



67

**Algunas lecciones sobre argumentación
e interpretación jurídica:
A propósito del 'desafuero' de Andrés Manuel
López Obrador**

Imer B. Flores

DERECHO CONSTITUCIONAL

Junio de 2005

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

I. Apertura: del derecho a la cultura jurídica	1
II. El caso de Andrés Manuel López Obrador	2
III. Clausura: del desafuero al desamparo	17

I. APERTURA: DEL DERECHO A LA CULTURA JURÍDICA

Despertar un gran interés por los temas jurídicos ha sido una de las consecuencias positivas —si es que podemos decir que hay alguna— del llamado ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador. Ciertamente, las noticias más importantes y de mayor actualidad durante todo el último año fueron aquellas relacionadas con el ‘complot’ o ‘compló’ (ambas son aceptables para la Real Academia de la Lengua Española), desde las caracterizadas como ‘canalladas’ hasta las descritas como ‘cobardías’. Así, en cualquier lugar y hora, había quienes discutían acerca de un sin fin de cuestiones que han surgido durante todo este tiempo, entre ellas:

- Qué es un desacato judicial, está o no tipificado como delito, y cuenta o no con una pena exactamente aplicable;
- Cuándo ha o no lugar a proceder en contra de ciertos servidores públicos, deben existir o no indicios para presumir que se cometió un delito y que el servidor público es el presunto responsable, o bien protegerlo para que no sea perseguido injustamente;
- Cuáles son los efectos de la declaración de procedencia, ya sea quedar separado del cargo inmediatamente o en tanto esté sujeto a proceso, y en su caso quién(es) estaría(n) facultado(s) para nombrar un sustituto y bajo qué supuesto lo haría(n): falta temporal, falta absoluta o remoción;
- Quién tiene la razón en las controversias constitucionales promovidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y la Cámara de Diputados, acerca de si la segunda se excedió en sus funciones al afirmar que quedaba inmediatamente separado del cargo y/o si la segunda debía forma parte del procedimiento de la declaración de procedencia; y,
- Cómo es posible que todavía no consagre explícitamente la presunción de inocencia y se contemple la pérdida de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, desde la sujeción a proceso sin que medie condena, cuando México ha firmado las principales convenciones, declaraciones y pactos sobre derechos humanos, en general, y civiles y políticos, en particular.

Por supuesto que el simple hecho de que la gente delibere sobre estos temas y otros tantos más —tales como si el ministerio público ejercitaría la acción penal, si puede hacerlo a partir de una orden de comparecencia o solamente con una orden de aprehensión, si el juez podría negar dicha orden de aprehensión o de plano no dictar el auto de formal prisión, o si bien podría a larga declararlo inocente o si en caso de encontrarlo culpable procedía el indulto o perdón, sin olvidar si terceros podían pagar una fianza, sin solicitud del indiciado y en contra de su voluntad expresa e inequívoca— ya es un gran avance en términos de cultura democrática, pero hay quienes inclu-

Imer B. Flores es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El autor le agradece a Enrique Cáceres Nieto, Juan Luis González Alcantará y Carrancá, y Enrique Rodríguez Trujano sus comentarios a una versión anterior de este documento; a Jorge Ulises Carmona Tinoco, Edgar Corzo Sosa y Olga Islas de González Mariscal sus observaciones sobre puntos concretos; y a Antonio Rodrigo Mortera Díaz, y Roberto Vidal Sánchez su ayuda para realizar esta investigación.

sive consideran que el efecto ha sido mucho más provechoso al fomentar el interés de los mexicanos por la cultura jurídica.

Sin embargo, por la complejidad de algunos de los temas, subsiste en el ambiente la idea de que un halo de misterio rodea al derecho. Lo cual tiene al menos un doble efecto pernicioso: de un lado, solamente los expertos, léase los abogados, entienden o pueden entender de estas cosas; y, del otro, como éstos no se ponen ni pueden poner de acuerdo no hay respuestas correctas ni mucho menos una sola respuesta correcta en estos casos.

Para corregir este doble efecto pernicioso, el cual puede ser equiparado o resumido en la idea de que el derecho por su grado de complejidad resulta ser un obstáculo para la cultura jurídica, consideramos más que imperativo recordar algunas de las funciones que los estudiosos del derecho debemos cumplir para que el derecho sea o sirva por el contrario como promotor de la cultura jurídica. Entre ellas están, en primera instancia, *describir* cómo ‘es’ el derecho, *prescribir* cómo ‘deber ser’, y *predecir* cómo ‘puede ser’ —al señalar qué forma(s) alternativa(s) ‘puede adoptar’ o qué ‘puede suceder’ en un momento dado; en segundo lugar, *enunciar* y *denunciar* cómo ‘es’, ‘debe ser’, y/o ‘puede ser’; y, en tercer término, no nada más *entender* sino sobre todo *explicar* a los demás cómo ‘es’, ‘debe ser’, y/o ‘puede ser’.

II. EL CASO DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR

Evidentemente, el ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador ha sido el tema jurídico-político más sonado del último año y quizás de todo el sexenio. Aun cuando mucho se ha dicho, los argumentos y razonamientos jurídicos han brillado casi por su ausencia y han cedido —o mejor dicho han tenido que ceder— el lugar de honor a las consideraciones y reflexiones políticas. Entre las gratas excepciones donde se analizan y critican algunos argumentos y razonamientos jurídicos se encuentran al menos la publicación de una mesa de debate y de un documento de trabajo.¹

A continuación, trataremos de acentuar estos aspectos, pero desde una óptica estricta o propiamente jurídica, a partir de su argumentación e interpretación, al referirnos a cinco temas centrales: 1) Desacato judicial; 2) Declaración de procedencia (léase ‘desafuero’); 3) Efectos de la declaración de procedencia; 4) Controversia(s) constitucional(es); y 5) Presunción de inocencia y suspensión de los derechos políticos.

1. *Desacato judicial*

Por ‘desacato judicial’ se entiende, en términos generales, un delito por no obedecer el mandato de una autoridad jurisdiccional. Así, el concepto de ‘desacato judicial’ puede comprender varias formas de desobediencia —a mandatos diferentes, a autoridades distintas y, por supuesto, a destinatarios diversos— a las que podemos caracterizar como especies de un mismo

¹ AA.VV., *López Obrador. Caso el Encino: Implicaciones constitucionales, penales y de procedimiento penal*, México, Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2005; y Jaime Cárdenas Gracia, “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de Trabajo*, No. 64, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, abril, 2005.

género. En el caso de Andrés Manuel López Obrador se dice que cometió el delito de ‘desacato judicial’, porque como autoridad responsable (*i.e.* el nombre técnico con que se designa en un juicio de amparo a la autoridad que realizó el acto de autoridad que afecta las garantías constitucionales) desobedeció un auto de suspensión definitivo emitido por un Juez Federal de Amparo en Materia Administrativa, relacionada con obras que se realizaban en el predio conocido como “El Encino”.

A. *No hay crimen/delito sin ley*

A partir del aforismo latino *nulla crime sine lege*, *i.e.* no hay crimen/delito sin ley, todo delito debe estar consagrado necesariamente en una ley. Es decir, reconocido de manera expresa como tal en el código penal o en alguna otra disposición legislativa. Así, el delito de desacato judicial está tipificado, esto es especificado como tipo delictivo, no en el Código Penal Federal sino en el artículo 206 de la Ley de Amparo:

“La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra”.

En consecuencia, el hecho de que el delito de desacato judicial no esté incluido en el código penal sino en alguna otra ley no sería un impedimento para considerar que está tipificado. El *sujeto activo* del delito es la ‘autoridad responsable’, el *hecho delictivo* es una omisión propia, pura o simple —y no una omisión impropia, impura o comisión por omisión— consistente en no obedecer o desobedecer una suspensión provisional o definitiva con la condición de que sea debidamente notificado, y el *bien jurídico tutelado* es la suspensión misma concedida en el amparo.

Así que para configurar el delito de *desacato judicial* (*Dj*) se requiere que una *autoridad responsable* (*ar*) haya *desobedecido* (*d*) un *auto de suspensión notificado debidamente* (*asnd*):

$$Dj = ar + d + asnd.$$

Si el Jefe de Gobierno como autoridad responsable en un juicio de amparo desobedeció un auto de suspensión definitivo, debidamente notificado, en principio, se tipifica el delito de desacato judicial. Sin embargo, corresponde solamente a un juez determinar si efectivamente hay o no un delito, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 14 constitucional:

“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”.

No obstante, puede darse el caso de que el juez considere que si bien hay delito no era el Jefe de Gobierno la autoridad responsable sino que era otro servidor público de menor jerarquía ($\sim ar$); o bien, aun cuando éste era la autoridad responsable no se tipificó el delito de desacato, porque la autoridad responsable no fue debidamente notificada del auto de suspensión ($\sim asnd$); o simplemente porque si obedeció dicho auto o no se pudo comprobar su desobediencia ($\sim d$).

En otro orden de ideas, el hecho de que haya infinidad de casos en que la autoridad responsable desobedece el auto de suspensión y que no han sido o fueron castigados no sería una razón suficiente para no castigar a alguien, en caso de encontrarlo culpable. En pocas palabras, se dice que en la ilegalidad no puede alegar una igualdad. Imaginemos el caso de que los tres conductores de sendos coches se pasen un alto (*i.e.* la luz roja del semáforo) y el policía (*i.e.* el agente de tránsito) solamente detiene a uno, éste no podrá alegar que no violó la ley (*i.e.* el reglamento de tránsito) ni mucho menos que no lo pueden castigar a él porque los otros dos conductores que también se pasaron el alto no fueron detenidos ni van a ser castigados.²

Por supuesto que lo ideal sería que todos hubieran sido detenidos y castigados, y que todas las autoridades responsables que no obedecieron un auto de suspensión debidamente notificado, una vez declaradas culpables, sean castigadas. Lo cierto es que para hablar de un Estado de derecho no basta con detener a un conductor hoy para castigarlo, mas no hacerlo con otro en igualdad de circunstancias el día de mañana. O lo que es lo mismo consignar a una autoridad responsable de desobedecer un auto de suspensión debidamente notificado un día, pero no hacerlo con otro al día siguiente: como decimos coloquialmente “una golondrina no hace verano”.

En pocas palabras, el Estado de derecho no quiere decir que las leyes sí sean aplicadas en unos casos y no en otros, sino que las leyes que deben ser generales tanto en su creación como en su aplicación sean en realidad aplicadas en todos los casos y a todos por igual, ya sean: amigos y enemigos, gobernantes y gobernados, hombres y mujeres, mayorías y minorías, ricos y pobres, etcétera.³

Es indudable que la aplicación de la ley a unos y no a otros se presta a la sospecha y a la suspicacia, o lo que es lo mismo, a pensar mal y a —en la mayoría de los casos— acertar. Para ilustrar este punto, supongamos que el policía del ejemplo anterior logra detener no solamente a esos tres conductores sino a todos los demás —o al menos a una gran mayoría— para que en su caso sean castigados; y que todas las autoridades responsables de desobedecer una suspensión debidamente notificada son consignadas y en su caso castigadas. En un Estado de derecho y/o de legalidad, incluso de lo que llamamos de ‘estricta legalidad’, lo menos que esperaríamos es que unos y otros fueran procesados y en su caso castigados más o menos en el orden en que fueron detenidos y consignados, porque de no ser así estaríamos más bien ante su antítesis: un Estado de arbitrariedad y/o de ilegalidad.

El problema de la aplicación selectiva de la ley, en materia penal, puede rastrearse a la investigación y persecución de los delitos que incumbe al Ministerio Público, quien tienen el monopolio del ejercicio de la acción penal de acuerdo con lo dispuesto con el artículo 21 constitucional. Cabe acentuar que el titular del Ministerio Público Federal es el Procurador General de la República, quien no solamente es designado por el Ejecutivo de la Nación y ratificado por el Senado (artículos 76, fracción II y 89, fracción IX), sino que además es el titular de una dependen-

² Le agradezco a mi colega Jorge Ulises Carmona Tinoco el forzarme a desarrollar este punto para responder a una observación suya.

³ Vid. Imer B. FLORES, “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores democráticos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 15, 2003, pp. 145-159. [Hay versión revisada en: Fernando SERRANO MIGALLÓN (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Baez*, México, Porrúa y Facultad de Derecho-UNAM, 2004, pp. 129-140.] Vid. también “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice”, en Aleksander PECZENIK (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress. Part I: Justice*, (ARSP-Beiheft 95) Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 146-154.

cia que forma parte del Poder Ejecutivo y que como tal está subordinado al Presidente de la República.

Si bien se ha avanzado en el sentido de que el Ministerio Público tenga una mayor autonomía, ésta solamente ha sido técnica, porque su titular depende directamente del Presidente. El tema pendiente sería darle mayor independencia en la investigación y persecución de los delitos para que éstas no dependan en un momento dado de la voluntad del Ejecutivo de la Unión, quien pueda aplicar la máxima “al amigo la mano y al enemigo todo el peso de la ley”.

B. No hay pena sin ley

A partir del aforismo latino *nulla poena sine lege*, i.e. no hay pena sin ley, toda pena debe estar consagrada necesariamente en una ley. Esto es, reconocida de modo expreso como tal y corresponder al delito del que se trata, como lo establece el artículo 14 de la Constitución, en su tercer párrafo:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Si bien el delito de desacato judicial está tipificado en el artículo 206 de la Ley de Amparo, éste al afirmar que la autoridad que incurra en el desacato judicial “...será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad...” nos remite forzosamente al Libro Segundo, Título Décimo “Delitos Cometidos por Servidores Públicos”, Capítulo III. Abuso de Autoridad, artículo 215 del Código Penal Federal para saber cuál es la pena aplicable a este caso.

El problema es que el delito de abuso de autoridad comprende XII fracciones y a éstas corresponden dos sanciones diferentes: una aplicable a las fracciones I-V y X-XII y otra para las fracciones VI-IX. La primera —la del penúltimo párrafo— comprende “de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”; y la segunda —la del último párrafo— “de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

Todo ello sin perjuicio de que por estar sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, el inculcado perdería sus derechos políticos, según lo dispone la Constitución en su artículo 38, fracción II, pero sobre este punto regresaremos más adelante. Por lo pronto baste con señalar la necesidad de revisar nuestra política criminal no sólo para evaluar la congruencia de adoptar tales o cuales penas, o bien incorporar penas alternativas a la prisión sino también para valorar la conveniencia de declarar a un sujeto penalmente responsable pero prescindir de la aplicación de la pena, o lo que es lo mismo contar con tipos penales sin pena, cuando ésta es “notoriamente innecesaria e irracional” como lo contemplan los artículos 55 del Código Penal Federal y 75 del Código Penal para el Distrito Federal, así como cuando está expresamente previsto con antelación como en el numeral 139 del código penal capitalino.

Cerrada la digresión, la pregunta sería saber cuál de las dos sanciones constituye la pena “exactamente aplicable al delito de que se trata”. Si el legislador hubiera indicado alguna de las

fracciones o supuestos concretos estaría clarísimo cuál sería la pena exactamente aplicable, pero como no lo hizo subsiste el problema de saber cuál de las dos lo es. Por supuesto que estamos de acuerdo que contemplar dos penas distintas para un mismo hecho delictivo demuestra una deficiente técnica legislativa.

La deficiencia se puede explicar que no justificar si recordamos dos cosas: 1) que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de 1931, en su artículo 213, el cual a partir de la reforma constitucional y legal de 1984 dió lugar al actual 215, contemplaba una sola pena para el delito de abuso de autoridad; y 2) que la Ley de Amparo, de 1936, en su artículo 206 remitía a un Código Penal, el de 1931, con una única pena, a saber: “De seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco mil pesos y destitución del empleo”.

En este sentido, el juez para decidir cuál de las dos penas aplicar, la del penúltimo párrafo o la del último, podría: 1) precisar, a partir de una interpretación histórica, cuál de las dos corresponde a la pena prevista en el artículo 213 original y/o cuál de los supuestos contenidos en el numeral 215 actual captura mejor la esencia del 206 de la Ley de Amparo; 2) aplicar la pena dentro del margen en que ambas sanciones coinciden o se sobreponen; y 3) apelar al principio *in dubio pro reo/pro homine*, i.e. en caso de duda hay que beneficiar al inculpado/a la persona, o lo que es lo mismo buscar la interpretación más benéfica o menos perjudicial.

Si bien cualquiera de los tres casos, parecería violentar lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución, citado líneas arriba, porque aplicaría una pena que no es exactamente aplicable al caso de que se trata por haber dos. A partir del principio *in dubio pro reo/pro homine*, consideramos que ciertamente sería la primera de las dos penas, la del penúltimo párrafo, la aplicable por contener las sanciones menores y por ende más benéficas o menos perjudiciales.

No obsta lo anterior para que subsista la posibilidad de que el juez al resolver pudiera decidir que en principio si hay delito, pero que como no hay pena exactamente aplicable al caso tiene que dejar en libertad al inculpado. Sin embargo, ello violentaría, la tesis por contradicción a la que en 1997 arribó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que la garantía de legalidad si se satisfacía al haber cuando menos una pena expresa y además previa para el delito de violación de una suspensión “APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA SUSPENSIÓN”⁴ y a partir del principio *in dubio pro reo/pro homine* optar por la más benéfica o menos perjudicial de las dos.

2. Declaración de procedencia (desafuero)

Si bien la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982 —por cierto día de los santos inocentes— y en vigor desde el día siguiente de su publicación, cambió la denominación del procedimiento conocido como “desafuero” por el de “declaración de procedencia” en esencia implica todavía quitar el fuero constitucional o al menos la inmunidad procesal a un servidor público para poder proceder penalmente en su contra, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo. Así, como lo dispone el artículo 111,

⁴ *Seminario Judicial de la Federación*, Contradicción de Tesis 19/97, México, diciembre, 1997, 9a., T. VI, 217.

en la parte final del primer párrafo “la Cámara de Diputados tiene que declarar por mayoría absoluta de sus miembros presentes en la sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.”

La declaración de procedencia es una decisión política que no prejuzga ni puede prejuzgar sobre la culpabilidad del inculpado, lo cual sería una decisión propiamente jurídica y, más precisamente, como hemos visto, judicial. De un lado, como lo establece el segundo párrafo de dicho artículo:

“Si la resolución de la Cámara fuese negativa... no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.”

Del otro, como lo estipula el tercer párrafo del mismo numeral:

“Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley”.

A. Requisito de procedibilidad

Al no prejuzgar, en uno y otro caso, sobre la culpabilidad del inculpado, la declaración de procedencia resulta ser un requisito necesario para poder proceder penalmente en contra de un servidor público que cuenta con el fuero constitucional o la inmunidad procesal consagrada en el ya mencionado artículo 111. No obstante, para retirar el fuero o inmunidad al servidor público, la mayoría absoluta de los diputados presentes en la sesión, es decir al menos el 50% + 1, debe considerar que existen datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. Al respecto el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en su segundo párrafo detalla:

“Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

Y en su tercer párrafo determina:

“La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación den el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos precisa: “la Sección Instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado [...] cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado.”

Sin embargo, cabe reiterar que la declaración de procedencia no juzga ni mucho menos prejuzga sobre el asunto, ya que compete solo al juez conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de Código Federal de Procedimientos Penales dictar el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados plenamente dos requisitos: 1) que se ha comprobado el cuerpo de

delito que tenga señalado sanción privativa de la libertad; y, 2) que se ha demostrado la probable responsabilidad del inculpado.

B. Protección del fuero constitucional

La declaración de procedencia no sirve nada más como un requisito de procedibilidad sino que además cumple la misión de proteger a los servidores públicos, designados o electos, para que no sean perseguidos en el ejercicio de sus funciones. Al punto que los diputados debían considerar no sólo que se acreditaba el cuerpo del delito y que era probable la responsabilidad del inculpado sino también que no se trataba de una persecución a un servidor público, quien curiosamente encabezaba las encuestas de preferencias para la elección presidencial del 2006.

Así, la declaración de procedencia tiene una doble finalidad: evitar que bajo el fuero constitucional o la inmunidad procesal un servidor público pueda gozar de impunidad, por un lado; e, impedir que un servidor público sea acusado infundadamente, destituido y/o separado de su cargo y hasta inhabilitado, por el otro.

3. Efecto jurídico de la declaración de procedencia

El principal efecto jurídico de la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado será el separar al servidor público de su cargo. El problema es que hay una contradicción, entre lo dispuesto por la Constitución y lo previsto por la Ley ordinaria, *i.e.* la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, respecto al momento a partir del cual está o queda separado del cargo.

A. Separación del cargo

Habría que comenzar por recordar lo que la Constitución establece, en el séptimo párrafo del multicitado artículo 111:

“El efecto de la declaración que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto”.

Así, el efecto será separarlo de su encargo, pero “en tanto esté sujeto a proceso penal.” De forma tal que si luego “la sentencia es absolutoria el inculpado pueda reasumir su función”. Ahora bien, se entiende que una persona está sujeta a proceso criminal o penal, solamente a partir del auto de formal prisión emitido por una autoridad judicial. No obstante, el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, sugiere que es separado de inmediato:

“Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes”.

Si bien, para la Constitución y la Ley el efecto es separarlo, hay un conflicto normativo entre lo dispuesto por ambas: para la primera la separación no es ni puede ser automática sino

que *será separado en tanto esté sujeto a proceso penal*, mientras que para la segunda *quedará inmediatamente separado y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes*. En nuestra opinión, la norma que debe prevalecer es la constitucional y para ello apelamos en primera instancia a dos argumentos: el primero es que la norma jerárquicamente superior, sobre todo si es clara en su literalidad, debe derrotar a la norma jerárquicamente inferior, *i.e.* la constitucional por encima de la legal; y, el segundo que la norma en beneficio del inculpado o de la persona debe prevalecer sobre aquélla que es en su perjuicio, en este caso también la constitucional sobre la legal.

Cabe destacar que para algunos, el juez debe aplicar la disposición legal, aunque tenga un dudoso origen y pedigrí constitucional, en tanto que no sea declarada inconstitucional. Aunque la preocupación puede estar fundada en el sentido de que una decisión de un cuerpo colegiado electo como sería una asamblea legislativa pueda quedar sin efecto por el criterio de una sola persona no electa como sería un juez. Sin embargo, la decisión de aplicar o no una norma legal de dudosa constitucionalidad puede ser impugnada, por una u otra parte, ya sea por aplicar una ley inconstitucional o por dejar de aplicarla por considerarla inconstitucional, con lo que a final de cuentas se tendría que resolver sobre su constitucionalidad.

La cuestión es que en México se ha adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad donde solamente la Suprema Corte puede en funciones de tribunal constitucional declarar la inconstitucionalidad de una Ley. No obstante, si el juez se limita a resolver un conflicto normativo entre la Constitución y la Ley, a partir de apelar a la mayor jerarquía de la primera sobre la segunda y sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de la última no debería haber problema.

De hecho, el tercer argumento se funda en lo ordenado por la segunda parte del artículo 133 de la Constitución:

“Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados”.

Lo anterior sugiere que los jueces están facultados para aplicar no solamente las Leyes — e inclusive los Tratados— sino además armonizarlas con la Constitución. Por ello, consideramos que un juez no tiene porque aplicar una disposición legal de dudosa constitucionalidad cuando tiene un enunciado constitucional claro y preciso, sin que ello implique que se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la ley cuya declaración ha quedado reservada solamente para la Suprema Corte.

Al respecto, ofrecemos un cuarto argumento, uno que podemos caracterizar como consecuencialista o funcionalista, para evidenciar lo incongruente que sería considerar que basta la declaración de procedencia para haber quedado separado inmediatamente. Sobre todo si traemos a colación el hecho de que la declaración de procedencia es inatacable, conforme al párrafo sexto del propio artículo 111:

“Las declaraciones y las resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

Supongamos que una vez que la Cámara ha declarado que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado: 1) el Ministerio Público no ejercita la acción penal; 2) el Juez, aun cuando el Ministerio Público ejerció la acción penal, niega la orden de aprehensión; o 3) el Juez, aun-

que otorgó la orden de aprehensión, al final de cuentas no dicta el auto de formal prisión. En estos casos qué pasaría, o acaso sería congruente afirmar que estaría o quedaría separado de su cargo indefinidamente. Por supuesto que los efectos de la separación inmediata e indefinida del cargo no pueden ser considerados como consistentes porque dejarían al inculcado en estado de indefensión y tampoco podría reasumir su función porque no hay una sentencia absolutoria.

En este sentido, reiteramos que la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado tiene el efecto de separarlo del cargo, pero solamente en tanto esté sujeto a proceso y forzosamente a partir del auto de formal prisión. De hecho, consideramos que se le ha retirado el fuero constitucional o la inmunidad procesal asociada a su cargo pero exclusivamente para poder ser procesado por la causa penal que dió lugar a la declaración de procedencia.

B. Sustitución del Jefe de Gobierno

En caso de separación del cargo, aun cuando ésta solamente operaría —como hemos visto— en tanto que el inculcado esté sujeto a proceso penal, contado a partir del auto de formal prisión, sería necesario proceder a designar o a nombrar un sustituto. Al respecto, la Constitución, en el artículo 122, Base Segunda, fracción I, tercer párrafo, dispone:

Para el caso de remoción del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Senado nombrará, a propuesta del Presidente de la República, un sustituto que concluya el mandato. En caso de falta temporal, quedará encargado del despacho el servidor público que disponga el Estatuto de Gobierno. En caso de falta absoluta, por renuncia o cualquier otra causa, la Asamblea Legislativa designará a un sustituto que termine el encargo. La renuncia del Jefe de Gobierno del Distrito Federal sólo podrá aceptarse por causas graves. Las licencias al cargo se regularán en el propio Estatuto.

De tal guisa la Constitución contempla tres supuestos diferentes: 1) en caso de remoción, “por causas graves —como lo señala la Base Quinta, inciso F del mismo artículo 122— que afecten las relaciones con los Poderes de la Unión o el orden público en el Distrito Federal”, el Senado nombrará a propuesta del Presidente de la República, un sustituto que concluya el mandato; 2) en caso de falta temporal, quedaría encargado del despacho el servidor público que disponga el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, a saber el Secretario de Gobierno en funciones, tal y como lo consagra el artículo 61 del Estatuto; y 3) en caso de falta absoluta, por renuncia o cualquier otra causa, la Asamblea Legislativa designará a un sustituto que termine el encargo.

De los tres supuestos, está más que claro que el primero no es aplicable porque la remoción la debe realizar la Cámara de Senadores o en los recesos de ésta la Comisión Permanente, pero únicamente por las causas graves detalladas en el artículo 66 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. El problema sería precisar cuál de los otros dos, ya sea una falta temporal o una falta absoluta, es el aplicable al caso de estar separado del cargo, por estar sujeto a proceso penal, a partir del auto de formal prisión.

En principio, parecería que se trata de una falta temporal en tanto que no haya una sentencia condenatoria, al existir la posibilidad de que sea absolutoria y que entonces pueda reasumir la función, siempre y cuando estemos dentro del período para el cual fue electo. Al respecto, la Base Segunda, fracción I, del artículo 122 dispone que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal:

“Ejercerá su encargo, que durará seis años, a partir del día 5 de diciembre del año de la elección”; o sea, como fue electo en el 2000, durará en su encargo hasta el 4 de diciembre del 2006.

Por supuesto que en caso de ser condenatoria, la falta ciertamente se convertirá en absoluta. La cuestión aquí es que el Estatuto considera en el segundo párrafo del artículo 61 que “Cuando la falta de Jefe de Gobierno del Distrito Federal sea superior a treinta días se convertirá en absoluta”. De igual forma, en el caso de haber solicitado licencia, en los términos del artículo 62 del Estatuto, hasta por ciento veinte días naturales, y una vez concluida “no se presentare, se reputará como falta absoluta”.

En este contexto, parece que la falta temporal resultante de la separación del cargo por estar sujeto a un proceso penal, a partir del auto de formal prisión, tarde que temprano se convertiría en una falta absoluta y sería necesario proceder a nombrar un sustituto. No obstante, esto acarrearía una consecuencia contradictoria con lo dispuesto por la Constitución, se privaría al servidor público de la posibilidad de reasumir su función si la sentencia es absolutoria, sobre todo por tratarse de un funcionario electo para un período determinado.

Al respecto insistimos que se trataría de un caso de falta temporal, en el cual por excepción no corren los plazos, por estar suspendidos en espera de que se dé una condición resolutoria: la sentencia definitiva o firme, ya sea absolutoria o condenatoria. Cabe destacar que se trataría de una sentencia definitiva, porque no basta con una sentencia condenatoria en la primera instancia sino que ésta debe ser incontrovertible al haber quedado firme.

4. *Controversia(s) constitucional(es)*

Si bien es cierto que la declaración de procedencia de la Cámara de Diputados es inatacable, es preciso aclarar que por tratarse de una decisión estrictamente política, ésta está protegida al no prejuzgar sobre la culpabilidad del indiciado. Así, en principio, no procede el amparo, pero las tesis jurisprudenciales sugieren que en caso de algún vicio en el procedimiento mismo sí procedería el amparo. Claro está que no se podría impugnar la declaración de procedencia en sí sino la violación a alguna garantía consagrada en la Constitución, como sería la garantía de audiencia, el debido proceso legal, y aportar pruebas en su descargo, entre muchas otras.

Por su parte, las controversias constitucionales tiene la finalidad de dirimir una disputa entre dos o más poderes ya sean federales y/o locales, por supuestas invasiones a sus respectivas competencias. Así, las controversias constitucionales interpuestas tanto por la Cámara de Diputados como por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se centran en dos puntos: 1) Si la Cámara de Diputados se excedió en sus facultades constitucionales al considerar que por el hecho de declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra del Jefe de Gobierno, éste quedaba inmediatamente separado del cargo; y 2) Si la Asamblea Legislativa está facultada para participar en el procedimiento de la declaración de procedencia.

A. Separación inmediata o no del cargo del Jefe de Gobierno del Distrito Federal

Por lo dicho líneas arriba, consideramos que la Cámara de Diputados sí se excedió en sus atribuciones constitucionales, porque debía limitarse a declarar “si ha o no lugar a proceder con-

tra del inculpadado” y dejar que los efectos corrieran por sí solos. Así, al señalar que con fundamento en el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos los efectos eran que el Jefe de Gobierno quedaba inmediatamente separado del cargo y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes, en lugar de simplemente separado en tanto esté sujeto a proceso como lo dispone el artículo 111 de la Constitución, la Cámara ciertamente se excedió en sus atribuciones.

Está claro que el Jefe de Gobierno no quedaría separado del cargo sino hasta que fuera sujeto a proceso, a partir de un auto de formal prisión. Por ello podría permanecer legal y legítimamente en su cargo en tanto no se gire una orden de aprehensión y como consecuencia se le dicte el auto de formal prisión y quede ya sujeto a proceso. En ese sentido, en caso de presentarse en sus oficinas e incluso firmar cualquier documento no se le podría imputar el haber cometido un ilícito.

Mucho menos el de usurpación de funciones, el cual —por definición— implica que alguien, a quien llamamos ‘usurpador’ despoja de y/o se apodera de la función pública que le compete desempeñar a alguien más, a quien llamamos ‘usurpado’. Sin embargo, en este caso, al menos en tanto que no se le haya separado del cargo ni nombrado un sustituto para acabar el período, parecería que el ‘usurpador’ y el ‘usurpado’ serían la misma persona.

B. Participación o no de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el procedimiento de declaración de procedencia

La segunda controversia gira en torno al hecho de que el artículo 111 de la Constitución, consagra dos procedimientos diferentes para la declaración de procedencia: uno, en el primer párrafo, incluye en su enlistado a “el Jefe de Gobierno del Distrito Federal” con la participación exclusiva de “la Cámara de Diputados”; y, otro, en el quinto párrafo, incorpora en su enumeración a “los Gobernadores de los Estados” con la participación además de la Cámara de Diputados de “las Legislaturas Locales” para que éstas en ejercicio de sus atribuciones procedan como correspondan.

El problema es que en apariencia el Jefe de Gobierno podría encajar en cualquiera de los dos supuestos. Dentro del primer párrafo por estar enlistado expresamente y en el quinto párrafo por haber sido considerado, en casos anteriores, como perteneciente a la clase o grupo ‘Gobernador de un Estado’.⁵ Cabe aclarar que, en las circunstancias pasadas, no estaba incluido explícitamente como Jefe de Gobierno del Distrito Federal, pero que a partir de una interpretación analógica *ad simile*, por la semejanzas o similitudes entre las facultades y las funciones ejercidas con las de un Gobernador de un Estado se le consideró *como si* fuera tal.

El hecho de que en otros contextos se le haya comprendido como un Gobernador de una Entidad Federativa no implica que en este caso tenga que ser considerado nuevamente como tal. En especial, si tomamos en cuenta que el supuesto del primer párrafo regula de manera explícita el caso del Jefe de Gobierno, a diferencia de los otras coyunturas en las cuales la discusión era

⁵ “DISTRITO FEDERAL. EL JEFE DE GOBIERNO TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EJERZA LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE ARTÍCULO 97, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Seminario Judicial de la Federación*, P. XXVII/2003, México, diciembre, 2003, 9ª, T. XVIII, 11.

precisamente si estaba contemplado aunque fuera tan sólo de modo implícito al no estar mencionado expresamente.

No obstante, se podría formular un argumento para sugerir que las reformas constitucionales que gradual o progresivamente le han conferido mayores facultades o funciones al Jefe de Gobierno lo han transformado materialmente en Gobernador de un Estado, por la identidad entre las facultades o funciones de ambos, además de ser cargos de elección popular. De tal forma, la mención en el primer párrafo parecería haber sido derogada tácitamente, a partir de alguna de las cláusulas derogatorias, incluidas típicamente en los artículos transitorios de las reformas, las cuales indican que todas las disposiciones que estén en contradicción con la presente reforma quedan derogadas, para ser contemplado exclusivamente por el supuesto contenido en el quinto párrafo. Si bien este argumento tiene alguna plausibilidad, se presume que en dado caso el propio órgano o poder revisor de la Constitución, hubiera incluido al Jefe de Gobierno del Distrito Federal junto a los Gobernadores de los Estados, en el párrafo quinto.

Suponiendo sin conceder, como decimos los abogados, que para este caso se pudiera considerar al Jefe de Gobierno del Distrito Federal como si fuera Gobernador de un Estado o Entidad Federativa, sería necesario considerar también a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como una Legislatura Local. Supongamos que tampoco habría problema para equipararla, en especial, porque el artículo 111 de la Constitución alude a “Legislaturas Locales”, en lugar de a “Legislaturas de los Estados”, al ser la primera una expresión más amplia y por ello menos problemática que la segunda.

Sin embargo, habría una cuestión imposible de sortear: a diferencia de lo que sí sucede en el caso de las Constituciones estatales que prevén cuál sería la participación de la Legislatura Local en el procedimiento de declaración de procedencia, el Estatuto del Gobierno del Distrito Federal no regula este supuesto. Por lo tanto, está clarísimo que debe prevalecer o privilegiarse una mención explícita con un procedimiento expreso, a una interpretación extensiva para incluir al Jefe de Gobierno dentro del grupo de Gobernador de un Estado, cuando no hay un procedimiento previsto para tal caso, con lo cual la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tendría ninguna directriz de cómo proceder en ejercicio de sus atribuciones.

5. Presunción de inocencia y suspensión de los derechos políticos

Si bien el sistema penal ya no se podría caracterizar en su conjunto desde hace mucho tiempo por ser inquisitorial sino acusatorio, subsisten algunas figuras que podrían sugerir lo contrario. Entre ellas, para ilustrar el caso concreto, habría que traer a colación al menos dos. La primera es que a diferencia de la gran mayoría de los países, la presunción de inocencia no está todavía reconocida explícitamente en la Constitución mexicana. La segunda deriva de alguna forma de la primera, debido a que en lugar de presumirse que la persona es inocente se presupone que es culpable. Por lo cual al inculpadó se le suspenden sus derechos políticos desde el momento en que está sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, sin que haya todavía una sentencia definitiva y final en su contra.

A. Presunción de inocencia

Cierto es que la garantía de presunción de inocencia no está todavía reconocida explícitamente en la Constitución, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado a la conclusión que está implícita. Así, a partir de la interpretación de los principios que ya están, como son las garantías consagradas en los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19 párrafo primero; 21, párrafo primero; y 102, apartado A, párrafo segundo, la Suprema Corte ha sostenido: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.⁶

Así mismo, la presunción de inocencia está incorporada a la Constitución a través de los tratados ratificados por México, en 1981, a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los cuales en sus artículos XXVI, 14 fracción 2, y 8° respectivamente, consagran que toda persona acusada tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que no sea declarado culpable.

Aun cuando somos de la opinión que no es estrictamente necesaria que la presunción de inocencia sea explicitada a través de una reforma constitucional, coincidimos que es mejor que esté incluida a no estarlo. Al respecto habría que recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo consagra en su artículo 8o. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” sino también impone en su artículo 2o. el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

En este orden de ideas, lo recomendable sería consagrar la presunción de inocencia expresamente tal y como lo proponía la iniciativa de Reforma Integral de Justicia y Seguridad presentada el año pasado. No obstante, insistimos que el *texto* constitucional en este aspecto todavía no se ha reformado, pero que se puede afirmar sin temor a equivocarse que en su *contexto* ya había mutado.

De hecho, se puede decir que la presunción de inocencia sería no solamente la respuesta correcta sino la única respuesta correcta. En especial, después de que la presunción de dolo fue derogada del propio Código Penal por un Decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1984. Cabe recordar que el artículo 9° — al igual que el 9o. del Código de 1871 y el 14 del Código de 1929— presumía el dolo al disponer en su letra: “La intención dolosa se presume, salvo prueba en contrario”. Hoy en día, dicho numeral se limita a definir, en su párrafo primero:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

⁶ *Seminario Judicial de la Federación*, P. XXXV/2002, México, agosto, 2002, 9ª, T. XVI, 14.

B. *Suspensión de los derechos políticos*

El artículo 38 de la Constitución prescribe en que casos “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden” y entre ellos menciona en la segunda fracción: “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”. Aunque resulta contraintuitivo hablar de un artículo de la Constitución que sea inconstitucional, *i.e.* contrario a la misma, no es admisible una interpretación a la letra o literal para sugerir que desde la fecha del auto de formal prisión se suspenden los derechos o prerrogativas de un ciudadano, entre ellas a votar y a ser votado.

Decimos que dicha interpretación es inadmisibles porque México ha ratificado las principales Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos, tanto la Universal como la Regional, *i.e.* la Americana, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales consagran los derechos de todo individuo a formar parte del gobierno de su país, directa o indirectamente a través de sus representantes, en general, y, a votar y a ser votado, en elecciones libres y periódicas, en particular.

Así, todo ciudadano tiene la oportunidad de ejercer estos derechos sin “restricciones irrazonables” como sería la de suspender los derechos políticos de una persona sujeta a proceso penal, a partir de un auto de formal prisión, cuando las convenciones, declaraciones y pactos de derechos humanos consagran explícitamente la presunción de inocencia. Lo anterior implica que la restricción razonable no podría ser estar sujeto a un proceso criminal o penal, a partir de un auto de formal prisión, sino únicamente a través de una condena o sentencia definitiva y firme, la cual da lugar al supuesto previsto en la fracción III, del mismo numeral 38 de la Constitución “Durante la extinción de una pena corporal”.

La aparente contradicción entre estas dos interpretaciones: la literal que parte del *texto* constitucional y la sistemática que apela a su *contexto* —esto es, a la incorporación o recepción directa de los tratados en materia de derechos humanos que estén de acuerdo con la Constitución, al ampliar las garantías— no se puede resolver nada más al apelar a un criterio jerárquico, como lo hicimos antes, donde la norma superior derrota a la inferior. Puesto que la Constitución dispone en la primer parte de su artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma... serán la Ley Suprema de toda la Unión”, pero la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultante del amparo en revisión 1475/98, sostiene “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.⁷

Ahora bien, para resolver esta contradicción habría que apelar a la primacía de los derechos humanos, como las “cartas que dan un triunfo indiscutible” al ser “el juego que mata a todos los demás” (*rights as trumps*) como diría Ronald DWORKIN, para apoyar que la interpretación que debe prevalecer es la más beneficiosa para la persona; o sea, la que deriva de los Tratados debe derrotar a la de la Constitución. Por más curioso que puede parecer, en caso de que haya una contradicción con relación a los derechos humanos entre la Constitución y un Tratado, o bien, entre dos o más Tratados entre sí, debe prevalecer, conforme al principio de progresividad, aquella que

⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, P. LXXVII/1999, México, noviembre, 1999, 9a., T. X, No. 192867, 46.

sea más benéfica al ampliar de manera progresiva los contenidos y el reconocimiento de los derechos humanos.

Para reforzar este punto es imperativo ofrecer un argumento adicional. Resulta que el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es uno de los pocos que mantiene su formulación y redacción original desde 1917 al no haber sido reformado hasta la fecha. Lo anterior es relevante porque de un gran total de 160 decretos que han adicionado o modificado en 427 ocasiones el *texto* de los 136 artículos constitucionales, incluidas las 9 veces que se han reformado sus transitorios, solamente 36 artículos no han sufrido al menos formalmente ninguna alteración. Sin embargo, desde su promulgación a la fecha, el sistema jurídico mexicano ha cambiado mucho en todo su *contexto* y muy en especial en materia de derechos humanos, al grado de poder sostener que por el principio de progresividad la fracción segunda ha quedado sin efecto, tal como el cuarto párrafo del artículo 22 que contempla todavía la pena de muerte.

Aunque parece que éste sería uno de los casos en que se podría acudir —o haber acudido— tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sin agotar —o haber agotado— recurso previo, en México, en su oportunidad además del amparo se podría promover ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) tanto un Juicio de Revisión Constitucional (JRC) como un Juicio para la protección de los Derechos políticos-electorales del Ciudadano (JDC).

No obstante, hay un criterio del propio Tribunal que sugiere que este último —el JDC— no es procedente, ya que las resoluciones penales “de estimarse violatorios de algún derecho o del principio de legalidad, pueden ser combatidas a través del medio impugnativo que la ley prevea para tal efecto dentro del mismo procedimiento criminal.”⁸ Ahora bien, el TEPJF al resolver un JDC había sostenido:⁹

La suspensión de derechos político-electorales del ciudadano... opera *ipso facto*, esto es, basta estar en el supuesto señalado en esa norma constitucional, para que instantáneamente, la autoridad electoral encargada de organizar todo lo relativo a las elecciones... se encuentre facultada, tan luego como conozca el acontecimiento relativo, para impedir el libre ejercicio del derecho político de sufragar, sin necesidad de declaración previa de diversa autoridad.

De igual forma, el Tribunal ha emitido varias tesis sobre la inelegibilidad, dentro de las cuales destacan: el auto de sujeción a proceso no la puede causar, porque se requiere de un auto de formal prisión para encontrarse en el supuesto previsto por el artículo 38 fracción II de la Constitución;¹⁰ la condena a sufrir una pena privativa de libertad no la produce necesariamente, puesto que el hecho de haber sido condenado por sí sola no es una causa de inelegibilidad per-

⁸ “RESOLUCIONES PENALES QUE TRAEN COMO CONSECUENCIA LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS. IMPROCEDENCIA DEL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO”, Sala Superior, Tesis S3EL 020/2005.

⁹ “DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. LA SUSPENSIÓN DERIVADA DE LA HIPÓTESIS PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL OPERA DE MANERA INMEDIATA”, Sala Superior, Tesis S3EL 003/99, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 382.

¹⁰ “INELIGIBILIDAD. EL AUTO DE SUJECIÓN A PROCESO NO LA CAUSA (Legislación del Estado de Veracruz-Llave)”, Sala Superior, Tesis S3EL 103/2001, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 499.

manente;¹¹ e inclusive que el perdón de la pena otorgado por el ejecutivo es insuficiente para dejar sin efectos la causa de inelegibilidad, ya que éste no borra la comisión del delito ni elimina la responsabilidad del sentenciado sino que se limita a no aplicar la pena.¹²

III. CLAUSURA: DEL DESAFUERO AL DESAMPARO

Al parecer de algunos, una decisión política, *i.e.* la intervención del presidente de la República Vicente Fox Quezada, pone fin a este caso. No obstante, de ahí —del hecho de que aparentemente una decisión política ponga fin a un asunto— no se puede extraer la conclusión de que la política prevalece siempre ni tampoco que prevaleció en esta ocasión. Sobre la relación entre derecho y política en este caso ofrecemos cuatro comentarios:

Primero, este caso nació politizado y murió —o mejor dicho tenía forzosamente que morir— de la misma manera: “El que a hierro mata a hierro muere”. De lo anterior se desprende que para el Jefe de Gobierno no tenía sentido combatir la arbitrariedad e ilegalidad con la legalidad. Su racional era que sí había una decisión política para perseguirlo (*p*) debería haber otra decisión de la misma fuerza e intensidad pero en sentido contrario para dejar de perseguirlo ($\sim p$).

Segundo, comenzó a partir de una decisión política “investigar y perseguir al Jefe de Gobierno” y concluyó también con las anunciadas por el Presidente de la República: “La Procuraduría revisará de manera exhaustiva el expediente de consignación del Jefe de Gobierno del Distrito Federal”, y “Mi Gobierno a nadie impedirá participar en la próxima contienda [electoral] Federal”. Así mismo, no debemos ni podemos olvidar que continuó gracias a otra, eminentemente política, la de la Cámara de Diputados al votar: “Ha lugar a proceder penalmente en contra del Jefe de Gobierno.”

Tercero, como las decisiones políticas echaron a andar y mantuvieron aceitada la maquinaria jurídica era necesario para poder poner fin a este caso detener la máquina primero y apagarla después, porque con cualquier chispita se podría volver a prender. Cabe señalar que no en todos los casos es posible detener el engranaje jurídico cuando ya está funcionando. Por ejemplo, después de ser radicado el expediente por un juez no habría poder humano ni mucho menos presidencial que pudiera detenerlo, hasta que hubiera una sentencia absolutoria o condenatoria, sobre todo en este caso en que además —como lo señala la parte final del séptimo párrafo del artículo 111 constitucional— no procedería el indulto y en dado caso de que pudiera haber un perdón hay una tesis del Tribunal Electoral en el sentido de que ella no eliminaría la causa de inelegibilidad, como mencionamos líneas arriba.

Cuarto, no bastaba con la decisión política del Ejecutivo Federal para poner fin a este caso porque era preciso darle una forma jurídica a la misma. Si fuera cierto que la política prevalece siempre no tendríamos la necesidad de sustentarla en el derecho.

¹¹ “INELIGIBILIDAD. LA CONDENA A SUFRIR PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD NO LA PRODUCE NECESARIAMENTE (Legislación del Estado de Aguascalientes)”, Sala Superior, Tesis S3EL 020/2002, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 503.

¹² “INELIGIBILIDAD. EL PERDÓN DE LA PENA OTORGADO POR EL EJECUTIVO, ES INSUFICIENTE PARA DEJAR SIN EFECTO LA CAUSA DE (Legislación del Estado de Chiapas)”, Sala Superior, Tesis S3EL 042/98, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 502.

En este sentido, para desactivar esta “bomba de tiempo” era imperativo tomar una decisión política, pero también revestirla de una forma jurídica. Antes de concluir criticaremos la estrategia jurídica adoptada para poner fin a este caso por las consecuencias jurídicas desastrosas que acarrearía y mencionamos algunas de las otras alternativas; así mismo, analizamos brevemente los escenarios posibles y apuntamos un par de cuestiones pendientes.

Al revisar el expediente para tratar de poner fin al caso, bastaba con que la Procuraduría General de la República (PGR) dijera que no había elementos suficientes para fincar responsabilidad penal. Sin embargo, por la notoriedad del caso, la PGR sintió que debía decir, además, por qué no iba a ejercitar la acción penal y al hacerlo optó por la peor salida.

Es incuestionable que para salir tenía que concluir forzosamente la averiguación previa PGR/1339/FESPLE/01 con un “no ejercicio de la acción penal”. Sin embargo, al hacerlo, concluyó “a pesar de que está acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del C. Andrés Manuel López Obrador en el delito que se le atribuye, actualmente no se tiene una pena exactamente aplicable al delito de que se trata.”

La anterior fue una respuesta incorrecta por al menos dos razones. La primera porque como hemos visto hay una Contradicción de Tesis de la propia Suprema Corte, donde sugiere de manera explícita que hay dos penas expresas y de modo implícito que hay criterios para optar por una de ellas, léase la menor. La segunda porque al resolver que no hay pena aplicable para el delito de desacato judicial, cometido por la autoridad responsable en un amparo que no obedece un auto de suspensión debidamente notificado, deja no sólo a la suspensión sino también al amparo, válgame la expresión, desamparados. Como decimos coloquialmente: “Al tirar el agua sucia de la bañera, la tiraron con todo y el niño”.

A mayor abundamiento, en el comunicado del miércoles 4 de mayo de 2005, la PGR cometió al menos otros dos “gazapos” jurídicos.

Por una parte, en su afán de señalar que se tenía “acreditado el cuerpo del delito” y “acreditada la probable responsabilidad del C. Andrés Manuel López Obrador, en la comisión del delito de desobediencia” anotó: “Esto también fue acreditado y reconocido en la Cámara de Diputados.” Sin embargo, como hemos visto, la Cámara baja no podía prejuzgar sobre el hecho de que estuviera *acreditado el cuerpo del delito y acreditada la probable responsabilidad* sino meramente que había elementos para acreditar ambos.

Por otra parte, en su ánimo de encontrar una salida apegada a derecho apuntó: “Esta decisión está 100% dentro de la Ley.” El desatino es más que evidente: el apego a derecho no es una cuestión de grados o porcentajes, porque las decisiones son conforme a derecho o no lo son.

Está clarísimo que la salida tenía que ser el no ejercicio de la acción penal. No obstante, la Procuraduría al revisar el expediente podría —y de hecho debería— haber llegado a la conclusión de que si bien no se obedeció el auto de suspensión, constaba en los autos de la averiguación previa que el Jefe de Gobierno dio instrucciones para que sí se cumpliera con la suspensión. Aun cuando no se obedeció la suspensión, no fue él directamente quien desobedeció sino alguien más. Con lo cual habría que responsabilizar a algún otro funcionario: el directamente responsable de no cumplir con la suspensión. O bien, señalar que después de realizar una inspección —o a partir de la que consta en autos— por la orografía de lugar no se puede —o pudo— comprobar feha-

cientemente que no se obedeció la suspensión. Con lo cual no habría ni siquiera que encontrar a otro culpable, por no haber responsabilidad.

Para concluir estas digresiones había que aludir a dos cuestiones más. La primera sería que —por más técnica que hubiera sido la salida de la Procuraduría o cualquiera de las alternativas— persistía la posibilidad de que con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, se pudiera impugnar la resolución del Ministerio Público de “no ejercicio”. Aquí la cuestión sería saber quién tiene interés jurídico para impugnar.

Hoy en día, además del propio Ministerio Público, es decir como institución, pero en la persona de otro de sus agentes, los únicos con interés jurídico serían la víctima u ofendido, en este caso el dueño del predio “El Encino”. Puesto que ni el juez que dió vista al Ministerio Público ni la Cámara de Diputados que reiteró el fuero constitucional y/o inmunidad procesal tendría más que un interés simple, pero jamás el interés jurídico para impugnar. Cabe señalar que con la nueva Ley de Amparo, tal y como está proyectada, bastaría con tener interés legítimo para poder impugnar. Aun cuando, la víctima u ofendido impugnara el “no ejercicio de la acción penal” el caso se podría dar por cerrado, al menos en lo tocante al Jefe de Gobierno para reabrirse en búsqueda del responsable directo de la desobediencia, con independencia de que se encuentre a uno o no.

La segunda sería la pregunta: es necesario reestablecer al Jefe de Gobierno su cargo y su fuero, y, en su caso, cómo hacerlo. Con relación al cargo, como hemos visto, somos de la opinión que el Jefe de Gobierno al no haberse dictado auto de formal prisión en su contra nunca quedo separado de su encargo. Por lo cual no hay necesidad de reestablecerlo en el mismo.

En lo referente al fuero, consideramos que éste solamente se le retiro para que pudieran proceder penalmente en su contra por la no obediencia a la suspensión definitiva otorgada por un juez respecto del predio conocido como “El Encino” y no para otro asunto. Así que una vez desaparecida la causa por la que se declaró la procedencia, independientemente de que no haya sido a partir de una sentencia absolutoria o no condenatoria, el Jefe de Gobierno podría gozar de su fuero a cabalidad.

No obstante, a quienes consideran que sería necesario un acto explícito para restituirle el fuero al Jefe de Gobierno y sobre todo a quienes creen que no existe tal mecanismo habría que: reiterarles, de un lado, que no es estrictamente necesario hacerlo; y, recordarles, del otro, que el mismo órgano autorizado para promulgar ‘x’ lo está para derogar ‘x’, o aquél facultado para autorizar ‘y’ está para anular ‘y’. Aunque el supuesto no esté contemplado de manera expresa se entiende como si lo estuviera de modo tácito.

En este sentido, habría que traer a colación el hecho de que así como el Presidente de la República, en su momento, con fundamento explícito en el artículo 27 de la Constitución, presentó un “decreto” para expropiar tierras para la construcción del nuevo aeropuerto internacional de la ciudad de México y luego retiró su “decreto” sin contar con otro sustento jurídico. De igual forma, la Cámara de Diputados que, con fundamento expreso en el artículo 111 constitucional, al declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra de tal o cual servidor público, le quitó el “fuero” se lo puede restituir con el mismo sustento, al atender a lo dispuesto por el inciso f) del artículo 72 de la Constitución:

“En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

Una vez hechas estas consideraciones nada más nos restaría insistir en dos aspectos. Aun cuando parecería que en este caso prevaleció la política sobre el derecho, habría que decir que fue necesario cumplir con las formas jurídicas para alcanzar una clausura, la cual dicho sea de paso no fue del todo la correcta. De igual forma, como el derecho no puede ser un obstáculo para la cultura jurídica sino que por el contrario debe ser su principal promotor es preciso no sólo *describir* cómo ‘es’, *prescribir* cómo ‘deber ser’, y *predecir* cómo ‘puede ser’, sino también *enunciar* y *denunciar*, así como *entender* y sobre todo *explicar* cómo ‘es’, ‘debe ser’, y ‘puede ser’, a los demás para que cada uno pueda formarse una opinión informada e incrementar la cultura jurídica de todos los ciudadanos mexicanos.