aquí, entonces, una confrontación en estas diferentes posiciones: la jurisprudencia es un acto creador del derecho o simplemente es la síntesis que se obtiene luego de confrontar la norma con los hechos y formarse esos cinco precedentes ininterrumpidos de los que habla el artículo 192 de la Ley de Amparo.

¿Por qué afirmamos esta ambigüedad desde el punto de vista iusfilosófico? Porque si con el pretexto de buscar al espíritu de las leyes, esto es, el contenido de la norma jurídica, el juzgador pretende integrarla, está invadiendo la función del legislador y con ello el principio de reserva de ley, que establece que el Poder Legislativo es el único constructor y hacedor de las leyes penales y de sus respectivas sanciones, como se advierte en la fracción XXI del artículo 73 constitucional.

Así pues, desde esta óptica, el modo de hacer jurisprudencia o precedentes ha pasado por el modelo silogístico defendido por el formalismo jurídico en el que la tarea de juez, se decía, es lógica mecánica: la premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor son los hechos y la tesis jurisprudencial, las conclusiones de esta confrontación.

El problema del juez penal es la subsunción del caso en una norma preestablecida. Si no existe norma aplicable, el juez debe absolver, y el juez civil debe recurrir a la interpretación jurídica, a la analogía, a los principios generales del derecho, como reza la última parte del artículo 14 constitucional, para resolver el caso. Los códigos entonces siempre ofrecerán respuesta a los problemas que se plantean a través de las decisiones que tomen los jueces.

Un segundo modelo que nosotros hemos observado a través de la jurisprudencia histórica y la que se aplica hoy en día, es aquel conocido como realista. Según este modelo, las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva: el juez primero decide y luego justifica su decisión mediante su tesis. El juez de este modelo filosófico detenta un poder político y una enorme discreción judicial, lo que ocasiona que no esté subordinado a la ley, lo cual no es congruente con el sistema de legitimación del Estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes. Sus jurisprudencias se basarán en los momentos políticos, y sus decisiones serán como objetivos sociales o directrices políticas.

Un tercer modelo de formar jurisprudencias es aquel en el cual el juez carece de discreción y, por lo mismo, de poder político. En este modelo el papel del juez es garantizar derechos individuales preestablecidos, con base en principios y reglas. Va dirigido a todo juzgador, no solo a jueces ordinarios que subsumen los hechos en un tipo penal o en una determinada norma jurídica civil, sino también a los jueces constitucionales, quienes al ponderar principios y reglas toman una decisión. El juez, en este modelo, garantiza derechos, mas no los crea.

Puestas estas bases, pasemos ahora a analizar algunas de las jurisprudencias que durante estos diez años de vigencia del Código Penal para el Distrito Federal se han producido:

1) Para responder a las inquietudes de los abogados litigantes y a algunos académicos, quienes aducían en sus clases y alegaban en sus conceptos de violación los siguientes argumentos: que en razón de la *vacatio legis* implementada por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo primero transitorio, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002, para su entrada en vigor hasta el 12 de noviembre del mismo año, al no existir el viejo código, los tipos penales por los cuales fueron juz-

gados y sentenciados los quejosos, dejaron de tener vigencia y por lo mismo, deberían dejarse en libertad a sus defensos.

Dos tribunales colegiados de circuito sustentaron diferentes tesis que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dirimió en las contradicciones número 28/2004-P5 y 101/2007-PS bajo el siguiente rubro: “TRASLACIÓN DEL TIPO Y ADECUACIÓN DE LA PENA. CONSTITUYEN UN DERECHO DEL GOBERNADO PROTEGIDO CONSTITUCIONALMENTE”.

Por otro lado, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal fue más conciso al resolver en la jurisprudencia, registro 179186, que:

ROBO ESPECÍFICO (ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ABROGADO). *LA TRASLACIÓN DEL TIPO AL DE ROBO BÁSICO ESTABLECIDO EN EL DIVERSO 220, FRACCIÓN IV, DEL NUEVO CÓDIGO PUNITIVO ATENDIENDO AL MONTO DE LO ROBADO, SIN INCLUIR LA CALIFICATIVA DE VIOLENCIA, NO GENERA ATIPICIDAD.*

2) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que en el fuero común reside la jurisdicción, en razón de los *fraudes* cometidos con las tarjetas de crédito expedidas por las instituciones bancarias nacionales y aquellas expedidas por diversas tiendas departamentales, cuando los empleados bancarios disponen indebidamente del dinero de las bóvedas, transfiriéndolo a diversas cuentas bancarias, se actualiza el diverso delito de fraude específico y no el delito especial previsto en el artículo 113 bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, según se observa de la jurisprudencia por contradicción de tesis 46/2008-PS, bajo el rubro:

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. SI SUS EMPLEADOS DISPONEN INDEBIDAMENTE DEL DINERO DE LAS BÓVEDAS TRANSFIRIÉNDOLO A DIVERSAS CUENTAS BANCARIAS, PERO SIN ACREDITARSE QUE SE TRATÓ DE RECURSOS O VALORES DE LOS CLIENTES, NO SE CONFIGURA EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 113 BIS DE LA LEY RELATIVA Y, POR TANTO, LA COMPETENCIA PARA CONOCER LA CONDUCTA DESPLEGADA SE SURTE A FAVOR DE UN JUEZ DEL FUERO COMÚN.

3) La misma Primera Sala de la SCJ resolvió la contradicción de tesis 97/2002-PS, surgida de entre los criterios de los tribunales colegiados de circuito, en relación con los robos cometidos en tiendas de autoservicio. Mientras que uno sostenía que no se concretizaba el delito de robo si el presunto delincuente era desposeído de los objetos por personal de la empresa en la puerta de salida, el otro tribunal de casación sostenía lo obvio: una vez traspasada el área de cajas del establecimiento, el delito se consu-

maba; así se generó la jurisprudencia bajo el rubro: “ROBO EN TIENDA DE AUTOSERVICIO. PARA TENERLO POR CONSUMADO BASTA CON LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DE APODERAMIENTO”.

4) Tomando en cuenta que los tipos penales que prevén el robo de vehículo tiene una textura abierta, la vaguedad de la norma se acentúa cuando existen varios significados del concepto vehículo. Así, mientras un tribunal colegiado sostenía que el “ROBO CALIFICADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 224 FRACCIÓN III, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL NO SE ACTUALIZA TRATÁNDOSE DE BICICLETAS”, otro tribunal, en su jurisprudencia, sostenía que el robo calificado sí se actualiza tratándose de ese vehículo.

La jurisprudencia por contradicción de tesis 39/2005-PS le dio la razón al Séptimo Tribunal Colegiado, pues dentro del concepto gramatical “vehículo” quedan comprendidos las bicicletas por constituir medios de transporte terrestre privado o público.

5) Respecto a la constitucionalidad de normas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en la contradicción de tesis jurisprudencial 99/2007 que el artículo 220, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, vigente aquel precepto a partir del 10 de junio de 2006, era inconstitucional al prever una multa fija, como se infiere de su rubro: “MULTA FIJA. EL ARTÍCULO 220, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, AL PREVER UNA SANCIÓN PECUNIARIA DE CUATROCIENTOS ‘O’ SEISCIENTOS DÍAS MULTA, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

6) En otro orden de ideas, la contradicción de tesis jurisprudenciales 33/2004-PS de entre las sustentadas por los tribunales colegiados Cuarto y Noveno ambos en Materia Penal del Primer Circuito, resolvió que la figura delictiva de privación de libertad cuando se lleva a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión, previsto en el artículo 160, párrafo quinto, del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, es un tipo especial cualificado que excluye la acreditación en forma autónoma de esas figuras delictivas, como se observa de su rubro: “PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD CUANDO SE LLEVA A CABO ÚNICAMENTE PARA COMETER LOS DELITOS DE ROBO Y EXTORSIÓN. ES UN TIPO ESPECIAL CUYA ACTUALIZACIÓN EXCLUYE LA ACREDITACIÓN EN FORMA AUTÓNOMA DE ESAS FIGURAS DELICTIVAS”.

7) Una batalla larga y dura inició el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal para convencer al mundo jurídico mexicano a fin de que los juzgadores, al momento de individualizar las sanciones, no tomaran en

cuenta los antecedentes penales del inculpado. Sobre todo porque a nivel federal, desde 1994, el Código Penal había sido reformado para pasar de un Código Penal en el que se tomaba en cuenta, al momento de imponer las penas, la peligrosidad social del imputado, a uno de culpabilidad por el hecho cometido.

En contra de esta corriente del derecho penal clásico, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana resolvió la contradicción de tesis jurisprudencial 16/2000, aseverando que “...PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD, SI DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10. DE ENERO DE 1994”.

La entrada en vigor del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en noviembre de 2002, dio motivo al Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito para insistir que tal posición era incorrecta y formuló su jurisprudencia (cinco casos iguales sin ninguno en contrario) en el sentido de que para determinar el grado de culpabilidad no deben tomarse en consideración los antecedentes penales del inculpado, porque hemos pasado de un código penal de peligrosidad a uno de culpabilidad por el hecho cometido.

Así, en este último sentido, la misma Sala aprobó la contradicción de tesis 120/2005 de entre las jurisprudencias sustentadas por los tribunales colegiados Segundo y Décimo en Materia Penal del Primer Circuito bajo el siguiente rubro: “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO AL INDIVIDUALIZAR LAS PENAS, NO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES PENALES DEL INCULPADO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)”.

Así las cosas, entre 2005 y 2011 coexistían dos jurisprudencias discordantes: una a nivel federal que obligaba a tomar en cuenta los antecedentes penales al momento de imponer las sanciones, y otra a nivel del Distrito Federal que establecía no tomarlos en cuenta.

Fue en virtud de una solicitud de modificación de jurisprudencia, la 9/2011, hecha por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que finalmente se forma la jurisprudencia definitiva, la J. 110/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, febrero de 2012, p. 643, bajo el rubro: “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO”.

8) En esa misma dirección de conocimiento, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito lanza otra tesis jurisprudencial en el sentido de que al momento de imponer las sanciones, el juzgador *tampoco* debe tomar en cuenta el estudio de personalidad del delincuente o

estudio criminológico, toda vez que este refleja la peligrosidad social del mismo, en la parte que aporta elementos en relación con la baja, media o alta capacidad de demora, control de impulsos y tolerancia a la frustración.

Estos cinco precedentes formaron la jurisprudencia local I. 10o. P. J/9, la cual fue derrotada nuevamente por la Primera Sala de la SCJN, y no fue sino mediante un amparo contra normas, que el jueves 7 de junio de 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal, que permitía a los jueces tomar en cuenta los dictámenes de personalidad del acusado para fijar su condena.

Una de las consideraciones torales reza así: “Claramente se puede advertir que ninguna persona debe ser castigada por quien es, por cómo ha vivido su vida; o bien, por el hecho de representar cierto nivel de peligrosidad social, sino únicamente por las conductas delictivas que comprobadamente ha cometido”.

9) También el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en 2005-2006, elaboró cinco jurisprudencias, sin ninguna en contrario, en el tema de suspensión de derechos políticos de los procesados o presos sin condena.

Este Tribunal Colegiado partió de la idea de que en favor de los procesados existe la presunción de inocencia, y si bien la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena suspender los derechos políticos de los gobernados por estar sujeto a un proceso penal desde el dictado del auto de formal prisión, empero el artículo 46 del Código Penal amplía dicha garantía, al establecer que la referida suspensión de derechos comenzará a correr desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva; por tanto, con base en el artículo 8o., parágrafo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe estarse a la norma más favorable, aunque se encuentre en una escala inferior a la Constitución dentro del derecho positivo.

Esta jurisprudencia volvió a ser derrotada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la contradicción de tesis jurisprudencial 29/2007-PS, y le dio la razón al otro tribunal colegiado formando la jurisprudencia 1a/J.171/2007, que aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 215, con el rubro: “DERECHOS POLÍTICOS DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

Sin embargo, uno de los magistrados integrante del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal provocó que uno de sus paisanos, magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, elevara la contradicción de la contradicción de tesis jurisprudenciales y aquella postura fuese llevada al Pleno de la Suprema Corte de Justicia, quien determinó finalmente, en víspera de la reforma de junio del 2011, relativa a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, que al dictarse el auto de formal prisión, no deben suspenderse los derechos políticos de ciertos procesados, porque viola el principio universal de presunción de inocencia.