



64

**Consideraciones jurídicas sobre el desafuero
de Andrés Manuel López Obrador**

Jaime Cárdenas

DERECHO CONSTITUCIONAL

Abril 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. Introducción	1
II. La finalidad jurídica de la declaración de procedencia	5
III. El caso de Andrés Manuel López Obrador	6
IV. Interpretación del artículo 38, fracción II de la Constitución	16
V. Conclusiones	20

I. INTRODUCCIÓN

La discusión que en México se ha dado sobre el procedimiento de desafuero del actual Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Andrés Manuel López Obrador, no sólo ha provocado múltiples comentarios de naturaleza política en los medios de comunicación nacionales y en los circuitos políticos del país sino también variadas reflexiones jurídicas al respecto. Éstas últimas son las que ocupan las presentes líneas, aunque las políticas no dejan de estar presentes, por tratarse de un asunto eminentemente político que fue generado desde las instancias de poder con la intencionalidad evidente de eliminar a un adversario político de la contienda electoral que ocupará el proceso comicial de 2006 y en donde esas instancias utilizaron el aparato del Estado de manera ilegítima para mantener en el poder a los que actualmente gobiernan o a sus aliados, preocupados por una modificación al status quo que revertiría la situación de privilegio que durante décadas han tenido, e interesados en que no se combatan actos de corrupción como el FOBAPROA¹ y se modifique el proyecto económico y social vigente. Sobre las disquisiciones jurídicas habría que decir que son por demás interesantes y ponen una vez más a prueba el frágil Estado de Derecho que se pretende construir en México. Las reflexiones jurídicas recorren el ámbito de lo jurídico y entre ellas destaco a las siguientes:

1) En materia de Filosofía del Derecho se ha comentado el papel de la ley, del Estado de Derecho y el de los derechos humanos. Para algunos la ley debe imponerse a toda costa sin tomar en consideración ningún elemento ulterior como la justicia. La discusión pública ha servido para reafirmar que para la existencia del Estado de Derecho no basta la ley, que ésta no sólo debe tener un origen democrático sino debe estar orientada hacia la garantía de los derechos; que el Estado de Derecho implica origen y ejercicio democrático del poder, división de poderes, control de constitucionalidad, argumentación jurídica, publicidad del poder y control severo de su arbitrariedad. La ley por la ley puede ser el mejor instrumento de dominación del poder,² la ley no puede fagocitar al Derecho, la autoridad debe resolver conforme a la ley pero también conforme al Derecho, la ley se debe interpretar y aplicar desde la Constitución y sus derechos.

Otro tema que ha estado en la discusión pública en materia de filosofía del Derecho, ha sido el saber si las formas de resistencia civil y la movilización social forman parte del Estado de Derecho. Para muchos estas formas son anti-Estado de Derecho, incompatibles con él. Muchos, por el contrario, sostenemos que las movilizaciones sociales, la resistencia civil, la desobediencia civil, si se producen por cauces pacíficos son instrumento del Estado de Derecho. Como advirtie-

¹ Fue un instrumento jurídico que transformó cuantiosas deudas privadas en deuda pública con la participación del gobierno, los banqueros e importantes empresarios del país con el propósito de realizar el rescate del sistema financiero. Los grandes beneficiados de ese esquema se han mantenido en la opacidad. Probablemente muchos recursos del FOBAPROA se utilizaron para financiar campañas electorales, entre ellas, la presidencial de 1994. Pasarán décadas antes que los contribuyentes mexicanos terminen de pagar ese inmenso fraude a la nación.

² Zagrebelsky, Gustavo, "La Ley, el Derecho y la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre/diciembre, 2004, número 72, pp. 11- 24.

ran en su momento Rawls³ o Habermas,⁴ estos procedimientos permiten perfeccionar el Estado de Derecho, advertir de sus insuficiencias, sus defectos e injusticias. Son instrumentos que operan ante la incapacidad de las instituciones establecidas para procesar reclamos y reivindicaciones sociales. No son anti-Estado de Derecho, son instrumentos totalmente compatibles con él. Recuperan el papel activo de la sociedad civil a la que se debe el aparato del Estado. Desconocerlas como opuestas al Estado de Derecho es no asumir el origen democrático del poder y entraña concebir un orden jurídico autárquico y autosuficiente, lo que no puede ser sino una mentira, una imposibilidad racional.

2) En materia constitucional se han dado un buen número de discusiones y todas muestran la insuficiencia del orden constitucional nacional. En estas páginas me ocuparé de algunas de ellas, pero antes quiero mencionar otras que también han sido objeto de debates:

a) El momento de la separación del servidor público desaforado. Según el párrafo séptimo del artículo 111 de la Constitución, el efecto de la declaración de procedencia será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Como bien sabemos, una persona está sujeta a proceso penal hasta el momento en que el juez dicta el auto de formal prisión. Sin embargo, el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos determina que si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión. ¿Qué norma acatar? En un procedimiento de desafuero anterior, el de René Bejarano, se prefirió el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos al artículo 111 de la Constitución. Una recta interpretación debería privilegiar la norma constitucional sobre la legal.

b) ¿Qué autoridad debe sustituir al Jefe de Gobierno del Distrito Federal en caso de producirse el desafuero?

De acuerdo al artículo 122 base segunda fracción I de la Constitución, se dice que: “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...”. ¿En qué supuesto se encuentra una declaración de procedencia? Soy de la opinión que la hipótesis procedente es la de “cualquier otra causa”, por lo que la Asamblea Legislativa debe designar a un sustituto que termine el encargo. Lo anterior en virtud de no actualizarse los supuestos de falta temporal, de falta absoluta, de renuncia o las de remoción que según la base quinta inciso f) del artículo 122 de la Constitución consisten en causas graves que afecten las relaciones con los poderes de la Unión o el orden público en el Distrito Federal y, que el artículo 66 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal detalla de la siguiente manera: invadir de manera reiterada y sistemática la esfera de competencia de los poderes de la Unión, abstenerse de ejecutar en forma reiterada y sistemática, o incurrir en contravención de actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos que dicten los poderes de la Unión, no brindar la debida protección a las instalaciones y depositarios de los Poderes Federales cuando haya

³ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 40 y pp. 413 y ss.

⁴ Habermas, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción de Ramón García Cotarelo, Madrid, ediciones Península, 1985, pp. 110 y ss. También Habermas, Jürgen, “La desobediencia civil”, en *Leviatán*, número 14, invierno 1983, pp. 100 y ss.

sido requerido para ello, utilizar la fuerza pública fuera de las facultades de dirección que en materia de seguridad pública le corresponden afectando el orden público y, las demás que determinen otras disposiciones legales y que afecten gravemente las relaciones con los Poderes de la Unión o el orden público.

c) ¿Debe participar la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el procedimiento de desafuero?

Según el párrafo quinto del artículo 111 de la Constitución, las legislaturas locales intervinen en los procedimientos de desafuero. Ese párrafo señala: “Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en ese supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda”.

La respuesta que tome en cuenta una interpretación literal de la Constitución será negativa, puesto que el Distrito Federal no tiene la naturaleza de Estado y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal no es un gobernador. Sin embargo, en distintas ocasiones, el poder judicial federal, ha asimilado a los órganos de gobierno del Distrito Federal a los poderes de un Estado.⁵ Desde luego, que es un tema debatible y no resuelto totalmente.

En este mismo hilo argumental y si concluyésemos que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal no es un Gobernador, entonces, no tendría en caso de ser candidato a la presidencia de la República, separarse de su puesto seis meses antes del día de la elección, pues el artículo 82 fracción VI de la Constitución establece: “No ser secretario o subsecretario de Estado, Jefe o Secretario General de Departamento Administrativo, Procurador General de la República, ni Gobernador de algún Estado, a menos de que se separe de su puesto seis meses antes del día de la elección...”.

d) ¿Existen medios de defensa legal contra las decisiones de la sección instructora y de la Cámara de Diputados en materia de declaración de procedencia?

Según el párrafo sexto del artículo 111 de la Constitución las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables. Como lo ha descrito Eduardo Andrade⁶, en el caso Pemexgate, los legisladores sujetos al procedimiento de desafuero, recurrieron en distintas ocasiones al juicio de amparo respecto a decisiones no definitivas de la Cámara de Diputados, decisiones de la sección instructora. El poder judicial mantuvo criterios contradictorios pero se ha decantado por la improcedencia del juicio de amparo sobre cualquier acto o determinación en los supuestos del procedimiento de desafuero. Lo anterior significa, como ha ocurrido, que la sección instructora o cualquier órgano de la Cámara de Diputados, incluyendo a su pleno, puede tomar decisiones aberrantes o antijurídicas y no habría medio de defensa alguno, lo que contraviene los derechos humanos de los sujetos a estos procedimientos. Se trata de una ex-

⁵ Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, novena época, diciembre de 2003, Tesis: P.XXVIII/ 2003 página: 11 tesis aislada. “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 DEL ARTÍCULO 97, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

⁶ Andrade, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie estudios jurídicos, núm. 63, 2004, pp. 60-62.

cepción al control de constitucionalidad, de una excepción ¿constitucional? al Estado de Derecho.

e) ¿Por las características de este procedimiento de desafuero estamos ante un golpe de Estado anticipado?

Muchos así lo han estimado, en virtud de las conversaciones entre el Presidente de la República, el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Procurador, el Secretario de Gobernación para decidir el procedimiento desafuero y alterar con ello la autonomía de la Procuraduría y la independencia judicial,⁷ porque han encontrado impurezas que han pervertido el procedimiento, porque a sabiendas de la popularidad del candidato según las encuestas han decidido impedir su acceso como candidato presidencial en 2006 y de esa manera vulnerar la voluntad ciudadana reduciendo ilegítimamente las opciones que ésta debiera tener; porque se ha utilizado la manipulación y se ha hecho uso político indebido de procedimientos e instrumentos jurídicos para hacerse con el poder a espaldas a la voluntad electoral y, en síntesis la presencia de un ejercicio inmoral de la ley, de la política sin moral, una maniobra política que se sirve inmoralmente de los medios jurídicos para socavar el Estado de Derecho. Según el Diccionario de Política, coordinado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, un golpe de Estado es: un acto llevado a cabo por órganos del Estado, generalmente del sector militar, aunque no siempre; su objetivo es hacerse con el poder o mantenerse en el mismo, de manera ilegítima, como en el famoso golpe de Estado de 1851 de Luis Bonaparte que de presidente de la II República Francesa pasó a emperador de Francia; y, reforzar el poder del gobernante con violación al orden constitucional y los derechos ciudadanos.⁸ Muchos de estos elementos están presente en el presente caso, ciertamente no se trata de un golpe de Estado realizado por militares pero sí por elementos del gobierno, se utilizan vías ilegítimas, el uso faccioso del aparato del Estado, para mantener a un grupo en el poder (dirigentes del PAN y del PRI), y estas acciones con violación al sistema constitucional al impedir el acceso a una candidatura presidencial con total menosprecio a la voluntad ciudadana.

f) ¿Se justifica aún el procedimiento de declaración de procedencia?

A la luz de la experiencia en este caso, me parece que se justifica la institución a contrario de lo que han opinado, para otros casos, otras voces.⁹ Es verdad que la declaración de procedencia debe simplificarse y la norma secundaria ajustarse a la Constitución. Es incorrecto que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos pervierta en su artículo 25 el objetivo de la institución como se expondrá más adelante. Es también absurdo que contra las decisiones del órgano legislativo en esta materia no se admita medio de defensa alguno, pues limita al Estado de Derecho. Resulta aberrante que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su artículo 28 determine la separación inmediata del cargo del servidor público cuando resuelve sobre la declaración de procedencia y el artículo 111 de la Constitución obligue a ello, al momento de la sujeción a proceso.

⁷ Sánchez Vázquez, Adolfo, “El desafuero de la política y la moral”, en *La Jornada*, viernes 18 de marzo de 2005, p. 7.

⁸ Barbé, Carlos, “Golpe de Estado”, en Bobbio, Norberto, y Matteucci, Nicola, *Diccionario de Política*, 6a. ed. en español, México, Siglo XXI Editores, 1988, pp. 745-749. La idea de considerar el procedimiento de desafuero en contra de Andrés Manuel López Obrador como golpe de estado se debe al abogado Javier Quijano que publicó en *Milenio Diario* de la ciudad de México, ese razonamiento.

⁹ En México, muchas voces han reivindicado la derogación de las inmunidades a los altos funcionarios públicos. Véase Valdés, Clemente, *La Constitución como instrumento de dominio*, México, ediciones Coyoacán, 2000.

La declaración de procedencia debe orientarse y concebirse por su finalidad: impedir que los amagos y acechanzas del poder permitan que acusaciones infundadas sirvan para destituir y/o inhabilitar políticamente al adversario. Cualquier propuesta de reforma en la materia¹⁰ debe verse en la integridad constitucional. Estas instituciones no deben servir para salvaguardar impunidad y permitir corrupción pero tampoco para menoscabar y violar derechos humanos. Esto es, los fines públicos deben conciliarse con los derechos humanos del servidor público.

En el pasado autoritario del país, instituciones como el fuero de ciertos servidores públicos se pervirtieron por las características del régimen.¹¹ Es momento de revertir esa circunstancia histórica. El orden constitucional no se debe prestar para crear impunidad pero tampoco para finiquitar el proceso democrático. No se trata de que los puestos públicos sean santuarios para el crimen, pero tampoco que los procedimientos de responsabilidad sean usados como armas políticas.

II. LA FINALIDAD JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA

Existe en México la convicción generalizada en la doctrina constitucional que el fuero es una forma de protección a la función ejercida.¹² Lo sostiene así Burgoa cuando señala que la finalidad del fuero no estriba en proteger la persona del funcionario sino en mantener un equilibrio entre los poderes del Estado para posibilitar el funcionamiento normal del gobierno.¹³ Lo manifiestan Pallares e Ignacio Vallarta. Por su parte, la misma idea la refrenda Tena Ramírez cuando dice que el fuero constitucional no tiene por objeto instituir un privilegio a favor de un funcionario, lo que sería contrario a la igualdad del régimen democrático, sino proteger la función de los amagos del poder o de la fuerza.¹⁴ Juristas más cercanos en el tiempo como Sánchez Bringas,¹⁵ Quiroz Acosta y Andrade, coinciden en que la protección de la función pública es lo que justifica el fuero de los altos servidores públicos de la federación.

El problema se complica cuando se dice que la finalidad del desafuero a la luz de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos es según su artículo 25: "...establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita", pues según el artículo 111 párrafo segundo de la Constitución, la resolución de la Cámara "no prejuzga los fundamentos de la imputación", ¿cómo deben entenderse estas dos normas?

Algunos como Eduardo Andrade señalan que: "...la Cámara en realidad no juzga la conducta del funcionario, sino solamente determina la oportunidad política de privar a éste de fue-

¹⁰ En el Senado de la República se han presentado distintas iniciativas tendentes a limitar las inmunidades y privilegios de los altos servidores públicos. Véase, por ejemplo, la propuesta presentada, en 2004, por la Comisión especial para el estudio de los sistemas de control de la administración y rendición de cuentas de los Poderes de la Unión.

¹¹ Cárdenas, Raúl F., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982, pp. 560 y ss.

¹² Andrade Sánchez, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, 2004, p. 33.

¹³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979, pp.508 y ss.

¹⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1978, decimosexta edición, pp. 583 y ss.

¹⁵ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 699 y siguientes. Quiroz Acosta, Enrique, *Lecciones de Derecho Constitucional. Segundo Curso*, México, Porrúa, 2002, pp. 584 y ss. Andrade Sánchez, Eduardo, obra citada, pp. 532 y ss.

ro...”.¹⁶ Lectura que en verdad no resuelve nada. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos no puede estar por encima de la Constitución y, a todas luces, la ley se opone a la determinación constitucional.

Me parece que el conflicto que se produce entre la lectura del segundo párrafo del artículo 111 de la Constitución y el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es porque no se ha entendido el carácter esencialmente político de la actuación de la Cámara de Diputados. Desde siempre, en el Derecho Comparado ha quedado claro que la inmunidad tiene por propósito evitar que a un determinado servidor público se le persiga con una base penal falsa o manipulada por razones o fines políticos.¹⁷ Como dice García Morillo: “...el carácter de protección política que subyace en la inmunidad no va ligado al delito cometido, sino a la persecución penal instada. La inmunidad no protege a quienes cometen delitos por motivaciones políticas...sino que protege frente a quienes, por móviles políticos, urden una acusación penal...la determinación de la pertinencia de conceder el suplicatorio no va, por eso, ligada al acto por el que se persigue al parlamentario, sino a la persecución misma: es en ésta, y no en el delito, donde hay que detectar la motivación política...”.¹⁸

Lo anterior significa que el carácter político de la institución de la inmunidad y del desafuero o declaración de procedencia debe buscarse no en el hecho penalmente perseguido, sino en la persecución en sí, pues sólo el carácter político de la persecución justificará, con independencia de los hechos, la aplicación de la inmunidad. Sin embargo, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos no está elaborada en el sentido de esa idea y, la doctrina nacional, aunque reconoce que se debe proteger a la función de los amagos del poder o de la fuerza, concluye repetidamente que la materia del desafuero es establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional.

Esta perversión de la ley nacional tiene, desde mi punto de vista, una explicación: el carácter autoritario del régimen previo. Es decir, en el antiguo régimen era impensable que una norma fuese elaborada para que se acreditara una persecución política a cargo de uno de los poderes del Estado en contra de un alto funcionario de la federación, por eso se concentraba el análisis del desafuero en la conducta del señalado, su probable responsabilidad y la existencia del delito, lo que a todas luces desvía la finalidad de la institución que es determinar si existe o no una persecución política, un “*fumus persecutionis*” de una fuerza política –formal o informal- en contra de un alto servidor público del Estado, lo que no excluye que la finalidad de la inmunidad es proteger la función.

III. EL CASO DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR

En el caso del posible desafuero al actual Jefe de Gobierno del Distrito Federal, como nunca, se actualiza la finalidad de la inmunidad constitucional que reconoce el artículo 111 de la Constitución a diversos funcionarios públicos. Como se sabe, tal inmunidad en México y en otros países, persigue salvaguardar a ciertos órganos —legislativos, ejecutivos, electorales, etcétera—

¹⁶ Andrade Sánchez, Eduardo, obra citada, p. 71.

¹⁷ Manzella, Andrea, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 245.

¹⁸ García Morillo, Joaquín, “Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria”, en *Cuadernos y Debates*, número 46, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 87 y 88.

a través de la protección de sus miembros, de cualquier acción penal que tenga como motivación real la persecución política.¹⁹

En este caso, las motivaciones son políticas y existen evidentes deficiencias jurídicas en la solicitud de desafuero y en el procedimiento seguido ante la sección instructora de la Cámara de Diputados. Entre las deficiencias jurídicas más evidentes, se pueden mencionar las siguientes:

1. *El Ministerio Público no tenía el deber de ejercitar la acción penal por la vista que realizó el Juez de Distrito*

En distintas declaraciones a medios de comunicación, el presidente de la República, funcionarios de la Procuraduría General de la República y otras autoridades, han señalado que concluyeron el ejercicio de la acción penal en este caso porque no había otro camino, en tanto que el Juez de Distrito había determinado el incumplimiento de la interlocutoria de la suspensión definitiva de 14 de marzo de 2001 en el juicio de amparo 862/2000, seguido ante el Juez Noveno de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, situación incorrecta, pues es totalmente falso que el Ministerio Público esté obligado indefectiblemente a concluir el ejercicio de la acción penal cuando el juez de distrito da vista al agente del Ministerio Público. Suponer eso, implica negar y condicionar la atribución constitucional que el Ministerio Público tiene para investigar los delitos, en contravención a los artículos 21 y 102 A de la norma fundamental. Al Ministerio Público incumbe la persecución y la investigación de los delitos federales, tiene un monopolio, con las limitaciones que establece el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional, por lo que ninguna autoridad debe condicionar cuándo sí o cuándo no, ejercita éste la acción penal, dado que esas circunstancias irían en detrimento de su autonomía. El poder judicial federal en la siguiente tesis deja muy en claro cuáles son los alcances de la vista del juez al Ministerio Público en el caso del artículo 206 de la Ley de Amparo. Dicho criterio señala:

“VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN, DELITO DE. PARA QUE SE ACREDITE EL CUERPO DEL ILÍCITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO, NO ES SUFICIENTE QUE EL JUEZ DE DISTRITO QUE CONOCIÓ EL INCIDENTE RESPECTIVO HAYA DECLARADO PROCEDENTE Y FUNDADA LA DENUNCIA DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN, PUESTO QUE ES NECESARIO QUE LA AUTORIDAD DEL PROCESO TENGA A LA VISTA LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN QUE SE TOMARON EN CONSIDERACIÓN PARA ARRIBAR A TAL CONCLUSIÓN, A FIN DE VALORARLOS CONFORME A LAS REGLAS DEL CÓDIGO ADJETIVO DE LA MATERIA”.²⁰

En otros asuntos relacionados con el artículo 206 de la Ley de Amparo, el Ministerio Público Federal ha concluido con el no ejercicio de la acción penal. Estas averiguaciones previas fueron: la 993/FESPLE/2000; la 1821/2000 abierta con motivo de la violación a una suspensión de amparo resuelta por el Juez Cuarto de Distrito en materia administrativa en el Estado de Jalisco; en la averiguación previa 101/ D / 2003- VII A relativa al amparo 1466/2003-I; y, en la averiguación 08/DAFMJ/2003, abierta por la violación a la suspensión en el amparo 744/2002.²¹ En

¹⁹ *Ibidem*, pp. 73 y ss.

²⁰ Novena época, Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, abril de 2002, tesis XX-VII, 4 P, p. 1375.

²¹ López Obrador, Andrés Manuel, *Contra el desafuero. Mi defensa jurídica*, Editorial Grijalbo, México, 2005, página 151-163.

donde el Ministerio Público Federal razona y concluye que no es de ejercitarse la acción penal porque el delito del artículo 206 de la Ley de Amaro carece de pena exactamente aplicable. Esas resoluciones en donde el Ministerio Público Federal propone el no ejercicio de la acción penal son posteriores al año de 1997, fecha de la tesis de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sostiene que no hay inconstitucionalidad alguna en el artículo 206 de la Ley de Amparo.

2. *El Ministerio Público no investigó si efectivamente se incumplió la suspensión*

Según la interlocutoria de 14 de marzo de 2001 del juez noveno de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, la suspensión era: "...para el único efecto de que las autoridades responsables paralicen los trabajos de apertura de vialidades sólo en la parte de las fracciones expropiadas que servían de acceso al predio denominado "El Encino" ubicado en la Zona la Ponderosa, en la Delegación del Distrito Federal en Cuajimalpa de Morelos, así como para que se abstengan de bloquear y cancelar los accesos al predio de la quejosa".

A partir de esa determinación el Ministerio Público debió: 1) Investigar cuáles eran los accesos que servían al predio "El Encino" antes de la interlocutoria; 2) Conocer si se habían paralizado o no las obras en esos accesos; y 3) Determinar si las autoridades responsables habían bloqueado y cancelado los accesos al predio de la parte quejosa. Es decir, la interlocutoria de la suspensión definitiva jamás ordenó que las autoridades no realizaran obras en el predio expropiado, sino que sólo se prohibió que se efectuaran en aquella parte de las fracciones expropiadas que servían de acceso a El Encino.

El Ministerio Público nunca probó, porque así consta en el expediente de la Sección instructora de la Cámara de Diputados,²² ni siquiera cuáles eran los accesos, que delimitación topográfica tenían, por lo que no pudo acreditar los demás supuestos derivados de esa circunstancia. Además la parte quejosa manifestó en su demanda de amparo de 4 de diciembre de 2000, en los antecedentes 24 y 25 de su escrito inicial, que el predio no tenía accesos. ¿Cómo se pudo determinar el respeto a accesos que no existían según lo señalado por la quejosa en su demanda?

Los anteriores extremos, la confusión de la quejosa y del juez y, posteriormente de los magistrados del Séptimo Tribunal Colegiado en materia administrativa en el Distrito Federal, no fueron objeto de investigación por parte del Ministerio Público. Esta última autoridad faltó a su deber de investigar para poder perseguir un delito.

3. *Pruebas nulas de pleno derecho*

Una buena parte de los razonamientos del Juez Noveno de Distrito y del Séptimo Tribunal Colegiado de Distrito en materia administrativa, para concluir el incumplimiento a la suspensión se apoyaron en pruebas que no se practicaron debidamente. En el procedimiento judicial se

²² Véase el dictamen de la Sección Instructora de la Cámara de Diputados correspondiente al expediente SI/03/04, relativo al procedimiento de declaración de procedencia solicitado en contra del C. Andrés Manuel López Obrador, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, *Gaceta Parlamentaria*, Año VIII, número 1724, lunes 4 de abril de 2005.

dice que se desahogaron una serie de inspecciones judiciales²³ a cargo de actuarios del Juzgado, las que debieran realizarse por los jueces, magistrados y/o el Ministerio Público para tener valor probatorio pleno. Al no practicarse por los jueces, magistrados o el Ministerio Público, tales pruebas carecen de valor jurídico. Javier Quijano Baz²⁴ expone como la doctrina procesal (Sodi, Ugo Rocco, Pérez Palma, Becerra Bautista, Cipriano Gómez Lara, Rafael de Pina, etcétera) es unánime en el sentido que la prueba de inspección judicial debe realizarse directamente por el juez para tener valor jurídico. El artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales dice que la prueba de inspección judicial debe ser aplicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del ministerio público o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso.

Si la determinación de la violación a la suspensión definitiva se apoyó en este tipo de pruebas, es obvio, que el Ministerio Público no tenía porque concluir como lo hizo el poder judicial federal. Es evidente que el Ministerio Público debía investigar, situación que no ocurrió en el presente caso.

4. *Las modificaciones ilegales a la suspensión de 14 de marzo de 2001*

La suspensión definitiva otorgada por el Juez Noveno de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal que consistió en: paralizar los trabajos de apertura de vialidades sólo en la parte de las fracciones expropiadas que servían de acceso al predio denominado El Encino y abstenerse —las autoridades responsables— de bloquear y cancelar los accesos al predio de la quejosa, se extendió y modificó sin razón jurídica alguna. El juez Tovilla León —nuevo impartidor de justicia en el juzgado noveno de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal— mediante proveído de 13 de febrero de 2002 (11 meses después de la interlocutoria que concedió la suspensión definitiva) dispuso ordenar el retiro de toda la maquinaria y equipo de construcción que se encuentre en las fracciones expropiadas para “tener la certeza” que no se violara la suspensión, pese a haber reconocido en autos que no existía prueba que acreditara o desmintiera que las autoridades hubiesen incumplido con la suspensión. Ese proveído modificó sin causa alguna —ni legal ni fáctica— la suspensión definitiva, infringiendo la condición que para modificar el auto de suspensión exige el artículo 140 de la Ley de Amparo, pues nunca fue probada la existencia de un hecho superveniente que fundamentara la nueva disposición.²⁵

El Séptimo Tribunal Colegiado en materia administrativa en el Distrito Federal, por mayoría de votos, estimó variar aún más la suspensión definitiva decretada el 14 de marzo de 2001. Este Tribunal señaló que: “...una recta interpretación de los efectos de la suspensión implica la libertad de acceder libremente al predio propiedad del quejoso, es decir, que debiera permitirse que tanto vehículos como personas tengan posibilidad de entrar sin obstáculo”.²⁶ Sin que se to-

²³ Las fechas de las inspecciones judiciales, practicadas por los actuarios de los juzgados, son: 14 de diciembre de 2000; 12 de enero de 2001; 12 de marzo de 2001; 5 de abril de 2001; 3 de agosto de 2001; y, 28 de agosto de 2001.

²⁴ Quijano Baz, Javier, “¿Jueces en El Encino?”, en *Milenio Diario*, lunes 7 de marzo de 2005, p. 22.

²⁵ El artículo 140 de la Ley de amparo dice: “Mientras no se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio de amparo, el juez de distrito puede modificar o revocar el auto en que haya concedido o negado la suspensión, cuando ocurra un hecho superveniente que le sirva de fundamento”.

²⁶ López Obrador, Andrés Manuel, obra citada, p. 55.

mara en cuenta lo establecido en la demanda de amparo de la parte quejosa –antecedentes 24 y 25- en la que ésta manifestaba que no había acceso de ninguna clase a El Encino.

El Ministerio Público no investigó las razones de las variaciones del juez y del Tribunal Colegiado, no tuvo a la vista el contenido de la demanda de la quejosa, no investigó cuáles eran los accesos, no los delimitó topográficamente, no ubicó los accesos en el tiempo, no determinó la extensión del predio (sus medidas y colindancias), no investigó si hubo dolo de López Obrador para incumplir lo ordenado por el juez el 14 de marzo de 2001.²⁷ El Ministerio Público renunció a su atribución constitucional de investigar delitos y de manera inconstitucional se vinculó total y absolutamente a las determinaciones de la autoridad judicial.

5. El Ministerio Público inició la averiguación previa antes que el Juez le diese vista

Desde el 14 de noviembre de 2001, casi dos meses antes que se le diese vista al Ministerio Público, éste inició la averiguación previa 1339/FESPLE/2001, en franca violación al artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales que dice en su último párrafo: “Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de procedibilidad, el Ministerio Público actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente”. El penúltimo párrafo del apartado “A” del artículo cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República determina: “Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará de inmediato a la autoridad competente, a fin de que resuelve con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten”.

En este caso, el juez de la causa dictó el 31 de enero de 2002 el proveído dando vista al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a ese juzgado, a efecto de que procediese conforme a lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley de Amparo, respecto de los hechos materia de la denuncia de violación a la suspensión.

La circunstancia de abrir el 14 de diciembre de 2001 la indagatoria ministerial representó una violación al requisito de procedibilidad y es causa de ilicitud de todo lo actuado. El Ministerio Público no podía iniciar su averiguación sin que: a) existiera legalmente la declaratoria judicial correspondiente; b) hubiera causado estado dicha declaración, y c) se le hubiera puesto en su conocimiento en autos. El iniciar la averiguación sin cumplir los anteriores extremos implica una violación al principio de legalidad, una actuación arbitraria.

²⁷ El dictamen de la Sección Instructora de la Cámara de Diputados publicado en la *Gaceta Parlamentaria* de la Cámara de Diputados, Año VIII , número 1724, el lunes 4 de abril de 2005 en sus páginas 296 a 310, deja muy en claro que el ministerio público se conformó con la determinación del juez de distrito sin que ampliara alguna investigación para determinar la responsabilidad del presunto implicado y la existencia del delito.

6. *El Ministerio Público insiste en solicitar la acción procesal penal cuando la suspensión del acto reclamado ya perdió su valimiento*

En el caso concreto, el juicio de amparo que promovió Promotora Internacional Santa Fé, S. A. de C. V. el 4 de diciembre de 2000 por la expropiación, fue conocido, resuelto y causó ejecutoria. En ese sentido resulta absurdo que el Juez de Distrito se empeñe en sancionar como incumplimiento vigente el de una suspensión que ya perdió su valimiento jurídico al haber sido dictada la sentencia de amparo y ésta ha quedado firme. Esto es, quedó sin materia la suspensión y los actos posteriores a ella, en virtud de la sentencia de fondo dictada.

7. *El actuar del Ministerio Público ha sido parcial*

En un sinnúmero de actuaciones se ha percibido la parcialidad del Ministerio Público. Un botón de muestra es la solicitud de copias de la averiguación previa que solicitaron los representantes legales de la quejosa y, por otra, la autoridad responsable. A los abogados de la quejosa se les han proporcionado copias de la averiguación previa, las autoridades responsables han tenido que ampararse y ganar el amparo para obtenerlas.

8. *El Ministerio Público no acreditó debidamente el interés jurídico*

Cinco días antes de cerrar la averiguación previa —el 7 de abril de 2004— el representante legal de Promotora Internacional Santa Fé exhibió copias certificadas de la escritura pública número 58 625, de fecha 24 de abril de 1991, otorgada ante la fé del licenciado Luis Alberto Perea Becerra, notario público número 26 del Distrito Federal. El Ministerio Público no solicitó el informe respectivo al Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal para verificar la veracidad de los hechos consignados en la escritura, ya que el bien pudo haber sido vendido o modificado después de 1991, fecha de su adquisición por los actuales propietarios. El Ministerio Público tenía la obligación de actuar con imparcialidad sin presuponer nada y agotar todos los medios probatorios para conocer la verdad histórica.

9. *El Juez de Distrito tuvo por confeso al Jefe de Gobierno del Distrito Federal sin que se practicase confesión alguna.*

El juez de Distrito tuvo por confeso al Jefe de Gobierno del Distrito Federal de hechos que éste jamás confesó. En todo el amparo el Secretario de Gobierno del Distrito Federal, por su propio cargo y en ausencia del Jefe de Gobierno suscribió diversos informes y respuestas al Juez y al Tribunal Colegiado. Según el artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales: “La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o Tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...).

De los informes que firmaba el Secretario de Gobierno del Distrito Federal se supuso que eran declaraciones hechas por el Jefe de Gobierno sobre hechos propios constitutivos de un tipo delictivo. Nadie puede confesar por nadie que no sea el propio declarante, sobre todo, para efectos penales. Nadie puede confesar sobre hechos ajenos.

Curiosamente, la autoridad que no compareció en el amparo, fue señalada como responsable penalmente, se le atribuyeron confesiones que no hizo, se le imputó responsabilidad sin que se acreditara dolo alguno. Todo ello muestra parcialidad y sesgo.

10. *Desigualdad en la aplicación de la ley*

Como ya se dijo, en diferentes averiguaciones previas sobre el tipo penal del artículo 206 de la Ley de Amparo, determinó el no ejercicio de la acción penal y adujo para ello que se trata de un delito sin pena. Así ocurrió en la averiguación previa 993/FESP/2000, abierta como resultado de la violación de la suspensión definitiva otorgada en el toca Q. A. 60/2000, dentro del amparo 659/99; en la averiguación previa número 1821/2002 practicada en Jalisco; en la averiguación previa 08/DAFMJ/2003.²⁸ En todas ellas, el Ministerio Público adujo que las dos penas del artículo 215 del Código Penal Federal ponen en duda la certeza, que al no haber expresa correspondencia en la ley entre la conducta tipificada en el artículo 206 de la Ley de Amparo y alguna de las fracciones del artículo 215 del Código Penal Federal, y al existir una aplicación casuista de las penas previstas en los últimos párrafos de este artículo relativas a distintas hipótesis que lo componen, es jurídicamente irrealizable determinar cuál de los dos grupos de penas imponibles corresponderá exactamente a la conducta tipificada en el artículo 206 de la Ley de Amparo. Es imposible penalizar puesto que no es una conducta sancionada con una pena exactamente determinada en ley.

11. *El problema de la interpretación del artículo 14 párrafo tercero de la Constitución o garantía de la exacta aplicación de la Ley en materia penal*

Aunque en la contradicción de tesis 17/97²⁹ se establece que no es inconstitucional el artículo 206 de la Ley de Amparo, que no contiene pena, porque ese precepto remite al artículo 215

²⁸ López Obrador, Andrés Manuel, obra citada, pp. 151-163.

²⁹ APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA. EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN. El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión para efectos de sanción, al abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito, debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y, el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es la que proscribió el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas.

del Código Penal que consigna en los últimos párrafos dos tipos de sanciones distintas, lo que a juicio de la Suprema Corte salva los principios de “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*”, es de todas maneras discutible, pues la interpretación de la Suprema Corte no es fiel a la Constitución ni al principio de legalidad en materia penal, en tanto que el tipo del artículo 206 de la Ley de Amparo no contiene pena y la remisión que se hace al artículo 215 del Código Penal para la fijación de la pena puede implicar interpretación analógica prohibida expresamente por el texto constitucional, pues el 215 del Código Penal no reproduce el tipo del 206 de la Ley de Amparo y, además contiene dos penalidades, con lo que la garantía de la exacta aplicación de la Ley en materia penal se desvanece. Este punto fue advertido por algunos legisladores en la Cámara de Diputados en la sesión que conoció la declaración de procedencia de Andrés Manuel López Obrador.³⁰

12. La naturaleza del delito previsto en el artículo 206 de la Ley de Amparo

Para la Procuraduría General de la República se trata de un delito de comisión por omisión, para ese efecto esta autoridad trata de justificar un daño material difícil de acreditar y pretende fijar una posición de garante en la actuación del Jefe de Gobierno del Distrito Federal para un delito que a todas luces no es de resultado material sino de simple conducta. A diferencia de la opinión de la Procuraduría, debe decirse que el tipo penal del artículo 206 de la Ley de Amparo es un delito de omisión simple que exige una conducta dolosa por parte del sujeto activo. En los términos del artículo noveno del Código Penal Federal, el dolo exige del elemento cognoscitivo y del volitivo. El cognoscitivo se traduce en el conocimiento de la determinación del Juez de Distrito que decretó la suspensión y el volitivo entraña la intención de no cumplir con la determinación judicial. El elemento volitivo, subjetivo, la intención de incumplir, de desacatar la suspensión no está demostrado, está, por el contrario, acreditado que se instruyó a las distintas autoridades responsables en ese juicio de amparo para que cumplieran con las determinaciones del Juez de Distrito. Además no basta para la solicitud de desafuero y el ejercicio de la acción penal tener por acreditada la violación a la suspensión sino que es necesario que se tenga probada

Por lo expuesto y con fundamento en los artículo 197-A de la Ley de Amparo y 10. fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

PRIMERO.- Si existe contradicción entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado y por el Segundo Tribunal Colegiados, ambos del Décimo Segundo Circuito, al resolver los recursos de revisión registrados con los números 119/95 y 117/95, respectivamente.

SEGUNDO. Se declara que debe prevalecer el criterio sustentado por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos del último considerando de esta resolución.

TERCERO. Remítase de inmediato la tesis jurisprudencial que se sustenta en la presente resolución al Semanario Judicial de la Federación para su publicación, al Pleno y a la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito, en acatamiento a los dispuesto por el artículo 195 de la Ley de Amparo.

Notifíquese y cúmplase.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios (ponente), Juan N. Silva Meza, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI, diciembre de 1997. Página 217.

³⁰ Se trató de la intervención del diputado Jesús González Schmall en la sesión del 7 de abril de 2005 que integró el jurado de procedencia.

la existencia del delito y a probable responsabilidad del imputado a fin de satisfacer los extremos del artículo 16 constitucional, situación que incumplió el ministerio público federal al no haber investigado. Por otra parte, la calidad de garante, inadecuada para el presente caso, nunca se prueba, el acusador la deriva de ser el Jefe de Gobierno una de las autoridades responsables y de haber sido notificado del otorgamiento de la suspensión definitiva, sin que le importe al ministerio público que esa calidad de garante no le corresponde al Jefe de Gobierno, ni por disposición de la ley ni por contrato, ni por un actuar precedente, tal como lo exige el segundo párrafo del artículo 7 del Código Penal Federal.

Como dice Roldán Xopa, este caso obligará a los futuros Jefes de Gobierno del Distrito Federal al cumplimiento de deberes de cuidado, no sólo de los actos propios sino de los actos u omisiones de los servidores públicos de su organización. A López Obrador se le atribuye responsabilidad penal por delito en dónde no hay conducta personal. El ministerio público federal y la Cámara de Diputados optaron por las penas trascendentes³¹.

13. *El problema del procedimiento*

En este caso estamos en presencia de un servidor público con inmunidad procesal en los términos del artículo 111 de la Constitución por lo que de acuerdo con el artículo 109 de la Ley de Amparo, el procedimiento aplicable era el del artículo 107, fracción XVI de la Constitución. Correspondía al Pleno de la Suprema Corte la determinación de la inexcusabilidad del incumplimiento y la Corte debía, en su caso, previa declaración de procedencia, separarlo de su cargo y consignarlo al Juez de Distrito. Ni el Juez de Distrito, ni el Tribunal Colegiado debieron tomar una determinación que en términos constitucionales correspondía al Pleno de la Corte. La razón de lo anterior está en función del origen democrático del servidor público y de la naturaleza de la inmunidad prevista en el artículo 111 de la Norma Fundamental, por lo que sólo los órganos cuspide de los poderes tienen competencia para estos efectos. Deben ser diferenciadas para estos propósitos las autoridades que gozan de fuero de las que no lo tienen. Asimilarlas hace que pierda sentido el fuero constitucional, el origen electivo de la autoridad y su legitimidad democrática.³²

14. *Problemas en el procedimiento ante la Cámara de Diputados*

- a) La sección instructora ha actuado cuando el Congreso no está en período de sesiones, lo que podría afectar con nulidad todo lo actuado.
- b) Se ha violentado el turno de las denuncias pendientes, infringiéndose el artículo 31 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidor Públicos.

³¹ Roldán Xopa, José, *El desafuero de Andres Manuel López Obrador o ¿qué es la legalidad?*, México, Editora Laguna, 2004, pp. 87-90.

³² El Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino Castro ha señalado reiteradamente un criterio similar, aduciendo que el incumplimiento de las sentencia de amparo lo conoce la Suprema Corte y que por mayoría de razón el incumplimiento de una resolución interlocutoria como es la suspensión definitiva debiera ser del conocimiento de ese alto tribunal. Véase Castro y Castro, Juventino V. "Incumplimiento en Amparo de autos de suspensión", en Revista Proceso, número 1481, 20 de marzo de 2005, pp. 33 y 34.

- c) No se agotó procedimiento alguno en la subcomisión de examen previo. La solicitud de desafuero se planteó y desahogó directamente ante la sección instructora.
- d) La sección instructora incumplió con el principio de exhaustividad. No admitió pruebas fundamentales para la defensa, entre otras, las declaraciones del Presidente Fox, del Secretario de Gobernación, del Procurador General de la República, de Alfonso Durazo, ex secretario particular del Presidente de la República. Además de pruebas periciales para conocer con precisión la extensión de El Encino y determinar si había o accesos y cuáles eran éstos.
- e) La sección instructora votó la declaración de procedencia sin que se hubiese formulado dictamen alguno.
- f) Al votar el dictamen de la Sección Instructora la Cámara de Diputados no aprobó una Declaratoria como lo ordena el artículo 111 de la Constitución y destituyó inmediatamente, en contradicción a esa norma, al Jefe de Gobierno.

15. *Problemas respecto a los límites del predio El Encino*

Hasta el momento no se conocen con precisión la extensión y límites del predio ni la ubicación de los accesos al mismo.³³

16. *Ilegal e ilegítimo acuerdo político*

El acuerdo político entre el Presidente de la Suprema Corte, el Presidente de la República, el Procurador General de la República, el Secretario de Gobernación, y otros funcionarios, que se realizó en la residencia oficial de Los Pinos en 2004, que fue difundido por los medios de comunicación y aceptado por los participantes, para tratar el tema del desafuero violenta la independencia e imparcialidad del Presidente de la Suprema Corte y del Poder Judicial, en una actuación en la que por cierto no tenía competencia, pero también se infringió la autonomía técnica del ministerio público. Al respecto no debe olvidarse que los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal ya confirmaron la decisión del juez de distrito y del tribunal colegiado, prejuzgando irregularmente sobre este asunto, a través de un desplegado publicado en todos los diarios nacionales el día 19 de mayo de 2004.³⁴ Este es un ejemplo más del uso político de las instituciones para combatir a los adversarios; la Suprema Corte en este caso no habló en su resolución sino en los medios de comunicación, con el agravante de adelantarse a las etapas procesales correspondientes.

Todo lo anterior demuestra que se pretende eliminar por vía no electoral a un contendiente a la presidencia de la República. El Ministerio Público Federal ha sido utilizado como un instrumento para lograr ese propósito. Las acusaciones contra el Jefe de Gobierno son infundadas. La Cámara de Diputados al analizar la solicitud de desafuero, debió establecer la concurrencia o

³³ Gran parte de la argumentación del Diputado Horacio Duarte Olivares en su voto particular se constriñe a este punto. Ver el anexo II correspondiente a los votos particulares, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, Año VIII, núm. 1724-II, lunes 4 de abril de 2005, pp. 1-368.

³⁴ Véase, por ejemplo, “Poder Judicial de la Federación. A la opinión pública”, *Milenio Diario*, miércoles 19 de mayo de 2004, p. 13.

no del *fumus persecutionis*, es decir, determinar si las acciones emprendidas por el Ministerio Público a petición de un juez de Distrito, tienen por finalidad la persecución política, esto es, preguntarse por ejemplo, si el objetivo último es simple y llanamente la suspensión de derechos políticos o, si jurídicamente, ha lugar a proceder contra el inculcado por existir de hecho y de derecho elementos suficientes de responsabilidad sin que se prejuzguen los fundamentos de la imputación. En otras palabras, la decisión de la Cámara debió atender en primerísimo lugar a cuestiones políticas: contestar si el Ministerio Público actuó con autonomía, si el poder judicial ha obrado con independencia, si las averiguaciones se ajustan a la constitucionalidad y legalidad, etcétera. No actuó de esa manera e incumplió su deber constitucional.

En este orden de ideas, resulta a todas luces fundamental conectar el posible desafuero de Andrés Manuel López Obrador con la consecuencia querida por muchos, pues el desafuero, sólo posibilita la consignación penal y después de ella, en caso de proceder, se podría generar el auto de formal prisión, que es la actuación jurídica que desde una lectura tradicional y, como se verá incorrecta, fundamenta la suspensión de derechos políticos (artículos 45 y 46 del Código Penal Federal). El artículo 38, fracción II de la Constitución señala que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: “Por estar sujeto a proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde el auto de formal prisión”.

IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II DE LA CONSTITUCIÓN

Recientemente, en un estudio que se hizo público por el Instituto Federal Electoral, se señaló que para que procediese la suspensión de derechos políticos se requeriría que el auto de formal prisión quedase firme y, que desde luego, López Obrador podría recurrir ese auto, ya sea en vía ordinaria o en vía de amparo, o en ambas y, que si se obtuviese suspensión en contra del auto de formal prisión, no podría hacerse efectiva la inhabilitación o suspensión de derechos. Más allá de la discusión de si esas afirmaciones son procedentes jurídicamente, me parece que si se aceptan por correctas, constitucionalmente se estarían banalizando los datos evidentes de la persecución política por parte del Presidente de la República, del Ministerio Público y del Poder Judicial Federal y, desde un punto de vista que se tome en serio el Derecho y, no desde el punto de vista leguleyo del Instituto Federal Electoral, López Obrador de impugnar un auto de formal prisión, estaría degradando la evidencia del *fumus persecutionis*. Por eso, López Obrador no debe recurrir un posible auto de formal prisión ante el poder judicial que se confabuló en contra suya, hacerlo implicaría aceptar que no ha habido persecución política, entrañaría asumir que el Poder Judicial y el Ministerio Público Federal fueron independientes en este caso y, que las reglas del juego han sido esencialmente democráticas cuando muchas de ellas no lo son. Aunque es obvio que siempre se puede invocar el derecho humano a la defensa para impugnar esas determinaciones. Sin embargo, como sostenía Henry David Thoreau, cuando las instituciones son injustas el lugar de los justos es la cárcel.³⁵

Las reglas no son democráticas –porque se contradicen derechos humanos- si se interpreta el artículo 38 fracción II de la Constitución como lo hace el Instituto Federal Electoral, es decir,

³⁵ Thoreau, Henry D., *Desobediencia civil y otros escritos*, editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 43. Thoreau decía: “Bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión”.

concluir que la suspensión de derechos políticos se produce antes de la sentencia definitiva y a partir del auto de formal prisión. Esa interpretación transgrede tratados internacionales.

En lugar de esa interpretación al artículo 38 fracción II de la Constitución, propongo una que asuma el Derecho Constitucional en su conjunto. El artículo 25 del Pacto de derechos Civiles y Políticos de la ONU y el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificados por México el 24 de marzo de 1981, establecen que los derechos políticos solamente pueden ser limitados o reglamentados por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó, en su sesión número 1510, celebrada el 12 de julio de 1996 (57 periodo de sesiones) la observación general 25, titulada: “Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, en la que, al interpretar el alcance del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostuvo que los motivos para privar del derecho al voto deben ser “objetivos y razonables” y agregó que si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el periodo de suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena, y que a las personas a quienes se prive de libertad, pero que no hayan sido condenadas, no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.

De la lectura de los citados cuerpos normativos y del artículo 38 fracción II de la Constitución, podría decirse que existe una contradicción. En efecto, la fracción II del artículo 38 de la Constitución dispone que los derechos políticos serán suspendidos por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la fecha del auto de formal prisión; en tanto que los dos instrumentos internacionales aludidos posibilitan la restricción de los derechos políticos sólo a partir de la condena judicial —sentencia definitiva— en un proceso penal.

Ante esa aparente contradicción, lo procedente sería resolverla. Un mecanismo tradicional de solución de antinomias es la aplicación del criterio jerárquico. A la luz del artículo 133 constitucional y de la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se generó a consecuencia del amparo en revisión 1475/98, los tratados se ubican en un escalón inferior al de la Constitución. Sin embargo, esa solución es equivocada pues no se acogería al principio de interpretación conocido como “*pro hominis*”, “*pro cives*” o “*pro libertatis*”. Dicho principio dicta lo siguiente: si a una misma situación son aplicables dos normas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”. Este principio ha sido admitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 5, de 13 de noviembre de 1985.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en el amparo en revisión 1475/98 que originó la tesis de prevalencia de la Constitución sobre los tratados que: “...La recepción del derecho internacional contenido en los tratados en nuestro país, depende también del requisito de fondo de que “estén de acuerdo con la misma”...la expresión por si misma resulta poco afortunada, sin embargo, la teleología de la norma, como se desprende de los antecedentes descritos de la reforma de mil novecientos treinta y cuatro, parten de la reafirmación del principio de supremacía constitucional, esto es, que el tratado no transgreda disposiciones constitucionales. Sin embargo, la interpretación gramatical puede llevarse al extremo de considerar que sólo lo que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución podrá ser aceptado como norma de derecho internacional vigente en México. Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales y sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene anali-

zar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete a el Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, mermen la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados”.

En ese sentido, una interpretación de la Constitución orientada a la protección de los derechos humanos, consciente de la fuerza normativa de la Constitución y de la interpretación constitucional que adopta a la Constitución como una unidad³⁶ asumiría una solución a favor de la ampliación de los derechos y no en la restricción de los mismos. La doctrina jurídica ha sostenido que la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional debe resultar en que, “...si un mismo derecho es regulado con un contenido diferente por la Constitución y por un tratado, el principio de la progresividad lleva como consecuencia a que deba aplicarse la disposición más favorable a la persona. La progresividad de los derechos humanos significa, que cuando un mismo derecho se encuentra regulado al mismo tiempo en distintos instrumentos internacionales, se deberá aplicar aquel que resulte más favorable a la persona. Además, si el mismo derecho se encuentra regulado a su vez en instrumentos internacionales y en la Constitución se deberá aplicar siempre la disposición que resulta más favorable a la persona”.³⁷

Lo sostenido por la Suprema Corte impide una interpretación gramatical extrema que considere como norma el derecho internacional vigente en México sólo aquello que se encuentre dentro de los límites expresos de la Constitución; además nos coloca ante el deber de revisar las características de la norma internacional cuya aplicación se pretende, para determinar si ésta amplía o no la esfera de las libertades. Sólo así, podemos respetar su contenido como constitucional y plenamente válido. Adicionalmente, cabe señalar que el Estado mexicano no formuló reserva a los dos tratados invocados por lo que ve al artículo 38, fracción II de la Constitución.

De esta manera, estamos ante normas de origen internacional —pero parte del derecho mexicano por el proceso de ratificación ante el Senado— que amplían la esfera de protección de los derechos fundamentales, por lo que su contenido debe estimarse constitucional y el Estado debe efectuar todas las acciones para garantizarlo. En efecto, mientras la fracción II del artículo 38 constitucional suspende los derechos políticos a partir del auto de formal prisión, los dos instrumentos internacionales lo hacen a partir de la condena. Ello significa que si aplicamos la norma internacional, un procesado penal a quien se le haya decretado el auto de formal prisión seguirá disfrutando de sus derechos políticos durante todo el juicio y sólo en caso de sentencia adversa, es decir, condenatoria, le serán suspendidos sus derechos políticos.

Suspender el derecho político por el sometimiento a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal a partir de la fecha del auto de formal prisión implica un adelanto de con-

³⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 105 y siguientes. En particular véanse las directivas de interpretación constitucional denominadas: optimizar la fuerza normativa de la Constitución, la Constitución como sistema, la unidad del ordenamiento jurídico, consolidación de los valores constitucionales y esfuerzo coordinador del derecho constitucional interno con el derecho comunitario.

³⁷ Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 2002, p. 56.

dena contrario a la presunción de inocencia que corresponde a todo individuo hasta que el Estado pruebe su infracción a las normas básicas de convivencia protegidas penalmente.³⁸

La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido por el orden jurídico mexicano que opera, principalmente, en situaciones extra procesales y constituye el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo, y a no resentir las consecuencias o efectos aunados a las penas. Es verdad que el derecho a la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares, pero las mismas deben sustentarse en un criterio de racionalidad y necesidad respecto a la finalidad perseguida en el proceso penal. Para un Estado de Derecho en donde la Constitución sea normativa, toda restricción que exceda la necesidad del proceso penal resulta un atropello innecesario e injustificable de los derechos humanos. Tal es el caso que nos ocupa, en la medida en que se pretende que un ciudadano sea despojado en sus derechos políticos antes de la condena; lo que implica una acción injustificada dentro del marco de medidas cautelares y de seguridad permitidas en los juicios criminales.

Es evidente que con una interpretación constitucional adecuada, se debería leer el artículo 38 de manera diferente a como lo hace el Instituto Federal Electoral. No hacerlo así, podría acarrear responsabilidades al Estado mexicano que podrían derivar en quejas o denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que no siempre es necesario agotar todos los recursos del sistema interno cuando existe inminencia en la privación de derechos y, además, sería posible que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenase medidas cautelares al gobierno mexicano, entre otras, la resolución de no dar de baja en el padrón y otros documentos electorales a López Obrador.

Dudo mucho que el juez de la causa, en caso de declararse la procedencia, vaya a realizar una interpretación del artículo 38 fracción II de la norma fundamental como la que aquí se hace, entre otras razones por el dogma existente en nuestro país por voluntad de la Corte y no de la Constitución, de que sólo ella tiene el monopolio de la interpretación constitucional. La interpretación tradicional del juez constituiría una prueba de las carencias del pretendido Estado de Derecho en México y, además evidenciaría que el poder judicial federal no orienta sus decisiones a favor de los derechos humanos.

Esta crítica a la interpretación tradicional del artículo 38, fracción II de la Constitución, es un elemento más que viene a demostrar el horror jurídico y político, que implica el intento del presidente, del poder judicial y del ministerio público federal, de eliminar a un adversario por la vía del desafuero y la posterior inhabilitación de juez y, prueba también el largo camino que como país tenemos que recorrer para que los órganos del Estado generen interpretaciones consecuentes con la unidad plena de la Constitución y con los derechos humanos.

³⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la presunción de inocencia aunque no es un principio explícito en el ordenamiento constitucional si es un principio implícito de la norma fundamental. Véase PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Instancia, Pleno, fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14, Tesis Aislada.

V. CONCLUSIONES

México requiere una profunda reforma del Estado que permanece inconclusa. Uno de los aspectos que debe revisarse es el de los privilegios de los altos funcionarios públicos para dero- gar, por ejemplo, las inmunidades de los servidores públicos con licencia, pero también para es- tablecer el juicio político al Presidente de la República. Cualquier medida en esta materia debe ir acompañada de la salvaguarda de los derechos humanos. Preceptos como el contenido en el ar- tículo 38, fracción II de la Constitución son incompatibles con un sistema constitucional demo- crático. La presunción de inocencia debe quedar garantizada hasta que los jueces resuelvan el fondo del asunto y declaren ejecutoriadas sus resoluciones.

La revisión del caso de Andrés Manuel López Obrador nos alerta sobre la necesidad de mantener el juicio político y las inmunidades para parlamentarios y otros funcionarios. En nues- tras frágiles democracias —según O'Donnell— de carácter delegativo, es frecuente la tentación de los dirigentes de los partidos poderosos de mantenerse en el poder mediante el uso sesgado del sistema electoral y la eliminación política de los adversarios a través del empleo del aparato del Estado, principalmente del ministerio público y del poder judicial, que no gozan de independen- cia y autonomía.

Cualquier reforma del Estado debe entender que el diseño de nuevas instituciones implica la reforma de la totalidad del entramado institucional. Un tema impacta necesariamente a los de- más. Por eso las reformas al sistema de procuración y administración de justicia, exigen la com- prensión no sólo de la legislación penal sino de la integridad del sistema constitucional y político.

La reforma en el sistema de responsabilidades de altos servidores públicos es necesaria para tener un efectivo Estado de Derecho y combatir la impunidad y la corrupción. No obstante, cuidado con emplear estos mecanismos como armas políticas para afectar a los adversarios. En este momento podemos estar poniendo punto final al sistema democrático. El ejemplo de López Obrador lo ilustra claramente.

Al político más popular de México, de honestidad acreditada, se le construye un procedi- miento jurídico para privarlo de su inmunidad —la declaración de procedencia— con un propósito: que no pueda aparecer en las boletas electorales en las elecciones presidenciales de 2006. Esto, desde luego, no es combate a la impunidad, se llama utilización facciosa del poder para descarri- lar nuestro proceso de transición democrática.