

EL FORO

Gustavo de Silva Gutiérrez

Jorge Antonio Galindo Monroy

Francisco González de Cosío

Gerardo Ostos Rincón Gallardo

Leonel Pereznieta Castro

César Alejandro Rincón Mayorga



BMA

Barra Mexicana, Colegio de Abogados

EL FORO

**VIGÉSIMA TERCERA ÉPOCA,
TOMO XXX,
NÚMERO 1,
PRIMER SEMESTRE 2020
CIUDAD DE MÉXICO**

EL FORO

Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

Vigésima Tercera Época, Tomo XXX, Número 1,

Primer Semestre 2020

Director

Ricardo Lara Marín

Consejo Editorial

Jorge Antonio Galindo Monroy, Luis Manuel C. Meján, Cuauhtémoc Reséndiz Nuñez, Gustavo de Silva Gutiérrez

La Secretaría de Educación Pública, Dirección General de Derecho de Autor, concedió la reserva al uso exclusivo de este título inscrita en el número 66-66, Libro Segundo, fojas 66, franquicia postal: Acuerdo Presidencial de 20 de junio de 1954.

EL FORO es una publicación que respeta escrupulosamente las ideas y puntos de vista de sus colaboradores, por tanto, lo que expongan y sustenten en los artículos, ensayos y notas que se publiquen en sus páginas, será de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

EDITORIAL THEMIS, S.A. DE C.V.

Av. Patriotismo 889 Planta Baja,

Mixcoac, C. P. 03910, Ciudad de México

Tel. 55-5482 2770

www.themis.com.mx / libreria@themis.com.mx

ISSN 0187-7836

Correspondencia y envío de materiales:

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

Varsovia núm. 1, col. Juárez, C.P. 06600, Ciudad de México

Teléfonos: 55-5525-2485 / 2362, 55-5207-4391, 55-5208-3115 / 3117 / 0766 / 1355

correo electrónico: labarra@bma.org.mx

Los autores están invitados a someter sus trabajos en forma impresa, en discos de computadora o por archivo anexo a correo electrónico. EL FORO se reserva el derecho de aceptarlos para su inclusión en la revista y considerará únicamente trabajos cuyo contenido no haya sido publicado con anterioridad.

Las sugerencias de notas bibliográficas pueden ser enviadas en la misma forma, sin limitación de publicación previa.

CONSEJO DIRECTIVO 2020
BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS, A. C.

<i>Presidente</i>	Héctor Herrera Ordóñez
<i>Primer Vicepresidente</i>	Claudia Elena de Buen Unna
<i>Segundo Vicepresidente</i>	Víctor Olea Peláez
<i>Primer Secretario Propietario</i>	Quetzalcóatl Sandoval Mata
<i>Primer Secretario Suplente</i>	Jorge Jesús Sepúlveda García
<i>Segundo Secretario Propietario</i>	Francisco Xavier Cortina Cortina
<i>Segunda Secretaria Suplente</i>	Adriana Hegewisch Lomelín
<i>Tesorero</i>	Jorge Raúl Ojeda Santana
<i>Pro-Tesorerera</i>	Ana María Kudisch Castelló

Vocales:

Adolfo Anguiano González, Edna Georgina Franco Vargas, Verónica Patricia Gómez Schulz, Lígia Claudia González Lozano, Julio Carlos Gutiérrez Morales, Juan Bautista Lizárraga Motta, Luis Enrique Pereda Trejo, Francisco Riquelme Gallardo, Sergio Treviño Castillo, Cristina Vizcaíno Díaz, Francisco Javier Zenteno Barrios.

Integrantes de la Junta de Honor:

Héctor Herrera Ordóñez, José Mario de la Garza Marroquín, Ricardo Ríos Ferrer, Gabriel Ortiz Gómez, Luis A. Madrigal Pereyra, Carlos Loperena Ruiz, Luis Enrique Graham Tapia, Claudia Elena de Buen Unna.

Propietarios:

Carlos F. Pastrana y Ángeles, Gustavo de Silva Gutiérrez, Odette Rivas Romero.

Suplentes:

Julieta Ovalle Piedra, Rodrigo Sánchez Mejorada Velasco, Marcela Trujillo Zepeda.

Secretario:

Edgar De León Casillas

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Ricardo Lara Marín IX

CONSTITUCIÓN Y ESTADO DOS FORMAS DE OBSERVAR EL MISMO ENTE

Gustavo de Silva Gutiérrez 1

LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO POR AGRAVIO IRREPARABLE

Jorge Antonio Galindo Monroy 27

EL SECRETO PROFESIONAL EN MÉXICO *VOX CLAMANTIS IN DESERTO*

Francisco González de Cossío 91

BREVE ANÁLISIS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Gerardo Ostos Rincón Gallardo 133

ESTRUCTURA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL

Gerardo Ostos Rincón Gallardo 165

LA DOGMÁTICA JURÍDICA, CON MENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Leonel Pereznieto Castro 193

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

César Alejandro Rincón Mayorga 217

PRESENTACIÓN

Después de una indeseable pausa en la publicación de nuestra revista *El Foro*, agravada con los problemas suscitados en el presente año 2020 con la terrible pandemia del Covid 19, ahora presentamos con gran gusto este número de la revista relativo al primer semestre del año, con valiosos trabajos en diversos temas de mucho interés; hemos contado con la colaboración de varios destacados autores.

En el presente número se incluyen temas de teoría del Estado y teoría constitucional, también sobre el juicio de amparo indirecto (por agravio irreparable, y otro en materia penal acusatoria), sobre la dogmática jurídica tanto en derecho penal como en el derecho internacional privado, también incluye artículos sobre la libertad de expresión, e incluso sobre el secreto profesional. Hay variedad temática para diferentes intereses.

Autores con mucha experiencia académica como Leonel Pérez Nieto Castro, Gustavo de Silva Gutiérrez y Jorge Antonio Galindo Monroy con excelentes aportaciones nos garantizan alta calidad en las reflexiones. Y también se contó con otros valiosos autores con buenas y talentosas aportaciones como las de Francisco González de Cossío, Gerardo Ostos Rincón Gallardo y César Alejandro Rincón Mayorga. En fin, hay motivo para leer el presente número.

No huelga invitar a nuestros lectores que en caso de tener interés en escribir un trabajo académico para nuestra revista, los invitamos a consultar nuestra página de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (BMA) en la que encontrarán los lineamientos editoriales para publicar.

Ricardo Lara Marín
Director

CONSTITUCIÓN Y ESTADO

DOS FORMAS DE OBSERVAR EL MISMO ENTE

Gustavo de Silva Gutiérrez¹

En esta aportación se identifica al Estado con la Constitución. Mediante el sistema analítico y comparativo se advierten las similitudes existentes entre los elementos del Estado y los ámbitos de validez de la norma constitucional, llegando a concluir que Estado y Constitución son conceptos que corresponden a un mismo ente. El trabajo se desarrolla desde un punto de vista estrictamente jurídico, sin pretender abordar otras materias relacionadas, como la sociología o la política. Kelsen identificó al Estado con el derecho en general. En las siguientes líneas nos apartamos parcialmente de dicho supuesto para asentar la identificación en exclusiva con la Constitución, haciendo coincidir ambos conceptos. De modo complementario y con la finalidad de asentar la propuesta teórica, se analiza a la Constitución y al Estado desde su aspecto formal y fáctico, observando la importancia que tiene en esta relación el Estado constitucional de derecho.

Palabras clave:

Estado.

Constitución.

Elementos del Estado.

Ámbitos de validez normativa.

Estado de derecho.

Conceptos de Constitución.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Estado, Constitución y Derecho. 2.1. La población como elemento del Estado y el ámbito personal de validez de la norma constitucional. 2.2. El territorio como elemento del Estado y ámbito espacial de validez de la norma constitucional. 2.3. El ámbito temporal de validez de la norma constitucional y del Estado. 2.4. El gobierno como elemento del Estado y el ámbito material de validez de la norma constitucional. 2.5. La soberanía como elemento del Estado y la supremacía constitucional. 3. La Constitución desde Diversas Perspectivas. 3.1. La Constitución o Estado en sentido formal y en sentido fáctico. 4. Estado Constitucional de Derecho. Acentuando una Aparente Tautología. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado es derecho y producto de este sus instituciones, las que son creadas para trasladar del plano *in iure* al mundo fáctico el efecto de la norma mediante su aplicación, con

¹ Doctor en derecho, especialista en derecho constitucional, socio de la firma De Silva Consultores y Abogados, S.C. y miembro de la Junta de Honor de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

la finalidad de regular la conducta humana. La efectividad del derecho se procura por conducto de los entes de gobierno.²

Por su parte, la actividad de las instituciones estatales también se encuentra regulada por el derecho a efecto de ser debidamente encauzada.

La presente aportación parte de la identificación tradicional realizada por diversos autores (Kelsen entre ellos), respecto del Estado y el derecho, en las que se admite que el Estado es una ficción jurídica y por ende, todo Estado por naturaleza propia, es derecho. Lo mencionado es cierto; sin embargo, el análisis comparativo de ambos entes se aparta de la consideración del derecho en general, para observar la coincidencia del Estado con una sola y específica norma jurídica: la Constitución.

En esta medida, el derecho en general no debe ser identificado con el Estado, sino como producto de este.

Mediante el sistema analítico y comparativo, similar al que en su momento realiza Kelsen de forma originaria,³ se confrontan los elementos del Estado con los ámbitos de validez de la norma; pero en el presente estudio se relaciona de modo exclusivo con la Constitución, no así con el orden jurídico nacional (como se realiza en la obra primaria), que en su caso comprendería el derecho en su conjunto o en general que es aplicable en un país.

Al confrontar los elementos de validez normativa de la Constitución, con los elementos del Estado en tanto ente singular, se advierten sus coincidencias desde el punto de vista jurídico, sin abordar de forma destacada otros aspectos derivados de conceptos políticos, sociológicos o relativos a otras materias.

Vertido el análisis, se puede arribar a la conclusión relativa a que Estado y Constitución son un mismo ente y por tanto se identifican.

2. ESTADO, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

Cuando evocamos el término Estado no referimos a un ente con características doctrinariamente definidas a partir de ciertos elementos, como lo son: población, territorio, gobierno y soberanía.⁴

² Desde luego que el derecho también regula la conducta del ser humano por vías que no requieren necesariamente la intervención directa de los órganos públicos, sino sólo en el caso del incumplimiento de una obligación, como las contractuales o administrativas.

³ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, Traductor Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1995, pp. 246 a 318.

⁴ Algunos autores identifican como elementos del Estado a: el pueblo, el poder (identificado principalmente con el gobierno) y el territorio. Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Teoría del Estado*, 24 ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 231. Algunos autores observan como cuarto elemento a la cultura, identificando a la Constitución como una parte de esta. Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Traductor Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 21. La

Cada uno de los elementos indicados analizados en forma aislada, arrojan definiciones que en mayor o menor medida se alejan de conceptos jurídicos y se acercan a otras materias; no obstante, cuando los términos o característica mencionadas se analizan desde el origen y naturaleza del concepto general, que en esta aportación se pretende definir,⁵ necesariamente nos acercan al derecho, pues el Estado en su origen es una ficción jurídica.⁶

En efecto, el Estado es una ficción, una persona moral o jurídica⁷ de naturaleza oficial y como tal no existe en el mundo como ente físico, pero sus efectos y consecuencias sí son perceptibles en la realidad, pues de lo contrario no tendría razón de existir. Al tener dicha naturaleza es producto del derecho y en esa medida, el Estado propiamente es derecho.

La señalada identificación del Estado y el derecho ha sido doctrinariamente sostenida desde hace muchos años.⁸ Empero, admitiendo en parte la indicada teoría, debemos considerar que el Estado no se identifica con el derecho en general, sino sólo, específicamente, con la Constitución.⁹

Es importante observar que nuestra norma jurídica fundamental, origen de validez de las restantes normas que conforman el derecho en México, es denominada Constitución en la medida en que constituye al Estado; pero sostener lo anterior en términos simples, sin observar con ánimo analítico y con detenimiento su significado, puede llevarnos a implicar que el Estado es un derivado o producto de la Constitución, lo cual es inexacto, pues la Constitución no constituye al Estado como algo externo a ella, sino que al crearla, conjuntamente con esta y en el mismo acto, se establece o constituye a este.

soberanía, más que un elemento, es una cualidad del Estado en relación con el ejercicio de sus atribuciones, pues el Estado es soberano.

⁵ Qué es el concepto de Estado. La teoría del Estado observa un dualismo metodológico por consideraciones de orientación casual o jurídicas. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises. "La teoría de la identidad del derecho y del Estado de Hans Kelsen". Dentro de: *La reforma del Estado. Estudios comparados*. Soberanes Fernández, José Luis y Diego Valadés (Coords.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1996. p. 587.

⁶ Desde luego que el Estado es un ente político y de organización social, pero se concretiza y surge en virtud del derecho, por lo que desde esta óptica lo analizaremos. El Estado es una persona moral, una ficción normativa, aunque algunos autores la consideran anterior a una elaboración jurídica. Cfr. Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, Traductores Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, UNAM, México, 2003. p. 100.

⁷ Persona moral o jurídica que actúa a través de los poderes del Estado. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado. Ensayos*, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2003. p. 157.

⁸ Cfr. Kelsen, Hans. *Idem*. pp. 215 y 216. También cfr. Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, 15 ed., Ed. Porrúa, México, 2006. p. 265. Ulises Schmill nos aclara la teoría de Kelsen, indicando que cuando se identifica al Estado y al derecho, no es porque se consideren la misma cosa, sino porque, atendiendo a que el derecho es un orden coactivo y siendo el Estado es quien ejerce la violencia legítima, todo problema referente al Estado es un problema jurídico y por tanto, debe ser resuelto a través de normas jurídicas. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises. *Op. cit. La teoría de la identidad* [...] pp. 591 a 597.

⁹ Dicha identificación realizada de forma específica entre Estado y Constitución ya se ha presentado en autores como Carl Schmitt; sin embargo, es referida por este a una sola visión de la Constitución (a la Constitución en sentido absoluto), no obstante observarla desde diversas ópticas y no en todas estas resulta coincidente. Cfr. Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. 1ª ed., 2ª reimpression. Alianza editorial. Madrid, 2017. p. 36.

En efecto, más que observar al Estado como un producto de la norma suprema, la Constitución permite su surgimiento y lo conforma al momento mismo en que es elaborada; es decir, nacen indisolubles por ser la misma cosa. La norma fundamental constituye al Estado porque lo integra en su totalidad y con exclusión de todo lo demás.

La Constitución es, pues, la norma jurídica en la cual (no simplemente, por la cual) se constituye al Estado, y por lo tanto, se identifican. El Estado es, entonces, la propia Constitución.¹⁰

Del Estado o Constitución surgirán el resto de las normas jurídicas conformantes del derecho u ordenamiento jurídico; pero sin llegar a confundirse con este.¹¹

La identificación de Estado y Constitución¹² no debe mermar los conceptos modernos de esta como principal norma reguladora de la sociedad. Superada se encuentra la consideración de Constitución, sólo como expresión política. El Estado es también norma jurídica viva con la que debe identificarse la sociedad de la que emana.¹³

Al ser una norma jurídica, la Constitución genera como tal el surgimiento de ámbitos de validez normativa;¹⁴ los que se observan en íntima relación con los elementos que conforme a la teoría del Estado, se atribuyen a este.¹⁵

2.1. LA POBLACIÓN COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y EL ÁMBITO PERSONAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Cuando un grupo de personas, en un determinado territorio, rigen su conducta con apego a las mismas normas jurídicas con exclusión de otras, la comunidad internacional debe reconocer en ese lugar la presencia de un Estado.

La población es el elemento humano del Estado y en esa medida, es el cúmulo de personas que se encuentran sometidas y regidas por la norma constitucional.¹⁶

¹⁰ Cfr. De Silva Gutiérrez, Gustavo. “Creación del derecho y aptitud de quienes lo formulan”. Dentro de: *Análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*. Ed. Themis. Barra Mexicana, Colegio de Abogados. México, 2010. p. 664.

¹¹ El Estado será, no el ordenamiento jurídico en su conjunto, sino sólo la cúspide del mismo: la Constitución. El derecho que conforma las normas jurídicas secundarias deriva del Estado o Constitución para la consecución de los fines públicos estatales.

¹² Es importante observar que cuando referimos al término Constitución, no excluimos a aquellas constituciones no escritas (como puede ser el caso de Inglaterra o Nueva Zelanda), las cuales pueden tener los requisitos de las escritas. Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado: ciencia de la política*, Traductor Héctor Fix Fierro, UNAM, México, 1985, p. 56.

¹³ La Constitución es fuente de fuentes de derecho al derivar de esta los órganos y las formas de producción jurídica y con ello, la totalidad del ordenamiento jurídico secundario; pero también es fuente directa de derechos al derivar de forma directa derechos y obligaciones. Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

¹⁴ Ámbitos personal, espacial, temporal y material de validez jurídica.

¹⁵ Población, territorio, gobierno y soberanía.

¹⁶ La dominación estatal se ejerce sobre una comunidad de hombres, que se identifica con el pueblo del estado. Cfr. López Ayón, Sergio. *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2016. p. 27.

El Estado al igual que el derecho es una construcción humana con la finalidad de regular la conducta de las personas en sociedad. El derecho surge de forma concomitante con la idea de sociedad mediante el establecimiento de normas que se pactan o acuerdan entre las personas de una comunidad determinada, logrando orden y seguridad.¹⁷

En otros casos, dichas normas, más que pactarse, se impusieron en virtud de un grupo dominante¹⁸ surgido dentro del propio grupo social o de uno exterior,¹⁹ acercándonos a la idea relativa a que el hombre no crea al Estado mediante una reflexión subjetiva, sino que inexorablemente se encuentra con él de modo objetivo y real.²⁰

Cuando la organización social se tornó más compleja, se dio cabida al surgimiento del Estado moderno,²¹ producto de la evolución de diversas formas sociales existentes en el devenir histórico de la humanidad. Resultado de dichas estructuras estatales, en un comienzo, básicamente se otorgó protección y orden, a cambio de tributos que permitían sostener el nuevo sistema.²²

Así como el derecho carece de sentido si no regula la conducta del ser humano en sociedad, de igual forma el Estado pierde razón de ser si no se concibe como una forma de organización social en beneficio de las personas que lo integran.

¹⁷ “En los grupos sociales primitivos se encuentran también los primeros gérmenes del fenómeno jurídico [...] El derecho no surge más que en la sociedad humana [...] Como se ve, aun cuando de manera completamente rudimentaria y separados, se encuentra, sin embargo, en el clan primitivo, todos aquellos elementos económicos, políticos, jurídicos, religiosos que poco a poco se irán desarrollando hasta construir la trama completa de la sociedad civilizada.” Gropali, Alessandro. *Doctrina general del Estado*. Traductor Alberto Vázquez del Mercado. Ed. Porrúa Hnos. y Cia. México, 1944. pp. 100 a 103.

¹⁸ Donde una vasta multitud de personas debe obediencia a un reducido número de hombres. *Cfr.* Laski. Citó: Serra Rojas, Andrés, *Ídem*, p. 167. Al extremo de llegar a decir en palabras de Luis XIV: “El Estado soy yo.” *Cfr. Ibidem*.

¹⁹ En muchas ocasiones el Estado es una organización social impuesta por los vencedores a los vencidos mediante la guerra. Teorías como la de Marx, sobre el derecho y el Estado como forma de control de grupos dominantes tienen apoyo en las teorías del origen violento del Estado a través de la dominación por la fuerza. *Cfr.* Muro Ruiz, Eliseo, “Las teorías del Estado en el diseño de los sistemas de justicia penal”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, García Ramírez, Sergio (Coord.), Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 574.

²⁰ *Cfr.* Heller, Hermann, *Ídem*, p. 94. “Los hombres no se asociaron después de un estado de naturaleza, como lo consideraban los contractualistas, porque siempre vivieron asociados y el individuo, en el sentido moderno de la palabra, esto es, el hombre dotado de la conciencia de su propia personalidad y de sus propios deberes y derechos, más bien que crear la sociedad, ha sido por el contrario, formado y plasmado, poco a poco por esta.” Gropali, Alessandro. *Ídem*, p. 84.

²¹ Cuyos antecedentes se pueden vislumbrar en el sistema feudal, antiguos reinos, principados o combinación de estos. Es hasta el renacimiento que surge el Estado moderno. *Cfr.* Cárdenas García, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. 15. Para algunos autores, el Estado moderno surge en Europa, siendo el primero, Inglaterra. *Cfr.* Guerrero, Omar, *Del Estado gerencial al Estado cívico*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 56.

²² El origen del Estado es el otorgamiento de la seguridad respecto de ataques del exterior a cambio del cobro de impuestos o contribuciones. El orden hacia el interior se lograba mediante el establecimiento de tribunales de justicia, para dirimir las controversias suscitadas entre los pobladores.

El Estado es la forma *macro* de organización social; es el modo en que una comunidad se organiza estableciendo sus propias reglas o norma jurídicas al interior y su forma de interacción con el exterior.

El Estado es a su población lo que la Constitución a su pueblo. Este último en tanto población sujeta de derechos y obligaciones.

La sociedad se organiza y crea al Estado, sometién dose a su imperio, a su norma suprema. Determina el tipo de Estado que requiere o quiere, identificando expresamente las características del mismo al momento de asentar lo en su Constitución.²³

Ahora bien, en virtud del sometimiento que genera el Estado, la población optó al tiempo del establecerlo, el otorgar o reservarse para sí, derechos básicos y fundamentales; siendo esta una de las características propias de lo que doctrinariamente se conoce como Estado de derecho.

La población del Estado corresponde al ámbito personal de validez de la norma constitucional.²⁴ Las personas que gozan de los derechos y obligaciones establecidos en la Constitución y por ende, todo sujeto sometido a la carta magna y al ordenamiento jurídico derivado de ella, es súbdito del Estado.²⁵

En este sentido, es importante no confundir la calidad de nacional o de ciudadano,²⁶ con la de integrante de la población del Estado, pues en la medida en que se está sometido al ámbito jurídico nacional se está bajo la tutela e imperio del Estado, aun y cuando se ostente la calidad de extranjero.²⁷

²³ Las características del Estado se plasman en la norma que lo determina, que en el caso es la Constitución. En esta se establecerá si el mismo es un Estado Central o Federal, con un gobierno republicano o monárquico, con sentido laico o con religión oficial, con sistema democrático, representativo, división de poderes, etc.

²⁴ Atendiendo al ámbito personal de validez, las normas jurídicas pueden clasificarse en generales (por ejemplo, una ley) o individualizadas (por ejemplo una sentencia). En el caso de la Constitución, es, desde luego, una norma general. *Cfr.* Muñoz Rocha, Carlos I., *Teoría del derecho*, ed. Oxford, México, 2007, p. 271.

²⁵ Algunos autores suelen indicar que el ámbito personal de la Constitución abarca a todas las personas que se encuentren dentro del país. *Cfr.* Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 7a. ed., Ed. Oxford, México, 2012, p. 190. Sin embargo, pueden existir casos de aplicación normativa extraterritorial. Incluso de extranjeros, en el extranjero, que se acogen al sistema o a los que se puede aplicar en determinadas circunstancias, el derecho nacional mexicano.

²⁶ Mexicano es quien ostenta la nacionalidad, por nacimiento o naturalización, en términos del artículo 30 constitucional y ciudadano mexicano es aquel que además de ser nacional, goza de derechos políticos para participar en la vida pública del Estado, en términos del artículo 34 constitucional.

²⁷ Siendo por tanto factible estar sujeto a más de una jurisdicción. Véase la tesis sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena época, número 2a. CVI/2007, visible a página 637 del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXVI, agosto de 2007, bajo el rubro: "EXTRANJEROS. GOZAN DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL QUEDAR SUJETOS A LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO MEXICANO."

Conforme lo indicado, debe advertirse que la población no sólo es parte del Estado, sino sujeto y objeto del mismo, pues es su razón de ser y de existir;²⁸ es el conjunto de gobernados, o más aún, el grupo de personas que se encuentran sometidas, pero también al amparo, del orden constitucional.

2.2. EL TERRITORIO COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El territorio como tal es un aspecto físico, es ente material y parte del planeta en que vivimos; es un pedazo de corteza terrestre. Tradicionalmente se le ha considerado como un elemento del Estado en virtud de que este requiere de un mínimo de espacio para desempeñarse; sin embargo, en esta medida debemos advertir que el territorio pertenece al Estado pero no lo conforma.

Lo anterior es así, en virtud de que si el Estado es propiamente una ficción jurídica, es decir, una persona moral creada conjuntamente en su Constitución, no es dable admitir que el territorio como ente físico pueda conformarlo, pues lo material no pertenece a lo inmaterial; por el contrario, el territorio es reconocido por la norma jurídica, aunque no debe a esta su existencia como tal, sino únicamente en la medida en que en dicha porción física o área se asienta el Estado y ejerce su poder.²⁹

Tradicionalmente se han considerado elementos del Estado a la población y al territorio (junto con el gobierno y la soberanía); pero más que elementos físicos que lo constituyen, son consecuencias jurídicas de reconocimiento que repercuten en la forma en que se observa a estos.

El territorio como *elemento* del Estado se equipara al ámbito de validez espacial de la norma jurídica, identificando a este con el espacio físico en donde la misma se aplica.³⁰

En este sentido, lo que identificamos jurídicamente como territorio, no es más que la medida de la jurisdicción; el ámbito de aplicación de la norma jurídica. Más que un elemento físico conformante del Estado, es un ente físico en el que el Estado se asienta y por ende, el espacio donde se asienta la Constitución; donde esta se aplica y tiene vigencia.

²⁸ El Estado es un producto humano, creado en beneficio de la comunidad, aunque la realidad nos demuestra que en muchas ocasiones determinados grupos de poder formados con alarmantes minorías, logran el control del Estado en perjuicio de la población.

²⁹ “El territorio no opera como superficie, sino como espacio tridimensional dentro del cual el poder del Estado moderno actúa. El Estado es un ser que ocupa un espacio en el sentido de que los actos de dominación del Estado ocupan espacio. La impenetrabilidad no es una propiedad del territorio, sino del poder del Estado.” Apuntes o notas encontradas, atribuidas a Herman Heller. Citó en apéndice: Gerhart Niemeyer. *Cfr.* Heller, Hermann. *Ídem*. pp. 364 y 365.

³⁰ “La vigencia espacial de las normas de derecho se extiende normalmente al ámbito dominado por el portador del Ordenamiento jurídico, es decir, al territorio del Estado.” Nawiasky, Hans, *Teoría general del derecho*, 2a. ed., Traductor José Zafra Valverde, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 97.

El territorio es la medida de la jurisdicción constitucional.

De esta forma podríamos apreciar que México, el Estado mexicano, no tiene el territorio con forma similar al “cuerno de la abundancia” que se plasma en algunos mapas; sino una apariencia diferente y de mayores proporciones al considerar los mares territoriales.³¹

El territorio nacional se observa hasta sus fronteras con estados diversos al mexicano, como Guatemala, Belice o Estados Unidos de América, al igual que mares pertenecientes a alguno de estos países o bajo jurisdicción internacional; pero si México encuentra parte de su límite territorial en el río Bravo o el Suchiate, es porque a partir del primero de los indicados deja de tener aplicación la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por ende las normas jurídicas mexicanas derivadas de ésta, entrando en aplicación normas jurídicas diversas pertenecientes a los Estados Unidos de América; y similar observación cabe hacer respecto del segundo caudal mencionado, en tanto parte del límite territorial marcado por la frontera sur que divide a nuestro país con Guatemala o igual análisis respecto de la frontera con Belice, pues en ambos casos, hasta esa delimitación territorial opera la jurisdicción constitucional de México.³²

Cierto es que el territorio es determinado por la propia Constitución, pero el ámbito jurisdiccional de la norma no debe confundirse con la norma en sí. Tampoco se debe confundir con el Estado. Territorio como concepto jurídico y ámbito espacial de validez normativa, es derivado de Estado y Constitución. El territorio como elemento del Estado, es la jurisdicción de la norma constitucional.³³

2.3. EL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL Y DEL ESTADO

El ámbito de validez temporal de una norma jurídica es relativo al tiempo en que la misma se encuentra vigente o con valor y por ende, resulta aplicable.³⁴

³¹ Parte del territorio nacional también lo conforman el espacio aéreo y el subsuelo. *Cfr.* Vescovi, Enrique, *Introducción al estudio del derecho*, Ed. B de F., Buenos Aires, 2002, p. 184.

³² Obsérvese que similares consideraciones operan por lo que hace al interior de nuestra Estado federal, en relación con las entidades federativas o incluso municipales; y de esta forma, el estado de Tabasco marca un límite o frontera con el de Campeche, en la medida en que de un lado de la frontera se aplica el Código Civil del estado de Tabasco, mientras que del otro lado de la frontera se aplicará y regirá el del estado de Campeche. Al respecto resulta ilustrador el criterio contenido en la jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la novena época, número P./J. 40/99, visible a página 916 del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo IX, mayo de 1999, intitulada: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA EXPRESIÓN ‘JURISDICCIONES’ CONTENIDA EN LAS FRACCIONES II Y V DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE REFIERE AL TERRITORIO EN EL QUE LOS MUNICIPIOS EJERCEN SUS FACULTADES.”

³³ Por jurisdicción constitucional se entiende el ámbito espacial que abarca la justicia de los tribunales de constitucionalidad. Dada la materia de ambos aspectos comentados (jurisdicción de la Constitución y jurisdicción constitucional), el ámbito de aplicación espacial es el mismo.

³⁴ Los contratos de arrendamiento son normas jurídicas sujetas a tiempo determinado; las sentencias penales condenatorias tendrán vigencia durante el tiempo en que se ejecuta la condena; la miscelánea fiscal generalmente es emitida por el periodo de un año, al igual que la ley de ingresos y presupuesto de egresos.

En este punto es importante observar que las normas generales tienen una vigencia cuyos efectos miran al futuro; es decir, producen consecuencias a partir de su nacimiento y hasta en tanto sean derogadas o anuladas; pero los efectos derivados de las mismas sólo pueden ser efectivos a partir de que la norma tuvo valor jurídico.³⁵ Lo indicado se traduce en una prohibición de retroactividad normativa, que en el caso mexicano se encuentra prevista en el artículo 14 constitucional.³⁶

Sin embargo, esta prohibición de retroactividad en cuanto a sus efectos, no es aplicable a la Constitución, la cual sí puede ser aplicada y tener efectos hacia el pasado.³⁷ Empero, no debe confundirse la vigencia temporal de la norma, con los efectos de la misma en relación con actos o hechos ocurridos en el tiempo.

El Estado mexicano no ha existido desde siempre y se desconoce el tiempo que le reste y el momento en que algún cambio de fondo podrá generar la desaparición del mismo; pero en cualquier caso, la Constitución no prevé un periodo de vigencia terminal, por lo que tanto el Estado, como desde luego la norma constitucional mediante la que se establece el mismo, es creado o emitida a partir de determinado momento, pero sin límite en cuanto a su vigencia temporal o existencia hacia el futuro.

Lo señalado nos debe llevar a reflexionar en cuanto al momento de creación del Estado mexicano, concluyendo que este surge el 4 de octubre de 1824, fecha en que se promulgó la primera Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana,³⁸ previa a la Constitución, y otros documentos jurídicos de gran relevancia y mayor antigüedad, como el

³⁵ Incluso las normas individualizadas como la sentencia, miran hacia el pasado sobre hechos ya acontecidos; pero sus efectos son hacia el futuro. El comienzo de la vigencia temporal de una norma se establece por la propia norma (en tratándose de normas generales, usualmente, en sus artículos transitorios). *Cfr.* Flores García, Fernando. *Introducción al estudio del derecho*. Ed. Porrúa, México, 2007, p. 91.

³⁶ Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

³⁷ Al respecto puede observarse lo dispuesto en las fracciones VIII y XVIII del artículo 27 constitucional, que regulan situaciones acaecidas con anterioridad a 1917. “Artículo 27. [...] VIII. Se declaran nulas: a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, Gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local en contravención a lo dispuesto en la Ley de 25 de julio de 1856 y demás leyes y disposiciones relativas; b) Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes, hechas por la Secretaría de Fomento, Hacienda o cualquiera otra autoridad federal, desde el día primero de diciembre de 1876, hasta la fecha, con las cuales se hayan invadido y ocupado ilegalmente los ejidos, terrenos de común repartimiento o cualquiera otra clase, pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, y núcleos de población. [...] XVIII. Se declaran revisables todos los contratos y concesiones hechos por los Gobernadores anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, por una sola persona o sociedad, y se faculta al Ejecutivo de la Unión para declararlos nulos cuando impliquen perjuicios graves para el interés público.”

³⁸ Emitida el 31 de enero de 1824 por el Congreso Constituyente con la finalidad de establecer de forma provisional las características del gobierno y administración, y las que deberían establecerse en el futuro,

acta de independencia,³⁹ los Sentimientos de la Nación⁴⁰ o Constitución de Apatzingan,⁴¹ entre otros, son antecedentes relevantes del Estado mexicano, pero no dan inicio ni son punto de partida del mismo, pues no lo constituyeron propiamente.

El periodo de tiempo en que gobernó Agustín de Iturbide como primer emperador de México,⁴² no podemos considerarlo como una etapa perteneciente al Estado mexicano, pues este aún no nacía a la vida jurídica. Cierzo es que la nación mexicana ya existía desde la época colonial, acaecida en este territorio, pero no debe confundirse con el concepto de Estado mexicano.⁴³

Si consideramos entonces al Estado mexicano surgido en 1824, con motivo de su primer Constitución, debemos preguntarnos si la pérdida de vigencia de dicha Constitución y la entrada en vigor de constituciones posteriores, generaron en cada caso la desaparición del

en lo que se termina de elaborar la Constitución del Estado Mexicano. Dicha Acta es posterior al Plan de Casa Mata, con el que se da fin al Primer Imperio Mexicano bajo la corona de Agustín de Iturbide.

³⁹ Acta de independencia del Imperio Mexicano, suscrita el 28 de septiembre de 1821, por la que se declara la independencia de México respecto del imperio español, una vez suscritos los tratados de Córdoba en la Villa del mismo nombre, en el actual estado de Veracruz, el 24 de agosto de 1821, por Agustín de Iturbide, en su calidad de comandante del ejército Trigarante y Juan O'Donjú, jefe político superior de la Nueva España. El Acta de Independencia del Imperio Mexicano, fue emitida después de la Declaración de Independencia dada por el Congreso de Chilpancingo (convocado por José María Morelos y Pavón) el 6 de noviembre de 1813; cuando México aún no podía proclamar de forma absoluta su independencia, pues aún faltaban varios años para lograrla.

⁴⁰ Los Sentimientos de la Nación, fue un documento leído el 14 de septiembre de 1813 ante el Congreso de Anáhuac (Congreso de Chilpancingo) en la que Morelos otorgaba su visión respecto de la futura Constitución.

⁴¹ De 22 de octubre de 1814, la cual hubiera sido la primer Constitución del Estado mexicano, pero no entró en vigor en virtud de que la independencia de España aún no se había logrado.

⁴² Así como el I Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822, bajo la corona de Agustín de Iturbide; quien impide que el Primer Congreso Constituyente del México independiente (pues el Congreso de Anáhuac o Chilpancingo que emitió la Constitución de 1814, no existió en un México verdaderamente independiente) termine su labor de constituir el Estado mexicano. Sin embargo, algunos autores sostienen que dicho Reglamento fue sólo un "proyecto", por lo que nunca estuvo en vigor: *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Compilación de la normativa del Poder Judicial de la Federación*. 100 aniversario Constitución 1917. El Poder Judicial de la Federación en el devenir constitucional de México. Publicación electrónica. Ávila Ornelas, Roberto (Comp.). SCJN. México, 2014. p. 14. Consultable en: <https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CompilacionNorm/PDF/CNPJF.pdf>. Fecha de consulta: 31 de mayo de 2020.

⁴³ La nación mexicana comienza a formarse en la época colonial, producto de la identidad propia que comenzó a arraigarse y ser parte de quienes habitaban esta región y que en gran medida, aún subsiste. La nación es un concepto sociológico, relativo al conjunto de personas que comparten ideología, vínculos históricos, culturales, lingüísticos, religiosos, etc., por lo que comparten identidad. Por su parte el Estado es un concepto jurídico, relativo a la organización política en que el derecho regula una sociedad. Renan sostenía: "Una nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que, a decir verdad, no son más que una, constituyen este alma, este principio espiritual. Una está en el pasado, la otra en el presente. La una es la posesión común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa. [...] La nación, como el individuo es la consecuencia de un largo pasado de esfuerzos, de sacrificios y de desvelos." Renan, Ernest. *¿Qué es una nación?* Traductor Andrés de Blas Guerrero. Ed. Alianza, Madrid, 1987, p. 82.

Estado y el surgimiento de uno nuevo, y en ese supuesto, admitir como fecha inicial del actual Estado mexicano, el 5 de febrero de 1917 o 1 de mayo del mismo año; fechas en que fue promulgada y entró en vigor, respectivamente, la última y actual Constitución de nuestro Estado. Pero debemos responder en sentido negativo, pues aún y cuando he sostenido que Constitución y Estado se identifican, el Estado mexicano ha sido uno sólo desde su nacimiento en la Constitución de 1824 y en su caso, se ha reconstituido o modificado con cada nueva Constitución, pero no ha perdido existencia y unidad desde su origen.

El Estado se crea de una vez y para siempre (o mejor dicho, en tanto exista). Y similares consideraciones caben respecto de las reformas constitucionales, pues no podemos sostener que cada reforma crea un Estado diferente, sino que estas lo detallan, lo modifican, lo especifican más, o en su caso lo reforman, pero es el mismo Estado mexicano en cambio continuo y dinámico, al igual que el derecho.

2.4. EL GOBIERNO COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y EL ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El Estado es una forma política y superior de organización social conformada jurídicamente, en búsqueda de condiciones de orden, seguridad y respeto a fin de alcanzar desarrollo, convivencia pacífica y bienestar generalizado. Pero el Estado moderno, de igual forma, debe desempeñarse en un ambiente de ejercicio de libertades públicas.

La organización social que denominamos Estado, requiere la dirección de una voluntad unificada que cuide los fines que busca la totalidad de quienes conforman la población, mediante la ejecución coactiva de sus ordenaciones, desenvolviendo un poder dominante de imperio que le fue entregado de forma originaria y que en su caso puede a su vez derivar.⁴⁴

Para lograr todos esos cometidos, el Estado se desenvuelve a través de instituciones y crea un gobierno que le permite realizar sus funciones mediante el cual unifica la voluntad y la exterioriza de modo coactivo.⁴⁵

Es a través del gobierno⁴⁶ que el Estado ejerce sus actos de imperio o dominio sobre su población y en general, su ámbito de influencia, para la consecución de sus fines.

⁴⁴ Cfr. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Traductor Fernando de los Ríos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 394 y 395.

⁴⁵ Parte de la forma de gobierno también es la determinación de los poderes, contenidos y procedimientos respecto a la toma de decisiones dentro de un Estado. Cfr. Sepúlveda Iguíniz, Ricardo J. "La forma de gobierno en la reforma del Estado". Dentro de: *Estrategias y propuestas para la reforma del estado*. Carbonell Sánchez, Miguel y Diego Valadés (Coords.). 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2002. p. 126 y 127.

⁴⁶ Gobierno, entendido en la acepción correcta del término, como el conjunto de poderes e instituciones públicas del Estado, y no únicamente como Poder Ejecutivo o Administración Pública.

Si hemos manifestado que el Estado es una ficción jurídica, entonces, para tener efectos en la realidad requiere que sus derivaciones se ejecuten, y esto se logra a través de los órganos públicos. El gobierno es, pues, el elemento o herramienta a través de la cual el Estado se manifiesta y tiene efectos en el mundo fáctico.

Dichas manifestaciones del Estado se realizan a través del derecho, no sólo en la creación de instituciones, sino también en la emisión de normas generales o particulares que coadyuvan en el cumplimiento de los fines del Estado y dan sustento a la actuación pública.

Ahora bien, el ámbito material de validez de la norma jurídica refiere al objetivo principal de su regulación; es decir, lo que se pretende con la emisión de la norma.⁴⁷ Es la finalidad jurídica perseguida a través del derecho.⁴⁸

Como se ha señalado, pilar fundamental del Estado es la creación de instituciones que lo sostengan, mediante el establecimiento del gobierno y, en este sentido, si Constitución es Estado, luego entonces, el ámbito material de una Constitución debe ser la configuración de la estructura del Estado mediante el establecimiento de instituciones públicas fundamentales y principales que detallen la forma en que se desenvolverá el gobierno estatal.

Conforme lo manifestado, podemos observar que el ámbito material de la Constitución es la conformación de las instituciones del Estado; de su gobierno. La Constitución se establece conjuntamente con el Estado, organizándolo, conformándolo y determinándolo.

La Constitución crea o constituye los “poderes” del Estado,⁴⁹ que al ser un solo Estado, en realidad es un solo poder, por lo que determina la división del mismo en órganos de gobierno con funciones y finalidades determinadas; establece y sostiene a las instituciones públicas principales; conforma organismos autónomos que no dependen de los poderes creados o constituidos; etc.

Desde luego que el ámbito material de la Constitución no se agota en la organización pública del Estado mediante el establecimiento de su gobierno; pues de igual forma determina la forma de Estado y otorga las características principales al mismo.⁵⁰ Y en el caso de un Estado federal como el nuestro, establece las partes conformantes de la federación y de igual manera resuelve las forma básica de su organización.

Como parte de la organización de un Estado federal, se establece un orden complejo en el que coexisten normas centralizadas y descentralizadas conforme un sistema de distribución

⁴⁷ Atendiendo al ámbito material, podemos encontrar la clasificación principal de las normas en derecho público o privado. La Constitución es una norma primigenia de derecho público, pero no se encuentra limitada a este, pues puede regular aspectos de derecho privado. *Cfr.* Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 21a. ed., ed. Porrúa, México, 2012, pp. 291 292.

⁴⁸ Para clasificar el ámbito de validez material, es necesario atender a la materia que regula la norma. *Cfr.* Pérez Valera, Víctor Manuel, *Teoría del derecho*, Ed. Oxford, México, 2009, p. 353.

⁴⁹ Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

⁵⁰ El nuestro por ejemplo, es un estado Federal; con forma de gobierno republicana y democrática.

competencial establecido en la Constitución⁵¹ y en esta medida, instituciones federales y locales.⁵² Estas determinaciones también son parte del ámbito material de validez jurídica, que especifica el establecimiento de órdenes jurídicos y junto con ellos, las facultades y funciones de los distintos niveles o mejor dicho, órbitas de gobierno a conformarse en estos.

El ámbito material de validez jurídica de la norma constitucional es, pues, el establecimiento del gobierno como elemento del Estado.

La Constitución otorga validez, pertenencia y unidad a todas las normas del sistema jurídico, pero de igual forma orienta el contenido de estas y, al hacerlo, norma *prima facie* la actuación de gobierno y gobernados. Siendo así, la Constitución no sólo es la creación del Estado, sino a su vez, una verdadera norma jurídica.⁵³

Las instituciones o entes públicos son creados para lograr la efectividad del derecho en general, por lo que no todas emanan directamente de la Constitución, sino que pueden ser establecidas por normas jurídicas secundarias, las que, al igual que todas las

⁵¹ La Constitución establece sistemas de distribución competencial entre normas federales o locales, y conforme a este se crea el derecho y se asegura su vigencia (cfr. García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Ed. Alianza, España, 2000, p. 100) y de esta emanan ambos órdenes (cfr. Arteaga Nava, Elisur. *Derecho constitucional*, Ed. Oxford, México, 1999, p. 21); siendo la regla general el sistema de distribución denominado residual, previsto en el artículo 124 en relación con el 73, sin que dicho sistema sea el único, pues existen otros preceptos que otorgan competencia directa a los estados, además de existir la competencia concurrente, coincidente, de facultades implícitas, etc. (Cfr. De Silva Nava, Carlos. *Curso de derecho constitucional*. SCJN y Universidad de Puebla. México, 2010. pp. 66 a 72. De igual forma cfr. Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. 2a. ed., traductor Alfredo Gallego Anabitarte, Ed. Ariel, España, 1986, pp. 354 a 357).

⁵² Cfr. Schmill, Ulises y Gustavo de Silva, "La sanción ante el incumplimiento de la sentencia de amparo", en *El Foro. La ejecución de sentencias de amparo, la repetición del acto reclamado y la negativa a suspenderlo*, Décimo cuarta época, tomo XVIII, número 2, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2005, pp. 17 y 18; y cfr. Fix Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 244.

⁵³ Ciertamente que el derecho no se conforma sólo por normas (*stricto sensu*), sino por principios, valores u otros contenidos; pero todos los preceptos en su conjunto tienen una finalidad normativa, por lo que son correctamente identificados también como normas (*lato sensu*). El concepto de norma puede ser variable (cfr. Schmill Ordóñez, Ulises. *Diccionario jurídico mexicano*. 12a. ed., tomo I-O, Ed. Porrúa y UNAM, México, 1998, pp. 2207 a 2210.), sin escapar a nuestra consideración que algunos autores consideran que no todos los preceptos integrantes de la Constitución o incluso el derecho, se conforman por normas (cfr. Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 102), sino que de igual forma existen disposiciones no normativas (cfr. C. Alchourrón y E. Buluygin. Citó: Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. 2a. ed., Ed. Themis, México, 2003, p. 197), como los valores (cfr. Vigo, Rodolfo. *Interpretación constitucional*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 64 y 65), los principios, las reglas u otros tipos, por lo que no todos los preceptos son de la misma naturaleza, ni todos expresan normas (cfr. Cárdenas, Jaime. *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2007, p. 110) y por ende, emplear dicho término en forma genérica resulta discutible (cfr. Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. 3a. ed., Ed. Cajica, Puebla, 2006, pp. 294 y 295); sin embargo, se concibe al orden jurídico como un sistema de normas de derecho (cfr. Kelsen, Hans. *Teoría general del estado*. Traductor Luis Legaz Lacamba, Ed. Labor, Barcelona, 1934, p. 61), pues más allá del tipo de preceptos que lo conforman, una vez enunciado el derecho es recibido como norma (cfr. Heller, Hermann. *Idem*. p. 244).

normas derivadas del Estado, de forma directa o indirecta, se encuentran subordinadas a esta, puesto que en ella encuentran su validez original.⁵⁴

Pero cierto es también que la Constitución, en su ámbito material, no sólo se conforma de una parte orgánica al determinar la estructura del Estado, sino que de igual forma, contiene una parte dogmática dirigida a la salvaguarda de prerrogativas fundamentales de la población del Estado. El reconocimiento o establecimiento de derechos fundamentales y de derechos humanos a nivel constitucional es consecuencia lógica de la creación del Estado, pues al determinar el gobierno en virtud del cual este imperará sobre los gobernados, es indispensable determinar los límites a la actividad gubernamental, mediante el reconocimiento de los derechos subjetivos principales o fundamentales.⁵⁵

Al otorgarse el poder al Estado, el cual ejercerá a través de sus instituciones, se observa necesario determinar en la parte dogmática, la guía de interacción entre gobierno y gobernados mediante el reconocimiento normativo de los valores y principios máximos a favor de los gobernados; muchos de los cuales se traducen de forma directa en normas constitucionales que determinan derechos a las personas bajo el imperio del Estado.⁵⁶

Es pues el Estado el que delimita el alcance de las posibilidades en el ejercicio del poder por parte del gobierno que a su vez instituye.

El ámbito material de validez de la Constitución no se agota en el gobierno como elemento del Estado, pero sí lo comprende y, en esa medida, se identifican.

2.5. LA SOBERANÍA COMO ELEMENTO DEL ESTADO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Los antiguos reconocían como necesaria para el Estado la cualidad de la autarquía,⁵⁷ entendida esta como autosuficiencia y por ende, total independencia de otros Estados. Autonomía total respecto de exterior.

⁵⁴ Cualquier norma jurídica adquiere su valor derivado de otra norma. Excepto la Constitución, puesto que si el Estado es soberano, se excluye de la necesidad de plantearse el fundamento de su validez. *Cfr.* Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, Ed. Porrúa, México, 1971, p. 51.

⁵⁵ A mayor poder, menor libertad; por lo que es necesario limitar al poder para proteger la libertad. *Cfr.* John Locke. Citó: Roldán Orozco, Omar Giovanni. *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015, p. 24.

⁵⁶ Fue precisamente derivado de la revolución francesa que se consideró necesario el establecimiento de los derechos básicos de las personas, al momento de constituir al Estado. Sin embargo, al discutirse el proyecto de constitución de 1878 de los Estados Unidos de América, los fundadores de ese Estado argumentaron a favor y en contra de establecer un catálogo de derechos. Los antifederalistas consideraban que era una constitución despótica al no contener catálogo de derechos; pero los federalistas no los consideraban al parecerles evidente la existencia de los mismos a favor de los ciudadanos, pues el pueblo no renunció a sus derechos, por lo cual no era necesario retener los mismos. Pero debemos observar que en ambas posturas, los derechos de las personas o gobernados se consideran prevaletentes aún con la creación de un nuevo Estado. *Cfr.* Vázquez Gómez Bisogno, Francisco. *El control de convencionalidad*. Ed. Tirant lo Blanch, México, 2018, pp. 111 a 113.

⁵⁷ Aristóteles. Citó: Jellinek, Georg, *Ídem*, p. 401.

Sin embargo, el Estado requiere de algo más que la independencia del exterior; necesita de igual forma la superioridad total respecto al interior. Requiere del *imperium*.⁵⁸

Podemos entender entonces a la soberanía del Estado en una doble concepción: como el poder sobre todo hacia el interior y como independencia e igualdad en relación con los otros Estados, hacia el exterior.

El Estado requiere ser soberano pues de lo contrario no podría tener la calidad de imperio hacia el interior y tanto hacia el interior o exterior podría encontrarse sometido a algo, perdiendo su calidad de tal, pues para la consecución de sus fines, el Estado necesita autoridad absoluta sobre todo lo que existe en su ámbito de influencia, incluidos desde luego, no sólo la población, sino de igual forma los poderes estatales constituidos.⁵⁹

Esta soberanía es adquirida por el Estado de su población, la que al organizarse socialmente, le otorga a efecto de que este pueda cumplir sus fines.

En el caso mexicano, el artículo 39 constitucional⁶⁰ establece que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo; pero si hemos manifestado que no debe confundirse al pueblo o a la población con el Estado, pues es una parte de este, pero no el todo, entonces, la soberanía, ¿reside en el pueblo o en el Estado?

Más adelante y de forma inmediata, el primer párrafo del artículo 40 constitucional⁶¹ determina que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión; es decir, del gobierno estatal. Pero entonces, conforme a lo manifestado, la soberanía ¿reside en el pueblo, en el gobierno o en el Estado?

La soberanía reside en el Estado.⁶²

Obsérvese que el artículo 39 establece que la soberanía reside originariamente en el pueblo, lo que implica que en efecto, originalmente la ostentaba el pueblo, el que determinó

⁵⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 401 a 407.

⁵⁹ Soberanía que desde algunos estados o gobiernos absolutos se considera como punto de cohesión. Cfr. Córvida Vianello, Lorenzo. Autocracia y Estado moderno. “Las razones del gobierno absoluto en el pensamiento de Maquiavelo, Bodino y Hobbes”. Dentro de: *Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2005*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, p. 9.

⁶⁰ Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

⁶¹ Artículo 40. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

⁶² Fue en Francia donde comenzó a emplearse el término soberano (sobre todos) para referirse al rey; pero fue Jean Bodin quien dota al concepto de soberanía de un significado aún vigente. Cfr. Pizzolo, Carogelo, “Soberanía, Estado y globalización” en *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, Serna de la Garza, José María y Armin Von Bogdandy (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, pp. 285 y 286.

organizarse socialmente a través de la Constitución de un Estado; y para que el Estado pudiera cumplir los fines para los cuales fue concebido, el pueblo le otorgó esa soberanía de la que era titular y ostentaba, a efecto de someterse a su *imperium*.

Cierto es que el poder del Estado es ejercido a través de sus instituciones de gobierno; pero dicho poder que le permite actuación es delegado, no otorgado ni enajenado a su favor. El poder y la soberanía continúan en ejercicio y bajo el Estado, no de su gobierno. El gobierno también está sometido a la soberanía del Estado o la Constitución. Si el pueblo no es el Estado en su totalidad, debemos advertir que el gobierno tampoco. Ambos son partes conformantes del mismo, pero no se identifican con este. La soberanía no reside ni en el pueblo ni en los poderes públicos, sino en el Estado. Este es el sentido que debe otorgársele a las disposiciones constitucionales citadas.

Conforme lo indicado con anterioridad, al momento en que el pueblo determina constituir su Estado, debe otorgar a este la soberanía de la que goza; pero en virtud de que la democracia directa es de ejercicio complejo en las sociedades modernas, el pueblo determina convocar a un constituyente que tendrá la finalidad de elaborar una Constitución; es decir, de crear al Estado.

El pueblo otorga al Constituyente el poder y soberanía que ostenta, a efecto de que este pueda crear de forma adecuada al Estado; sin embargo, junto con la cesión de soberanía, le establece directrices, por lo que el otorgamiento de dicha soberanía es condicionado a que el Constituyente respete la voluntad popular en los aspectos básicos, como podrían ser la forma de gobierno, la forma de Estado y de igual manera, el reconocimiento o establecimiento de derechos fundamentales como límites al poder del futuro gobierno.

El poder constituyente en ejercicio de la soberanía concedida, crea o constituye al Estado en la Constitución. Una vez creado este en esta, el constituyente deposita en la Constitución y el Estado la soberanía que le fue conferida por el pueblo y desaparece.⁶³

Es precisamente en el concepto de Constitución en donde se refleja con mayor claridad el paso del Estado absoluto, que depositaba su soberanía en el rey, a lo que ahora conocemos como estado de derecho, en el que la soberanía se encuentra depositada en la Carta Magna.⁶⁴

La soberanía queda depositada de forma definitiva en el Estado y por ende, en la Constitución. Esta soberanía estatal es lo que jurídicamente entendemos bajo el principio

⁶³ “Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.” Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Vigésimo novena edición, Ed. Porrúa, México, 1995, P. 11. Algunos autores consideran que para hacer efectivo el concepto de soberanía popular (originario o no), debiera someterse a aprobación de la voluntad general, el texto constitucional como condición de su vigencia. Cfr. Horn, Hans Rudolf, “El Estado constitucional como proyecto común de la humanidad”, en Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, P. 196.

⁶⁴ Cfr. García Ricci, Diego, *Estado de derecho y principio de legalidad*, CNDH y UNAM, México, 2015, p. 33.

de supremacía constitucional determinado en el artículo 133 constitucional⁶⁵ en virtud de la cual, ninguna norma debe contradecir el texto supremo *so pena* de invalidez.⁶⁶ Esta supremacía se debe encontrar garantizada mediante la existencia de controles constitucionales de tipo jurisdiccional,⁶⁷ como en el caso mexicano lo son el amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Pero no sólo la normatividad o el derecho debe someterse a la Constitución, sino en general toda la actividad humana que se desarrolle dentro de los límites del Estado debe ajustarse a esta, sin posibilidad de contradecirla.⁶⁸ Población y gobierno deben ajustarse y someterse a la Constitución. Los poderes del Estado sólo pueden actuar dentro y conforme lo permite la Constitución.

En virtud de la supremacía constitucional, todas las instituciones de gobierno, los gobernados, los entes internos del país (todos) y las normas jurídicas en su totalidad, independientemente al orden jurídico al que pertenezcan, se encuentran sometidas al imperio del Estado; o mejor dicho, a la Constitución.

El ejercicio del *imperium* estatal es posible solo como consecuencia de la soberanía o supremacía constitucional.

En esa medida, las entidades federativas, si bien son autónomas en cuanto a su régimen interior, no son soberanas, pues se encuentran sometidas al imperio constitucional o mandato del Estado federado.

Por otra parte, al ser el Estado una ficción jurídica, sólo puede manifestarse a través de la emisión de normas jurídicas o en ejecución de las mismas.⁶⁹ Desde esa óptica, el Estado ejerce su soberanía mediante mandatos (a través de la emisión de normas jurídicas) y

⁶⁵ La noción de supremacía constitucional se refiere exclusivamente a soberanía interior. La soberanía interior es un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad. *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Idem*, p. 6.

⁶⁶ Existe innumerable doctrina respecto a la supremacía constitucional, entre otros: *Cfr.* Hans Kelsen. Citó Fix Zamudio, Héctor. *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. Ed. Porrúa. México, 2005, p. 49. *Cfr.* Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*. UNAM. México, 1983, p. 13. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Supremacía constitucional. Serie grandes temas del constitucionalismo mexicano*. SCJN. México, 2005, p. 37. *Cfr.* Álvarez Gardiol, Ariel. *Homenaje al sesquicentenario de la constitución nacional (1853-2003)*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina, 2003, p. 352. *Cfr.* Lanz Duret, Miguel. *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, 5a. ed., Ed. Norgis. México 1959, p. 1. *Cfr.* De Silva Nava, Carlos. *La supremacía constitucional y los tratados internacionales*. *Anuario de Derecho Público. Los controles constitucionales*, Número 1. Ed. McGraw-Hill. México, 1998, p. 93.

⁶⁷ *Cfr.* De Vega García, Pedro. *Mundialización y derecho constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*. Dentro de: *Estado constitucional y globalización*. Carbonell Sánchez, Miguel y Rodolfo Vázquez (Coords.). 2a. ed., Ed. Porrúa y UNAM. México, 2003, p. 184.

⁶⁸ Ajustar los actos a la Constitución del Estado, implica no llevarlos a cabo en contra de sus determinaciones; lo que no se traduce en que toda la actividad humana esté expresamente regulada por la norma constitucional.

⁶⁹ Ejecución, incluida la física o material, que también conforma una norma jurídica, aunque no necesariamente escrita.

mediante la ejecución coercitiva de los mismos. Pero si las normas emanan en su origen del Estado, no puede ninguna de ellas contradecirlo o violentarlo.

De acuerdo a lo asentado, el orden jurídico y el derecho en general serán un derivado del Estado, por lo que no deberán identificarse; pero sí debemos observar que todas las normas emanan en su origen del Estado y, en esa medida, el sistema de validez normativa encuentra en la Constitución el origen primario del derecho.

Estado y Constitución son dos formas de observar el mismo ente.

La Constitución se convierte así en el centro del que emanan todas las normas e instituciones de gobierno, tanto federales como locales, erigiéndose no sólo en origen, sino en centro de atracción en virtud del cual todas las consecuencias del Estado se mantienen unidas y relacionadas. Es en torno a la Constitución en donde la nación debe encontrar su punto de cohesión.

El advertir que la soberanía es un atributo propio y necesario del Estado, es reconocer la supremacía de la Constitución.

3. LA CONSTITUCIÓN DESDE DIVERSAS PERSPECTIVAS

La Constitución ha sido analizada desde diversas perspectivas y como consecuencia de ello se han propuesto diversos adjetivos que la identifican conforme la visión del observador y la condición en ella identificada.

Los distintos análisis ontológicos de la Constitución que se han realizado, nos arroja diversas definiciones; la gran mayoría acompañadas de acertados y sesudos argumentos que permiten sostener el reconocimiento atribuido.

Una primera distinción es la que sostiene (Kelsen) entre la Constitución formal y la Constitución material. La Constitución formal es aquella coincidente con la Constitución escrita en términos genéricos, y en aspectos más definidos, como el documento solemne que contiene aquellas normas jurídicas cuya modificación requiere de un procedimiento complejo a fin de dificultar su cambio. Desde otra óptica, se indica que la Constitución materia es tal en virtud de ser la norma de mayor nivel dentro del orden jurídico que otorga validez al sistema y en virtud de la cual se genera la creación del derecho o las normas jurídicas secundarias, especialmente las leyes.⁷⁰

En la breve reseña señalada, se observa desde dos ángulos diferentes el mismo tipo de Constitución; es decir, tanto la formal como la material hacen referencia a la Constitución escrita en tanto ley fundamental.

⁷⁰ Cfr. Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *Teoría general de derecho y del [...]* pp. 146 a 148.

De forma similar aunque con disímil significado, otro autor (Hauriou) analizan la Constitución desde un aspecto formal y otro material.⁷¹ La Constitución material es definida como el conjunto de normas que rigen la organización y funcionamiento del Estado, regulando no sólo a los poderes públicos, sino también las relaciones entre estos y las personas en tanto gobernados. Por su parte, la Constitución en sentido formal es vista como el documento promulgado de forma solemne que tiene una naturaleza especial y diferenciada de el resto de las normas jurídicas. Ambas formas conceptuales recaen en el mismo tipo de Constitución, que es la escrita.

En otro contexto se habla de Constitución jurídica y Constitución real, entendiendo por la primera, a la escrita, aquella a la que también el autor de esta teoría (Lassalle) llama “una hoja de papel”; mientras que la Constitución real es la que se conforma por las decisiones influidas por los “factores reales de poder”; es decir, los grupos existentes unidos en torno a ciertas ideologías e intereses de diversos tipos, con el poder o influencia necesaria para lograr que el Estado encamine hacia ciertos fines u objetivos.⁷² Los factores reales de poder logran forma jurídica al ver plasmadas sus ideas en esa hoja de papel, haciéndolos coincidir con la Constitución jurídica.⁷³

El anterior análisis parece realizarse, ya no en exclusiva sobre la Constitución escrita, sino abarcar en el concepto de Constitución otros aspectos diversos que inciden en la realidad, más allá de las prescripciones normativas contenidas en una Carta Magna o código jurídico supremo.

Adicionalmente, diferencias como la indicada, nos ayudan a comprender la existencia de una Constitución, en países de constituciones no escritas, los que, en cualquier caso, sí tienen diversos documentos constitucionales o principales plasmados de forma escrita aunque no pertenecientes a un código único.

Desde otra óptica (Schmitt) se ha observado a la Constitución en conexión con un concepto absoluto, relativo, positivo e ideal.⁷⁴ La Constitución vista desde un concepto absoluto, es aquella que concreta la manera del ser de toda la comunidad política como unidad; es decir, es el Estado en sí mismo desde el aspecto orgánico, institucional y social, incluyendo en este aspecto las relaciones de *supra* a subordinación entre gobernantes y gobernados mediante ordenaciones de derecho en las que la Constitución es la norma de normas. En el concepto relativo, la Constitución es la norma escrita, por lo que se identifica

⁷¹ Cfr. Hauriou, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Trad. José Antonio González Casanova. Ed. Ariel. Barcelona, 1971, pp. 311 y 312.

⁷² Dentro de estos grupos podríamos considerar actualmente y desde luego, a los partidos políticos, pero también a los empresarios, los sindicatos, las iglesias, el ejército, los industriales, los jóvenes y dentro de estos a los estudiantes, etc.

⁷³ Cfr. Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* 13a. reimpresión, Ed. Coyoacán, México, 2006, pp. 42 a 52. Lassalle no escribió el libro propiamente, sino que él mismo transcribe una conferencia dada por este autor alemán en la ciudad de Berlín, en el mes de abril de 1862.

⁷⁴ Cfr. Schmitt, Carl. *Idem*. pp. 35 a 81.

con el código o la ley fundamental en concreto. Observada desde el concepto positivo, la Constitución es la suma de las decisiones políticas fundamentales que se traducen en el acto del poder constituyente que refleja la unidad política que la respalda. Así también, la Constitución puede advertirse desde su concepto ideal, referente a la suma de los ideales o ideologías de los grupos o partidos políticos actuantes.

Otros autores (Loewenstein) diferencian entre constituciones normativas, nominales y semánticas.⁷⁵ La Constitución normativa es aquella que una vez emitida, el poder y la sociedad se ajustan a esta; es decir, es la Constitución que realiza una función verdaderamente normativa sobre gobernantes y gobernados, pues norma la conducta de estos, sometidos a ella. Es una Constitución real y efectiva, pues es observada y aplicada.⁷⁶ Por su parte, cuando el diseño constitucional no concuerda con la realidad; esto es, cuando la Constitución no logra normar la actividad de los actores existentes, estamos en presencia de una Constitución nominal. La Constitución semántica es aquella que si bien es aplicada y observada, esta no logra adecuar el ejercicio del poder a ella, sino que opera a la inversa, pues es el poder el que somete a la Constitución y la amolda a este.⁷⁷

Desde otro contexto, se advierte a la Constitución (Heller) como realidad social, como Constitución jurídica destacada y como Constitución escrita.⁷⁸ La Constitución como realidad social se analiza por el autor de esta teoría, observando aspectos relativos a la normatividad y a la normalidad, sosteniendo la existencia de una Constitución total conformada parcialmente por una Constitución no normada y una normada, y dentro de esta segunda se encuentran la normatividad extrajurídica⁷⁹ y la jurídica, última que se traduce en una Constitución organizada. La Constitución total representa no solo la normatividad sino también la normalidad con que se desenvuelve la sociedad y las relaciones de poder que actúan en la misma. El autor desarrolla en su teoría una compleja relación que se gesta y se contiene dentro de la Constitución total, como una constante tensión e influencia recíproca entre el ser y el deber ser, que tiene representación en la realidad.⁸⁰ Pero también

⁷⁵ Cfr. Loewenstein, Karl. *Ídem*. pp. 216 a 222.

⁷⁶ “[...] una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica.” Loewenstein. Citó: Moreno, Daniel. *Derecho constitucional mexicano*. 8a., ed. Pax-México, 1984, p. 16.

⁷⁷ En estos casos el poder (o los grupos de poder) usa la Constitución como un instrumento para permanecer y lograr sus fines sobre la población.

⁷⁸ Cfr. Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Traductor Luis Tobio, 2a. ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 316 a 329.

⁷⁹ Influida por la moral, la costumbre, la religión, la urbanidad, e incluso la moda.

⁸⁰ “La Constitución estatal, así nacida, forman un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, [...]. En la fuerza normalizadora de las normas sociales se apoya principalmente la permanencia y generalización temporal y personal de la normalidad y, con ello, la permanencia de la Constitución. [...] puede así concebirse la Constitución total del Estado como ‘forma acuñada que viviendo se desarrolla’. [...] Toda creación de normas es, por esto y ante todo, un intento de producir, mediante una normatividad creada conscientemente, una normalidad de la conducta concorde con ella.” *Ídem*, pp. 316 a 329. “[...] una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas.” Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*, 16a. ed., Ed. Porrúa, México, 2013, p. 10.

se observa la Constitución jurídica destacada, como expresión de las relaciones de poder; no tanto como conjunto de normas, sino como una función constitucional que se desempeña a través del tiempo y de las personas, generando una unidad; aunque constantemente renovada.⁸¹ Por su parte, la Constitución escrita coincide con el código normativo fundamental.

Muchos son los autores que ven a la Constitución, más allá de términos estrictos de norma puesta o positiva, aunque fundamental. La Carta Magna, desde el documento solemne o la hoja de papel, tiene efectos en la realidad y debe ser norma viva en la sociedad, y la forma de recepción de esta por el pueblo al que se debe, es de igual forma advertido como Constitución. Por esta razón, también se le ha considerado (Häberle) como un estadio cultural que deviene en guía para las personas de la comunidad estatal.⁸²

3.1. LA CONSTITUCIÓN O ESTADO EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO FÁCTICO

La Constitución y con ella el Estado, pueden ser observados desde dos ángulos que nos permiten advertirlos en su sentido formal y en su sentido fáctico.⁸³

La Constitución o Estado en sentido formal es la formulación jurídica que se expresa en un código normativo, supremo y fundamental, del cual emana la totalidad del orden jurídico secundario.

Al ser el Estado una ficción jurídica que se refleja en la Constitución, en virtud de esta, nace este, de forma conjunta, moldeado en su estructura y determinado en todos sus elementos.

En este punto es importante reiterar que el Estado no se limita al gobierno o entes que ejercen el poder público, ni a la producción normativa; implica un desempeño complejo de actividad diversa y es integrado también por la población o sociedad a la que se debe y en virtud de la cual justifica su existencia.⁸⁴

La Constitución es plenamente identificada con el Estado y en su sentido formal, la Constitución determina, generalmente por escrito y en un documento solemne, el *deber ser* del Estado.

⁸¹ Constitución jurídica destacada: no es una estructura conformada por normas, no es un ser, sino un deber ser, es la emancipación de un contenido de significación de la realidad social, que luego puede ser recogida en otras actuaciones y revivida en ellas. La Constitución jurídica destacada es una emancipación de la realidad, pero jurídica. *Ídem*, p. 11.

⁸² *Cfr.* Häberle, Peter. *Ídem*, p. 5.

⁸³ El término Constitución es empleado por diversos autores para marcar diferencias como la señalada. Considero que no es del todo incorrecto, en virtud de la identificación existente entre Constitución y Estado.

⁸⁴ Similar (aunque con amplias diferencias) a una persona moral que se conforma por personas físicas, aunque en su estructura hayan órganos de gobierno y de dirección, y solo un reducido número de socios pertenezcan a ellos, pues la sociedad o personal moral no se limita a los órganos de gobierno o directivos de la misma.

Como toda norma jurídica, la Constitución tiene efectos en la realidad. En la forma en que dicha norma se ejecuta o es recibida, asimilada, vivida y llevada a cabo por toda la colectividad (gobierno y gobernados), se expresa la Constitución en sentido fáctico, representada, ya no por el *deber ser*, sino por el *ser* del Estado.

Con proporciones muy guardadas pero a modo de ejemplificar, diremos que un contrato de arrendamiento es una norma jurídica y en ese sentido se asemeja al Estado en sentido formal. Obsérvese que dicha relación contractual puede ser verbal o escrita (similar a lo que ocurre con otras normas jurídicas, incluidas las constituciones no escritas de algunos países como Inglaterra, Nueva Zelanda u otros). En el caso del contrato de arrendamiento por escrito, este se asienta en un documento suscrito por las partes que se traduce en una norma jurídica y en esa medida, es el *deber ser* que rige la relación contractual entre arrendador y arrendatario, definiéndose el inmueble dado en arrendamiento, el monto de la renta a pagar, los días en que debe realizarse el pago, el cobro de intereses en caso de mora y en general, los derechos y obligaciones acordados por las partes. Pero dicha norma se ejecuta surtiendo efectos en la realidad mediante los hechos, y en estos, tal vez, el arrendatario no paga normalmente dentro de los primeros cinco días de cada mes, como se expresa en el contrato, pero tampoco el arrendador cobra los intereses moratorios estipulados. Este es el mundo del *ser* en que se realiza o desenvuelve el arrendamiento creado a partir de la norma o el *deber ser*.

La Constitución en sentido fáctico son los efectos de la norma formal en la realidad y, en ese sentido, también se identifica con el Estado.

Al ser el mismo ente, Estado y Constitución se observan en sentido formal y en sentido fáctico, como *deber ser* y como *ser*. La Constitución formal en tanto norma jurídica implica el *deber ser* del Estado, mientras que la Constitución fáctica, en tanto consecuencia normativa en la realidad, se traduce en el *ser* del Estado.

La Constitución formal y la fáctica son dos etapas o modos de desempeño y existencia del mismo Estado.⁸⁵

En el aspecto señalado, es muy importante no confundir a la Constitución fáctica, con la aplicación de la norma constitucional mediante el ordenamiento jurídico secundario.

En efecto, el derecho se va concretando de la norma más general a las individualizadas y más específicas. La Constitución General de la República es la norma más general en el país y la que otorga validez jurídica a la totalidad de las secundarias (es centro de gravedad o atracción que mantiene unido el orden jurídico nacional en su conjunto). Conforme a ello,

⁸⁵ El Estado es una ficción jurídica y como tal, únicamente se expresa a través de la emisión de normas jurídicas o en ejecución de las mismas. La ejecución de una norma, conforma a su vez una norma diversa que se integra a una cadena normativa conforme el sistema de validez jurídica. Sin embargo, en el caso de la Constitución formal y la fáctica, esta no implica dos normas diversas, sino que se traduce en la misma norma cursando dos etapas que le son consubstanciales.

puede generar una cadena de validez normativa cuya concreción pase de dicha Constitución a una Constitución de entidad federativa y de ahí a un código civil y de ahí a una sentencia de condena a una persona determinada que generará la privación y el remate de sus bienes; y con un gran número de ramificaciones, esta concreción podrá desviarse de la Constitución local a una ley administrativa y a un reglamento, y evolucionar a una orden de clausura de un establecimiento mercantil y a la colocación física de sellos en el local e imposición de multas.⁸⁶ En esta medida, el orden jurídico secundario puede considerarse una ejecución o concreción de la Constitución formal, pero no debe confundirse con la Constitución fáctica, pues si bien esta también comprende la emisión del orden jurídico secundario a efectos de concreción normativa, lo cierto es que excede por mucho el ámbito señalado.

Algunos autores han considerado un tercer sentido de Constitución a la que denominan Constitución real. Esta es advertida como el punto de inferencia entre las que ahora denominamos como Constitución formal y Constitución fáctica; es decir, donde ambas convergen.⁸⁷

La explicación en torno a la Constitución fáctica se encuentra respaldada por argumentos que se sustentan en diversas materias (como la política o la sociología) más allá de la jurídica.

La Constitución fáctica es el efecto que produce en la realidad la Constitución formal. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho, debemos observar que la norma no siempre se ejecuta de manera perfecta y conforme a lo establecido por esta.

Por otra parte, debemos recordar que el derecho tiene la finalidad de normar la vida del ser humano en sociedad y en esa medida, una de sus principales características es el dinamismo. El derecho es cambiante de forma constante. Evoluciona con la sociedad, muta. En un aspecto, el derecho se anticipa a determinar la conducta humana, pero de igual manera, es común que las transformaciones vertiginosas y cotidianas de la realidad se anticipen a la existencia de la norma jurídica, por lo cual esta debe surgir con posterioridad acorde a la realidad que pretende regular.⁸⁸ La relación entre el derecho y los hechos⁸⁹ es de influencia recíproca y continua.

Existirá en todo momento una tensión entre el *deber ser* y el *ser*.

La existencia del Estado en la realidad, es esa Constitución fáctica que implica el desenvolvimiento de una norma viva a partir de la Constitución formal. El Estado es más

⁸⁶ En relación con el sistema de validez normativa, *cfr.* De Silva Gutiérrez, Gustavo. “La norma válida. Análisis sobre la validez de las normas jurídicas”, en *Revista de la facultad de derecho de México*. Tomo LIX, número 252, julio-diciembre, UNAM, México, 2009, pp. 118 a 129.

⁸⁷ Carpizo, Jorge. *Op. cit. Estudios constitucionales* [...] p. 52.

⁸⁸ Por ejemplo, en ámbito tecnológico, es usual que el derecho vaya rezagado en relación con la actividad fáctica del ser humano.

⁸⁹ No se emplea el término “hechos” en el sentido de hecho jurídico, cuya connotación es diversa en tanto diferenciada con el acto jurídico. El término “hechos” se emplea en tanto sucesos acaecidos en la realidad.

Constitución cuando se observa desde el punto de vista formal y la Constitución es más Estado al analizarla desde su sentido fáctico.

El estado de derecho debe aspirar a que la Constitución formal y la fáctica coincidan en su totalidad,⁹⁰ y admitiendo las diferencias que pueden haber entre la norma y los efectos que esta produce en el mundo material, las mismas no deben ser deseables y por ende, debe buscarse que sean mínimas. A mayor separación o disimilitud entre la Constitución formal y la fáctica, mayor grado de ineficacia constitucional y por ende, del Estado. La Constitución será letra muerta si no es eficaz, si no se aplica o no tiene efectos en la realidad; si no se vive, si no se transforma en fáctica.

Pero no puede volverse fácticamente una Constitución que no es coincidente en un alto grado con la Constitución formal. Si la Constitución fáctica encuentra fuertes o profundas divergencias con la formal, no podemos sostener la interrelación entre ambas y menos aún que nos encontraremos ante la misma Constitución. La Constitución fáctica será el Estado, un Estado sin fundamento, en tanto que la Constitución formal solo será, en palabras de Lassalle, una hoja de papel, y añadido que tal vez, archivada en la sección del olvido. Será la Constitución semántica de Loewenstein.⁹¹

La Constitución debe ser norma viva, vigente, y en ese sentido, debe vivirse, aceptarse, asimilarse, obedecerse, respetarse por el Estado (incluidos en este, tanto el gobierno como la sociedad que se gobierna, pues todos somos parte del Estado). Lejos ha quedado la concepción de Constitución como una proclama de carácter político, alejada de la realidad. Basados en Häberle, la Constitución también es cultura.

4. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ACENTUANDO UNA APARENTE TAUTOLOGÍA

Siendo Constitución y Estado un mismo ente, nos queda observar que hoy en día, el estándar internacional relacionado con países jurídicamente avanzados nos exige encontrarnos en el denominado Estado constitucional de derecho,⁹² que más que una triple tautología, es un diseño constitucional con características sustanciales e indispensables mínimas que alejan a las sociedades del absolutismo o totalitarismo y con ello de la dictadura. Estos elementos de todo Estado de derecho son, entre otros, el imperio de la ley; la legalidad de la administración; la división de poderes; la disposición expresa de derechos fundamentales⁹³ y la existencia de controles constitucionales de tipo jurisdiccional. El progreso del Estado de derecho es paralelo y simultáneo al desarrollo del papel de la

⁹⁰ En la medida en que la Constitución formal tenga los elementos de un verdadero Estado de derecho.

⁹¹ Gran peligro levantar el edificio sobre cimientos de papel.

⁹² Estado Constitucional de derecho que es el último y actual eslabón del Estado de derecho, que surgió como Estado liberal y luego social de derecho (algunos consideraban el democrático de derecho).

⁹³ Para temas relativos a estado de derecho, puede verse: *Cfr.* Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1998, pp. 35 y 44 a 55.

jurisdicción que nos permite encausar de forma adecuada el desempeño del Estado en el uso legítimo de poder.⁹⁴

Importante será añadir como característica mínima a este diseño constitucional, el de la existencia de tribunales adecuados para ejercer los controles jurídicos, tanto de constitucionalidad como de convencionalidad y legalidad, entendiendo por dichos tribunales, órganos judiciales autónomos, independientes, imparciales y técnicamente desarrollados en el ámbito jurídico para lograr resoluciones de calidad que reflejen contenidos con un alto nivel de especialidad.⁹⁵

Si el derecho otorga al Estado facultades de coacción, crea el peligro de un poder arbitrario y ante ello, el Estado de derecho minimiza ese riesgo.⁹⁶

Ahora bien, es importante no encerrar el Estado de derecho en la estructura constitucional, pues este debe, a partir de la Constitución, irradiar la totalidad del ordenamiento jurídico y reflejarse en la actuación de gobernantes y de gobernados; es decir, requiere ser una realidad que guíe y envuelva a la sociedad. El Estado de derecho debe emanar de la Constitución formal y mantenerse en la Constitución fáctica, influenciando a partir de ella a todas las normas jurídicas secundarias o derivadas.

A partir del Estado de derecho se debe:

- a) Observar el Estado de derecho en todo el derecho, por lo cual no puede ni debe agotarse en la Constitución, sino que debe observarse reflejado desde esta y desarrollarse en toda la legislación secundaria, apegado a los valores, principios, directrices y determinaciones que de ella derivan y exponenciarse pues por su propia naturaleza, el Estado de derecho es necesariamente progresivo en virtud y a través de las normas secundarias.
- b) Alcanzar mayor plenitud mediante la aplicación efectiva de las normas jurídicas, pues es requisito *sine qua non* para este, el que estas se interpreten y apliquen de forma adecuada conforme los parámetros marcados en el propio sistema y de acuerdo a los fines y valores del mismo (normas flexibles de aplicación rígida);⁹⁷ incluyendo desde luego, la sujeción de las instituciones públicas a las normas imperantes en el Estado de derecho.

⁹⁴ Cfr. Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, pp. 88 a 95.

⁹⁵ Con integrantes capaces y competentes en el manejo del derecho.

⁹⁶ Cfr. Joseph Raz. Citó: Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, p. 12.

⁹⁷ Las normas rígidas con aplicación rígida nos conduce al Estado totalitario; las normas flexibles con aplicación flexible nos lleva a la impunidad y la injusticia; las normas rígidas, de aplicación flexible nos conducen a la corrupción. Es en las normas flexibles con aplicación rígida donde nos acercamos al Estado de derecho.

- c) Lograr la adecuación social al Estado de derecho, mediante la cual, los integrantes de la comunidad vivan de forma consciente y participativa el derecho, respetando y observando el mismo de forma espontánea y en virtud de un convencimiento propio respecto de su sujeción al mismo.
- d) Buscar el mayor grado de coincidencia entre el *status* formal y fáctico de la Constitución.

Estado o Constitución, como base política de la organización social, tendente a lograr fines básicos como desarrollo, bienestar, orden, seguridad, respeto, progreso, ejercicio de libertades públicas, entre otros, a través del sostenimiento del Estado constitucional de derecho.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado no se identifica con el derecho en general, sino exclusivamente con la Constitución. Estado es igual a Constitución.

SEGUNDA. Los elementos del Estado se identifican con los ámbitos de validez normativos de la Constitución.

TERCERA. La Constitución y el Estado pueden ser observados en sentidos formal y fáctico.

CUARTA. El Estado constitucional de derecho debe aspirar a lograr el mayor grado de coincidencia entre los aspectos formal y fáctico de la Constitución.

QUINTA. Para que el Estado constitucional de derecho sea una realidad plena, no basta que se implemente en la Constitución, cuyo punto de partida es necesario, sino que es menester que se refleje desde esta en toda la normatividad secundaria, se apliquen las normas a gobernados y gobernantes mediante un sistema de leyes flexibles de aplicación rígida y se logre la adecuación social al Estado de derecho.

LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO POR AGRAVIO IRREPARABLE¹

Jorge Antonio Galindo Monroy²

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes Históricos. 2.1. El amparo en el Virreinato y en los primeros años de México independiente. 2.1.1. Recurso de Fuerza Amparo y Protección. 2.1.2. El amparo yucateco. 3. La Constitución de 1857. 3.1. Argumentos de Vallarta para oponerse al amparo judicial y el alegato que en contra de esas ideas dio el abogado postulante Lancaster Jones. 3.2. Otras objeciones que pueden hacerse a los argumentos de Vallarta para impugnar la procedencia del amparo judicial. 4. Leyes Reglamentarias de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857. 4.1. La ley Orgánica Reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, expedida en 1861. 4.2. La Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo de 1869. 4.2.1. El caso del homicidio del general Patoni y la prohibición del amparo judicial. 4.2.2. Caso de Miguel Vega y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 4.3. Ley Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 14 de diciembre de 1882. 4.4. Código de Procedimientos Federales del 14 de noviembre de 1895. 4.5. Código de Procedimientos Federales del 6 de octubre de 1897. 4.6. Código de Procedimientos Federales del 3 de octubre de 1900. 4.7. Código Federal de Procedimientos Civiles aprobado el 26 de diciembre de 1908. 5. Constitución de 1917. 5.1. Leyes Reglamentarias de los artículos 103 y 107 de la Constitución. 5.1.1. Ley de Amparo de 1919. 5.1.2. Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal del 30 de diciembre de 1935, publicada el 10 de enero de 1936. 5.1.3. Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución del 1 de abril de 2013, publicada el día 2 siguiente. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En la ley de Amparo del 2 de abril de 2013, publicada en el *Diario Oficial* del día 3 siguiente, se prescribe en su artículo 107, fracción V, que el amparo ante el juez de distrito

¹ La idea de escribir este ensayo fue el resultado de la invitación que me hizo el Instituto de la Judicatura Federal, para participar en la mesa redonda sobre el tema de agravios irreparables, en la que también participaron los magistrados de circuito Mauro Miguel Reyes Zapata y Miguel Bonilla López, con motivo de las jornadas académicas en homenaje al magistrado Leonel Castillo González, por su retiro de la carrera judicial, celebradas del 19 al 21 de agosto de 2019 en la sede del Instituto.

² Abogado por la Universidad Iberoamericana, catedrático en derecho constitucional y procesal constitucional, consultor y postulante en las materias constitucional, civil y administrativo, miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. A. C.

procede en contra de los actos de los jueces que sean de imposible reparación, entendiéndose por estos a los que afectan materialmente los derechos sustantivos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México sea parte.

La hipótesis contenida en el precepto y fracción citados pone de nueva cuenta en la palestra la discusión, que se suponía superada, sobre la posibilidad de que el juicio de amparo proceda en contra de las resoluciones de los jueces y en el caso de que así sea, que resolución o resoluciones pueden combatirse a través del juicio de garantías y en qué momento deben impugnarse.

En este trabajo se hará un estudio histórico, constitucional y procesal para determinar que sí es posible combatir en amparo indirecto las violaciones procesales irreparables aunque no se hayan materializado, a menos que su materialización solo dependa de que se han ordenado, aunque no se hayan ejecutado.

Para tal efecto se estudiará el proyecto y el texto de la Constitución de 1857, en especial los artículos 14, 21 y 26 de la propuesta presentada y los artículos 14 y 16 del texto constitucional aprobado, los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917, las tres leyes reglamentarias que han tenido, la de 1919, la de 1936 y la de 2013. Además, se analizarán los preceptos constitucionales y legales en los que se ha dispuesto la procedencia e improcedencia del amparo judicial, en específico en contra de los actos de los jueces que puedan causar un agravio irreparable, así como los criterios que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema.

RESUMEN

Desde el nacimiento del juicio de garantías, se objetó su procedencia en contra de resoluciones judiciales, pero como en el artículo 101 de la Constitución de 1857, se prescribió que los tribunales federales conocerían de los juicios en contra de leyes y actos de autoridad que violaran las garantías individuales. Desde mediados de 1869, la Corte en Pleno, al resolver en revisión el amparo Vega, y al oponerse a la procedencia del juicio político a que intentó someterlo el Congreso, consideró que al ser los jueces autoridades en términos del artículo 50 constitucional, el juicio de amparo procede en contra de ellos, por lo que a partir de ahí, se pudieron atacar las resoluciones procesales una vez que se dictaban las sentencias, lo que ocasionó el incremento en los juicios de amparo, y a que en 1908 se reformara el artículo 102 constitucional para prohibir que los amparos se presentara antes de que se dictara la sentencia en el juicio. Esta reforma dio lugar a la improcedencia de los amparos en contra de las violaciones irreparables, por lo que al expedirse en ese año el Código Federal de Procedimientos Civiles, se prescribió que las violaciones irreparables se atacaran cuando se cometieran, aunque no se hubiera dictado sentencia, siempre y cuando fueran efectivas, es decir que se hubiera materializado, lo que impidió resolver el problema de la improcedencia del juicio en contra de esas violaciones. Esta regla se reiteró en las Leyes de Amparo de 1919 y 1936, pero la Tercera Sala de la Corte la estimó inconstitucional al no contemplarse en el artículo 107 fracción IX de la Constitución,

aunque el problema realmente fue resuelto por la jurisprudencia publicada en 1988 por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la que se definió qué debía entenderse por las violaciones reparable e irreparables, tesis que fue confirmada y posteriormente matizada por la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, en la Ley de Amparo de 2013 se reinsertó el requisito de la materialización del agravio, con su consecuente problemática, por lo que en este trabajo se busca proponer una solución para evitar que el amparo en contra de las violaciones procesales irreparables sea improcedente y no se deje en estado de indefensión a los particulares.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. EL AMPARO EN EL VIRREINATO Y EN LOS PRIMEROS AÑOS DE MÉXICO INDEPENDIENTE

2.1.1. Recurso de Fuerza Amparo y Protección

En la Nueva España se encuentran dos antecedentes muy importantes de la defensa jurisdiccional de los derechos humanos. En efecto, en el Archivo General de la Nación se encuentran unas diligencias de información y probanza promovidas en Teotihuacán en los años de 1610 y 1611 por Doña Ana Cortez Ixtlixóchitl y su esposo Juan de Peraleda, resueltas por Don Luis de Velasco, Marques de Salinas, virrey, lugarteniente del rey, gobernador y capitán general de la Nueva España y presidente de la audiencia y chancillería real. En estas diligencias los promoventes hicieron constar que Doña Ana Cortés Ixtlixóchitl en su carácter de hija legítima y mayor de Doña Francisca, quien no tuvo hijos varones, heredó el señorío del pueblo de San Juan Teotiguacan continuando con la posesión que del mismo tuvieron sus padres y abuelos, pero que no obstante ello tenían noticias que diversas personas se posesionaron de algunas de las tierras de su señorío para laborarlas sin su consentimiento, por lo que solicitaron que la justicia los amparare en todo lo que fuere ajeño y perteneciente a su señorío, impidiendo que se ocupen sus tierras y se promuevan pleitos que le causen agravio.

Para demostrar su dicho, Doña Ana Cortez Ixtlixóchitl y su marido ofrecieron y desahogaron 17 testimoniales, entre las que se encontraron las de Don Baltazar Samora, Martín Juan, Constantino Tomás, Bernardo Rodríguez, Dionisio de San Francisco, Don Juan de Santiago gobernador del pueblo de Guejutla, Cristóbal de Santa María, Luis de San Martín, Pedro de Santiago, Luis de Soto gobernador de Otumba, Don Bernabe de Santa María, Casique de Tescuco, Gabriel de Segobia indio principal de Tescucu, Don Luis Méndez alcalde del pueblo de Oculma, quienes esencialmente declararon que desde hace mucho tiempo Doña Ana Cortez y sus antepasados fueron señores del pueblo de San Juan Teotiguacan y de sus tierras, dando las colindancias del pueblo, así como la manera en que se fue transmitiendo el señorío y posesión de las tierras hasta llegar a Doña Ana Cortez.

Posteriormente, Don Fernando De Alba Ixtlixóchitl en nombre de sus padres Juan de Peraleda y Ana Cortez Ixtlixóchitl alegó que tienen presentado un mandamiento de amparo

para que se averigüe sobre las pertenencias al patrimonio, señorío y cacicazgo de su madre, por lo que pidió que sus padres fueran amparados en dichas tierras, cacicazgo y señorío, prohibiendo que se promuevan pleitos que causen agravio a sus padres.

Por tal motivo el Justicia Mayor mandó traer la causa y dictó el siguiente auto de amparo.³

En el pueblo de San Juan Teotiguacan, en doce días del mes de septiembre de mil seiscientos y once años, Simón de Oliva, justicia mayor de este dicho pueblo y su jurisdicción, habiendo visto esta causa y autos, dijo que conforme se le manda por el mandamiento atrás contenido del señor Marques de Salinas, visorrey que fue de esta Nueva España, amparaba y amparo al dicho Juan de Peraleda y a la dicha Doña Ana Cortez, su mujer en el dicho señorío y cacicazgo y en todas las suertes de tierras que los testigos de la dicha causa atrás contenida declaran, de lo cual mando ninguna persona les perturben ni desposean, sin que primero sean oídos y por derechos vencidos, *so pena* que serán castigados con todo rigor de justicia como inobedientes a los mandatos de la real justicia; lo cual mando sin perjuicio de tercero, y lo firmo. El escribano fue Baltazar de Sandoval.

Concedido el mandamiento en las tierras cacicazgo y señorío de su madre, Don Fernando Dalba (De Alba Ixtlixóchitl), solicitó a la justicia mayor el original del expediente, por lo que en esa misma fecha, Don Simón de Oliva en su carácter de justicia mayor, ordenó sacar un traslado de la causa para entregársela al solicitante. Además Doña Ana Cortez Ixtlixóchitl en su carácter de cacica de la ciudad de Texcoco y descendiente de los reyes y señores en la gentilidad de esa ciudad, formuló un testimonio de petición contra procedimientos del juez privativo de medidas de tierras, que se pretendieron hacer sobre las tierras de su señorío, por lo que el 26 de septiembre de 1643 el justicia mayor Francisco de Alvistur decretó:⁴

Por lo que consta de los recaudos presentados con esta petición, mando al juez de la comisión de medidas de tierras de este partido guarde y cumpla el mandamiento y decreto que se refiere según se contiene en ellos y dé testimonio del cumplimiento a esta parte dentro del tercero día o se enviara persona a la ejecución y en cuanto a las costas y derechos que no deben pagar los naturales por no ser comprendidos en la comisión, se proveerá lo que convenga, y en el ínterin no se cobre de ellos cosa alguna y así se le notifique al escribano por persona que sepa escribir con testigos y si quisiera mandamiento se le despache testimonio. Rubricólo su excelencia. Por mandato de su excelencia. Luis de Tovar Godinez.

Y para que lo contenido en el dicho decreto tenga cumplido y efecto y el juez y escribano de medidas de tierra del dicho partido lo guarden, cumplan y ejecuten según y como en él se

³ El auto de amparo se obtuvo de una reproducción documental de los autos del recurso de fuerza amparo y protección de la Real Audiencia, en el caso promovido por Ana Cortez de Ixtlixóchitl, expedida por el Archivo General de Notarías el 26 de octubre de 2007, registrada con el número de folio 08474, relativas a las fojas 71 a 138 del volumen 232; sin embargo, por el tipo de letra y el castellano antiguo, se utilizó como apoyó la siguiente obra: O' Gorman, Edmundo, *Obras Históricas de Fernando de Alba Iztlixochilt*, Toluca México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Mexiquense de Cultura, 1997, Tomo II, pp. 294 a 333.

⁴ *Ibidem*, pp. 351 y 352.

contiene por mandato de su excelencia, di el presente que es hecho en la ciudad de México a primero día del mes de octubre de mil seiscientos y cuarenta y tres años, siendo testigos Gregorio de Lora y Hernando de Lora, vecinos de México.

Posteriormente, el cinco de octubre de 1643 Don Diego de Yebra Turrillo en nombre de su suegra Doña Ana Cortez pidió en San Juan Teotihuacán ante Don Andrés de Urbina Eguiluz, juez nombrado por el Conde de Salvatierra virrey de la Nueva España, para medir las tierras y aguas pertenecientes al señorío de su suegra, el cumplimiento del mandamiento de amparo para que no se midan las tierras, a lo que el juez resolvió que estaba presto a guardarlo y cumplirlo como se le mandó, según el testimonio a la letra de dicho mandamiento, aclarando que no se le han rematado tierras ni desposeído de las que tiene, pues las tierras que se mandaron vender son de una hacienda de labor temporal des poblada que en dicha jurisdicción quedó a la muerte de Don Álvaro de Velasco Batioja, por lo que insistió en que no se vendió ni remató ninguna de las tierras del señorío y cacicazgo de Doña Ana Cortez ni se mandaron medir, en cumplimiento el mandamiento y decreto de amparo y que de ser necesario lo obedecería de nuevo y solicitó a su excelencia requiriera a Diego de Yebra el testimonio en donde constará la obediencia del juez.

2.1.2. *El amparo yucateco*

Con motivo de la adopción del régimen centralista en la Constitución de 1836, también conocida como Las Siete leyes Constitucionales, muchos liberales, entre los que se sumaron los liberales yucatecos, consideraron que se traicionó a la Constitución federalista de 1824, lo que dio lugar a que en el decreto de independencia de Yucatán de la República Mexicana, se indicara que ante la apostasía del centro, el Estado de Yucatán se independizaba de México y se constituía como estado libre y soberano, pero que en cuanto se reinstalara la Constitución de 1824, Yucatán se reintegraría al resto de la república.

Ello dio lugar a que se designara al ilustre de Bolonchen Ticul, Yucatán,⁵ Don Manuel Crescencio García Rejón para que redactara en 1840 el proyecto de Constitución Yucateca, que en sus artículos 53, 63 y 64⁶ se plasmó por primera vez en la historia de la humanidad, el procedimiento para amparar al gobernado en contra de los actos arbitrarios de cualquier autoridad, incluso la judicial, y al efecto en ellos se establece:

Artículo 53. Corresponde a este Tribunal reunido:⁷ 1o. amparar en el goce de sus derechos á los que le pidan su protección, contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios á la Constitución; ó contra las providencias del Gobernador ó Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código fundamental ó las leyes, limitándose en

⁵ A partir de 1857, este pequeño poblado pasó a ser parte del estado de Campeche, con los límites de Yucatán y nombrado Bolonchen de Rejón, Campeche.

⁶ Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho Público Mexicano*, compilación, editado por la imprenta del Gobierno Federal, Tomo III, pp. 171 a 175.

⁷ Al emplearse las palabras “este tribunal”, se hace referencia a la Corte Suprema de Justicia, ya que dicho artículo se encuentra dentro de los comprendidos en el apartado relativo a las atribuciones de la Corte.

ambos casos á reparar el agravio en la parte en que estas ó la Constitución hubiesen sido violadas: 2o. [...]

Artículo 63. Los jueces de primer instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior, á los que le pidan su protección contra cuales quiera funcionarios que no correspondan al orden judicial decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.

Artículo 64. De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos conocerán su respectivos superiores con la misma preferencia de que se ha hablado en el artículo precedente, remediando desde luego el mal que se les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conculcador de las mencionadas garantías.

Pero Rejón no se conformó con idear solo el procedimiento de amparo en contra de los actos de las tres autoridades, sino que en su Constitución también elaboró de una manera más sistemática y detallada un catálogo de garantías y aunque este no se encuentra separado como hoy en día del resto de las disposiciones constitucionales, el autor tuvo la visión de hacerlo en un solo artículo, evitando así que las garantías estuvieran dispersadas a lo largo del cuerpo constitucional, como era lo usual en esa época, pero además el artículo relativo a esos derechos reconocidos en la ley fundamental, los ubica de una manera estratégica inmediatamente antes de los artículos 63 y 64 que como ya se ha visto, señalan la procedencia del amparo por violación de garantías ante los jueces de primer instancia o de sus superiores jerárquicos.

En el artículo 62⁸ se dispone:

Son derechos de todo habitante del Estado sea nacional ó extranjero:

I. No poder ser preso ni arrestado sino por decreto de juez competente, dado por escrito, y firmado, ni aprehendido por disposición del Gobernador sino en los términos indicados en las facultades de este. Exceptuase el caso de delito *in fraganti*, en el cual puede cualquiera prenderle, presentándolo desde luego á su juez respectivo.

II. No poder ser detenido por más de cuarenta y ocho horas, cuando le aprehenda su juez competente, sin proveer este el auto motivado de prisión, y recibirle su declaración preparatoria.

III. No poder tampoco permanecer preso ni incomunicado por mas de seis días, sin que se le reciba su confesión con cargos, ni podersele volver á incomunicar después de practicada la última diligencia.

IV. No poder ser juzgado ni sentenciado por jueces establecidos, ni por leyes dictadas después del hecho que haya motivado el litigio ó la formación de su causa.

V. No poder ser obligado á hacer lo que no le manda la ley, ni á practicar lo prevenido en esta, sino del modo y en la forma que aquella determine ni á pagar contribución no decretada por la Constitución del Estado.

⁸ Montiel y Duarte, *op. cit.*, pie de página 6.

VI. No podersele impedir hacer lo que las leyes no le prohíban.

VII. Poder imprimir y circular sus ideas, sin necesidad de previa censura, sujetándose por los abusos que cometa, á las penas de la ley, que no podrán exceder de seis años de reclusión, ni ser de otra especie que la indicada, salvo únicamente las costas del proceso, que deberá pagar caso de ser condenado.

VIII. Poder adquirir bienes raíces rústicos ó urbanos, y dedicarse á cualquier rama de industria, en los mismos términos en que puedan hacerlo los naturales del Estado.

IX. No poderse catear la casa de su habitación, su correspondencia ni papeles, sino por disposición del juez competente, dada con los requisitos que las leyes establezcan.

En el artículo 9o. de la Constitución Yucateca del 5 de mayo de 1841,⁹ se prescribió:

De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferencia de que se ha hablado en el artículo precedente; remediando desde luego el mal que les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conciliador de las mencionadas garantías.

En consecuencia, si desde el virreinato procedía una especie de amparo judicial denominado recurso de fuerza amparo y protección, en el proyecto de Constitución yucateca de 1840 y en la Constitución Yucateca de 1841 procedió expresamente el amparo en contra de los atentados cometidos por los jueces en contra del catálogo de derechos previstos en la Constitución, es indiscutible que desde sus orígenes procede el amparo en contra de las violaciones que cometan los jueces a los derechos naturales de la persona, por ello es inexplicable que en el voto particular de Mariano Otero, que se convirtió en el texto aprobado del Acta de Reformas de 1847, se omitiera en su artículo 25 la procedencia del amparo judicial, máxime que en ese voto no indicó razón alguna para excluir del objeto del amparo a los actos jurisdiccionales, lo que implica que no había razón para hacerlo y que se trató de un mero error o que no había una razón jurídica que justificara su exclusión y que por ello no se invocó en la exposición de motivos, en el entendido de que en el dictamen que elaboró la mayoría encabezada por don Manuel Crescencio García Rejón autor intelectual de la Constitución Yucateca y del juicio de amparo, no pudo referirse a la procedencia del amparo judicial, porque en ese dictamen lo que se propuso fue declarar que la Constitución de 1824 sería la única Constitución legítima del país, quedando pendientes, con motivo de la guerra con los Estados Unidos de América y la insurrección de varios cuerpos de la Guardia Nacional, las reformas conducentes a esa Constitución para un momento más apropiado,¹⁰ cabe señalar que Yucatán no firmó el Acta de Reformas de 1847, porque seguía separado de México y que Don Manuel Crescencio Rejón, a pesar de integrar la Comisión redactora, no firmó el proyecto aprobado por el Congreso.

⁹ Vid. [http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d\)%20CP%20Yucat%C3%A1n%20\(31%20marzo%201841\).pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d)%20CP%20Yucat%C3%A1n%20(31%20marzo%201841).pdf), consultada a las 13.17 horas del 13 de agosto de 2019.

¹⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1800-1876*, revisada aumentada y puesta al día, 7a. ed., México, Ed, Porrúa, 1976, p. 471.

En efecto, el problema que se planteó fue si conforme a los artículos 101 de la Constitución de 1857 y 25 del Acta de Reformas de 1847 ya abrogado, procedía o no el amparo judicial.

3. CONSTITUCIÓN DE 1857

Como en la Constitución de 1857 se abrogó a la Constitución de 1824 y al Acta de Reformas de 1847 que la restauró, quedó sin vigencia la norma que limitó la procedencia del amparo a los actos del Ejecutivo y del Legislativo, pues en su artículo 101 se dispuso que los tribunales de la unión conocerían de los juicios en los que se contravinieran las leyes o actos de autoridad que violaran las garantías individuales, incluso cuando esa infracción se cause con motivo de la invasión de competencias de las autoridades federales a las autoridades estatales y viceversa.¹¹

En este orden de ideas, si en los artículos 1o., 50, 101 y 126 de la Constitución de 1857 se prescribió que los derechos naturales de las personas son la base y objeto de todas las instituciones, que deberán sostenerse y respetarse en todas las leyes y por todas las autoridades, que los jueces son autoridades y que por ello deben preferir los derechos consagrados en la Constitución que es la norma suprema, sobre lo prescrito en sus constituciones y leyes locales, es indiscutible que el juicio de garantías procede en contra de los actos de los jueces que violen esos derechos constitucionales.

Ante esta circunstancia es inexplicable que desde el siglo XIX y a la fecha se siga invocando como fundamento para afirmar que el amparo judicial es improcedente una disposición que hace más de 163 años dejó de tener vigencia, es decir el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 y se ignore que en la tradición judicial virreinal, en el proyecto y Constitución yucatecos de 1840 y 1841 respectivamente, se creó un control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de autoridad, por lo que al ser autoridades los jueces, el amparo procedía en contra de sus actos que violaran esos derechos fundamentales.

Pero en todo caso, lo cierto es que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1857, es decir, desde el 16 de septiembre de ese año,¹² el amparo judicial es procedente constitucionalmente, pues la única forma en que no podría promoverse sería prohibiéndolo en el texto constitucional o limitando su procedencia a actos de las autoridades ejecutivas y legislativas, aunque ello fuera contrario a la protección de los derechos naturales de la persona de arraigada tradición en la Nueva España y en el México independiente, especialmente en los primeros cien años de independencia tal y como se desprende de la exposición de motivos de las constituciones de 1857 y 1917.

Si las garantías individuales consisten en la incorporación al texto constitucional de los derechos naturales, con el objeto de positivizarlos para convertirlos en norma suprema de

¹¹ Constitución de 1857, edición facsimilar del Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 65.

¹² Artículo 1o. Transitorio de la Constitución de 1857 dada el 5 de febrero de 1857 y publicada el día 12 de ese mes y año.

aplicación preferente a cualquier otra norma jurídica nacional o extranjera y si conforme a la primera garantía individual los derechos naturales del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales que deben sostenerse y respetarse en todas las leyes y por todas autoridades, es evidente que al reconocerse en la Constitución de 1857 el derecho natural a la defensa que incluye el derecho natural a la legalidad, porque obliga a los jueces a fundar y motivar sus fallos en todos los casos, constituyen una norma suprema de derecho positivo que todas las autoridades del país, incluyendo las judiciales y en todas las leyes se deben de respetar y proteger, pues de lo contrario procedería el juicio de amparo previsto en las tres fracciones del artículo 101 de esa Constitución.

El problema que se suscitó fue en la forma en que se elaboró el proyecto constitucional para incorporar al texto de la ley suprema el derecho natural de defensa. En efecto, en el proyecto constitucional, la garantía de defensa o audiencia estaba dividida en la materia civil, contemplada en su artículo 21 que incluía a todo lo que no fuera criminal y la materia penal prevista en su artículo 26, que a la letra dicen:

21. Nadie puede ser despojado de sus propiedades ó derechos, ni proscrito, desterrado ó confinado sino por sentencia judicial pronunciada según las formas y bajo las condiciones establecidas en las leyes de país.¹³

26. Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad ó de la propiedad sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso.¹⁴

Cuando el constituyente de 1857 leyó el artículo 26 del proyecto únicamente objetó la expresión “privado de la vida”, contenida en ese numeral, pues consideró que tal y como estaba redactado se podía concluir que las personas podían ser privadas de la vida siempre que el juez que dictara la sentencia fuera competente y siguiera las formas señaladas en la ley exactamente aplicada al caso concreto, por lo que si la tendencia entre los juristas de la época era abolir la pena de muerte, se buscó dar una nueva redacción al precepto y para tal efecto fue retirado.

Al parecer, el constituyente no se percató que en los artículos 29 y 33 del proyecto constitucional, no se prohibió la pena de muerte y para su abolición se dejó a cargo del poder administrativo el establecimiento del régimen penitenciario, quedando entre tanto proscrita solamente para delitos políticos y permitida para el traidor a la patria, el salteador, el incendiario, el parricida y el homicida con alevosía, premeditación y ventaja. Es por ello que si el constituyente quería abolir absolutamente la pena de muerte, debió de incluirla en el catálogo de penas prohibidas y en su caso condicionar la vigencia de esa prohibición a que el poder ejecutivo estableciera el régimen penitenciario; sin embargo, lo que el constituyente hizo fue sin discusión fusionar las garantías de irretroactividad, audiencia

¹³ Poder Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia sus Leyes y sus Hombres*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985, p. 164.

¹⁴ *Idem*.

civil y penal previstas en los artículos 4o., 21 y 26 del proyecto en un solo artículo, el 14, pero al hacerlo omitió diferenciar las reglas de interpretación para la aplicación de la ley civil y de la ley penal, pues si bien toda resolución judicial en cualquiera de sus materias debe estar fundada y motivada, existe una diferencia específica en la interpretación de la ley penal respecto de las demás leyes, pues con base en el principio *nulla poena, nullum delictum sine lege*, no puede haber pena ni delito sin que exista una ley que prevea el tipo delictivo y que se aplique en forma exacta al caso concreto, pues de no existir identidad exacta entre la hipótesis normativa y la conducta realizada en la realidad, la pena no podrá aplicarse, pues se trataría como delincuentes a personas que no hubieran incurrido en la conducta delictiva prevista en la norma, por lo que en la materia penal a diferencia de la materia civil no procede la interpretación analógica ni por mayoría de razón.

Cabe señalar que no se hizo caso a la propuesta del diputado Cerqueda quién antes de cerrar el debate sobre el artículo 26 del proyecto, propuso que en tratándose de actos que no atacaran la vida, la libertad ni la propiedad se dijera que en materia civil o criminal no podían dictarse fallos sino observar las garantías propuestas.¹⁵

Es relevante destacar que en el artículo 4o.¹⁶ del proyecto se garantizó la garantía de la irretroactividad de la ley, prevista en los siguientes términos:

4. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto ó que altere la naturaleza de los contratos.

En el artículo 4o. del proyecto utilizaba la frase “irretroactividad de la ley” para la materia civil y la expresión “*ex post facto*”, para la materia penal, pero como se estimó que ley retroactiva y *ex post facto* son lo mismo, en el texto aprobado en el primer párrafo del artículo 14 constitucional solo se refirió a la prohibición de la irretroactividad de la ley en ambas materias.

En efecto, en el artículo 14¹⁷ de la Constitución de 1857 se prescribió:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva.

Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Debido a la redacción del segundo párrafo aprobado del artículo 14 constitucional, algunos juristas como Vallarta sostuvieron que como el amparo judicial sólo procedía por la violación a la garantía de aplicación exacta de la ley, la que sólo puede hacerse en materia penal, el amparo no podía promoverse en la materia judicial civil.

¹⁵ Rabasa, Emilio, *El artículo 14, Estudio Constitucional y el Juicio Constitucional orígenes teoría y extensión*, 6a. ed., prologada por F. Jorge Gaxiola, México, Ed. Porrúa, 1993, pp. 10 a 18.

¹⁶ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 163.

¹⁷ *Ibidem*, p.168.

3.1. ARGUMENTOS DE VALLARTA PARA Oponerse AL AMPARO JUDICIAL Y EL ALEGATO QUE EN CONTRA DE ESAS IDEAS DIO EL ABOGADO POSTULANTE LANCASTER JONES

Los argumentos que el ilustre jalisciense formuló para oponerse a la procedencia del amparo judicial fueron esencialmente cuatro.¹⁸

- a) Como en la ley civil no se puede abarcar todas las hipótesis que se dan en la realidad, no es posible aplicarla exactamente, pues de hacerlo, muchos casos quedarían sin resolverse, por lo que en la ley civil la regla es la interpretación; mientras que como en la materia penal están en juego los derechos más preciados *v. g.*: la vida y la libertad consideró, apoyándose en la doctrina inglesa, que el libre ejercicio de esos derechos no puede quedar al arbitrio del juez, por lo que reiteró que en esa especialidad no se puede aplicar la regla general de que la ley debe interpretarse, pues en ella se debe aplicar la regla de excepción consistente en la aplicación exacta de la ley.
- b) En el artículo 26 del proyecto constitucional se estableció que nadie podía ser privado de la vida, de la libertad ni de sus propiedades, sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso, sin embargo como no gustó que el derecho de propiedad se equiparara a los de la vida y de la libertad que son más valiosos, se retiró el proyecto para ser presentado el mismo 20 de agosto como artículo 14 constitucional, con el texto que quedó aprobado,¹⁹ pero que si se hubiera respetado la numeración y ubicación del artículo original, después de los numerales 24 y 25 del proyecto, que contemplaban las garantías del acusado en el proceso criminal y la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito, nadie hubiera creído que el artículo 26 del proyecto convertido en artículo 14 constitucional, fuera aplicable a la materia civil.
- c) Las palabras *juzgado* y *sentenciado* solo aluden a juicios criminales y no a civiles, pues en los procesos civiles no se juzga ni sentencia a las personas, ya que su objeto son los derechos y obligaciones de los litigantes.
- d) Si la justicia federal pudiera revisar los procesos judiciales de los estados, incluso sus sentencias, se violaría su independencia y se provocaría una dilación grave en la impartición de la justicia, pues no solo se podría impugnar la sentencia, sino cualquier resolución judicial, desde la admisión de la demanda.

¹⁸ *Cfr.* Vallarta, *et al.*, *Recurso de Amparo. Inteligencia del Artículo 14 de la Constitución Federal*, México, imprenta de Francisco Díaz de León, 1879, pp. 6 a 24, en la que se transcriben diversos discursos, actas y votos particulares, sobre el tema en cuestión, en los que se tratan de dar argumentos a favor y en contra de la procedencia del amparo judicial.

¹⁹ Esta es una afirmación dogmática de Vallarta, pues en el diario de debates no aparece que se hubiera discutido ese punto.

- e) Conforme al artículo 117 constitucional las facultades no otorgadas expresamente a la federación se reservan a los estados y como en la Constitución no existe texto que faculte expresamente a los tribunales federales a conocer de amparos en contra de las resoluciones dictadas por los jueces civiles, el amparo judicial civil es improcedente, a diferencia del amparo judicial en materia criminal, en el que sí está expresamente previsto *v. gr.*: en el artículo 17 constitucional se prohíbe imponer la pena de prisión por deudas civiles, en el artículo 19 constitucional se permite impugnar el auto de formal prisión dictado fuera del término de tres días, en el artículo 22 constitucional se impiden las penas inusitadas o trascendentales y en el artículo 24 constitucional se proscribe juzgar dos veces a una persona por el mismo delito.

En un alegato rendido por el abogado Lancaster Jones²⁰ en el amparo seguido ante el Juez Segundo de Distrito por los señores Larrache y Comp., sucesores, objetó las ideas de Vallarta con base en las siguientes razones:

- a) El hecho de que el Constituyente originalmente prescribiera que nadie podrá ser privado de la vida, la libertad y propiedades, manifiesta el propósito de hacer extensiva la garantía de la exacta aplicación de la ley a toda especie de juicios y no sólo a los criminales. Además la ubicación primaria de la garantía de audiencia en el proyecto constitucional, no puede pesar en el ánimo de un tribunal para concluir que sólo aplica a la materia penal, máxime que hay otros preceptos constitucionales, como el artículo 13 que dispone que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales y luego se ocupa de los fueros y emolumentos, el 15 que prohíbe la extradición de reos políticos, la esclavitud y luego dispone que ningún tratado puede alterar las garantías constitucionales.
- b) El retiro del artículo 26 para quedar con el texto del artículo 14 aprobado, no fue porque el Congreso se opusiera a hacer extensiva la garantía de la exacta aplicación de la ley a la materia civil, sino porque los representantes del pueblo no estaban de acuerdo con la pena de muerte y afirmaron que la sola aprobación del precepto implicaba su aceptación. Además, afirma que los únicos opositores a la redacción del artículo 26 del proyecto fueron los diputados Gamboa y Cerqueda, quienes sólo combatieron magistralmente la pena de muerte.
- c) No es verdad que las palabras *juzgar* y *sentencia* sean exclusivas de la materia penal, pues conforme al *Diccionario de la Lengua Castellana* y al *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* de Don Joaquín Escriche, juzgar es sentenciar y sentenciar es juzgar, aunque la voz sentenciar alude al último acto del juicio, mientras que la de juzgar abarca no solo a este último acto, sino a todos aquellos que en el procedimiento lo van preparando.

²⁰ Vallarta *et. al.*, *op. cit.*, pie de página 18, pp. 25 a 55.

Añade que los derechos, obligaciones, delitos y *cuasi* delitos no son entidades metafísicas, abstractas e independientes de la persona, pues no es concebible ninguna sentencia sin que haya alguna persona a quien obligue o beneficie, por eso ella es la juzgada.

- d) No es cierto que la amplia inteligencia que debe darse a la segunda parte del artículo 14 constitucional estorbe a la interpretación de la ley ni a la observancia del artículo 20 del Código Civil de 1884, que prescribe que a falta de ley deberá decidirse conforme a los principios generales del derecho, pues lo que la Constitución exige es que no se apliquen a una materia las leyes de otra materia, que no se falle en contra de ley expresa, que no se altere su verdadero sentido ni se desvíe su objeto, sustituyendo su voluntad con el capricho de los jueces, que una prueba de ello es que en el auto acordado del 4 de diciembre de 1813 se dispuso encargar a las autoridades judiciales el cuidado y atención de las leyes patrias con la mayor exactitud.
- e) Que el auto que admite una demanda de amparo no ataca a la soberanía de los estados, ni amplía en dos instancias al juicio, una ante el juez de distrito y otra ante la Corte, pero que si ello fuera cierto pasaría lo mismo con los juicios de amparo en materia penal.

Afirmar lo contrario implica desconocer los artículos 1o. y 126 constitucionales que prescriben que todas las leyes y autoridades del país deben respetar y sostener las garantías a las que deben arreglarse los jueces de cada estado, a pesar de lo que dispongan su Constitución y leyes locales y agrega que esos preceptos constitucionales son el límite de la soberanía de los estados, la que no es absoluta desde el momento que se ligaron al pacto federal, asumiendo obligaciones, por lo que citando a Villalobos asevera que si la soberanía debe subordinarse a los derechos del hombre y el amparo deja incólume esa soberanía, es evidente que *“el amparo por juzgar ó sentenciar sin ley ó por ley que no es para el caso ó contra ley expresa y terminante, violando los derechos del hombre, la libertad en la ley, no vulnera ni restringe en lo más mínimo la soberanía de los Estados”*.

Finalmente sostiene que afirmar que con el amparo se añaden dos instancias a los juicios locales, implica ignorar la naturaleza del juicio constitucional, pues en él no se resuelve el asunto civil, tan sólo se examina si en su tramitación se observó a la Constitución pues de no ser así se harán cesar las violaciones constitucionales, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera la violación, dejando expeditos a los jueces para continuar el procedimiento hasta su término legal.

3.2. OTRAS OBJECIONES QUE PUEDEN HACERSE A LOS ARGUMENTOS DE VALLARTA PARA IMPUGNAR LA PROCEDENCIA DEL AMPARO JUDICIAL

Además de las objeciones que se opusieron a la improcedencia del amparo judicial habría que indicar lo siguiente:

- a) No es verdad que en los artículos 21 y 26 del proyecto se pretendiera aplicar a las reglas de interpretación de la ley civil, las reglas de interpretación de la ley penal, por el contrario, en el artículo 21 del proyecto se respetan las reglas de la interpretación civil y en el artículo 26 de ese proyecto se da la regla de la exacta aplicación para la materia penal; sin embargo, con la fusión de los artículos 4o., 21 y 26 del proyecto en el artículo 14 constitucional, el constituyente de 1857 no sólo fusionó las reglas de la irretroactividad de las leyes civiles y penales, sino también unificó en un precepto la garantía de audiencia en materia civil y penal, pero el error no fue reunirlos en un precepto, sino que al hacerlo no se distinguieran las dos especies de esa garantía, como posteriormente se hizo en la Constitución de 1917, pero ese error no da lugar a que se interprete que el amparo judicial sólo procede en materia penal, sino en todo caso a distinguir cómo se dará la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia civil.
- b) Si fuera cierto que con el amparo judicial se invade la competencia de los jueces locales, esa invasión de competencias, suponiendo que existiera, lo que no se acepta, también se daría con la sola procedencia del amparo judicial penal, pues parafraseando a Vallarta, en la Constitución de 1857 no existe una norma que diga expresamente que procede el amparo judicial penal en contra de las resoluciones que dicten los jueces penales de los estados.
- c) En contra de lo afirmado por Vallarta, no es cierto que en los artículos 13 y 15 se afirme expresamente la procedencia del amparo en materia penal, sino que simplemente al igual que en otros derechos naturales garantizados, se imponen obligaciones o restricciones a la autoridad, en el entendido de que si no se respetan esos derechos constitucionales, entre los que se encuentran los de audiencia y legalidad, procederá el juicio de amparo.
- d) Si la palabra *juzgar* significa conocer y resolver con potestad jurisdiccional un asunto sometido a su conocimiento²¹ y el vocablo *sentencia* significa la forma en que normalmente se extingue la relación procesal, reflejada en un acto en que el Estado por conducto del poder judicial aplica la ley, declarando la protección que la misma acuerda a un derecho cuando existen intereses en conflicto,²² es evidente que en contra de lo que se dijo, tanto en lo civil como en lo penal se juzga y se sentencia, pues en ambos se conoce y se resuelve con potestad jurisdiccional y conforme a la ley un asunto sometido a su jurisdicción, dando por terminada la relación procesal que surgió de la controversia.

En consecuencia, la procedencia expresa del amparo judicial está prevista en el artículo 101 de la Constitución de 1857, en relación con los artículos 50, 1o., y 126 de ese ordenamiento fundamental, pues en ellos se prescribe la procedencia del juicio de amparo

²¹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, versión electrónica, tomo (apéndice) VIII, p. 1200.

²² *Ibidem*. Tomo XXV, p. 360.

en contra de actos de las autoridades que violen las garantías individuales, por lo que, como los jueces son autoridades, el amparo procede en contra de sus actos que infringiendo la norma suprema no respeten el debido proceso y no funden ni motiven la causa de su proceder o apliquen preferentemente sus constituciones o leyes locales, profanando los derechos naturales que son la base y objeto de toda institución.

4. LEYES REGLAMENTARIAS DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1857

4.1. LA LEY ORGÁNICA REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1857, EXPEDIDA EN 1861

En sus artículos 1o. y 3o. se ordena que los tribunales federales conocerán de los juicios en que se rebatan las leyes federales o se invoque para hacer valer un derecho y que el escrito se presentará ante el juez de distrito del lugar en que reside la responsable, señalando los hechos y garantía violada.

En los artículos 2o.,²³ 20,²⁴ y 27²⁵ se prescribe respectivamente:

2. Todo habitante de la República que en su persona ó interés crea violadas las garantías que le otorga la Constitución o sus leyes orgánicas, tiene derecho á ocurrir a la justicia federal, en la forma en que le prescriba esta ley, solicitando amparo y protección.

20. Las leyes o actos de autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía de los Estados, pueden reclamarse por cualquier habitante de la República; pero la reclamación se hará en los términos que prescribe esta ley, y no surtirá otro efecto que amparar al individuo en el caso especial sobre el que verse la queja.

27. Cualquier habitante de la República puede oponerse á las leyes ó actos de las autoridades de los Estados que invadan las atribuciones de los poderes de la Unión; pero su oposición deberá formularse en los términos que dispone esta ley, y no surtirá otro efecto que el señalado en el artículo 20.

Además, en sus artículos 16 a 19 se ordena que el recurso de revisión en contra de sus sentencias de amparo se tramitará ante el tribunal de circuito y causará ejecutoria si ratifica la de primera instancia, pero si la revoca procederá el recurso de súplica ante la Corte.

En esta ley no se pone en tela de juicio la procedencia del amparo judicial, se sobreentiende, porque los jueces son autoridades y como tales pueden violar garantías.

4.2. LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE EL RECURSO DE AMPARO DE 1869

Esta ley en su artículo 8o.²⁶ prescribe:

No es admisible el amparo en negocios judiciales.

²³ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 172.

²⁴ *Ibidem*, p. 173.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ *Ibid.*, *op. cit.*, pie de página 13, p. 208.

A pesar de que en su artículo 1o., fracción I, se dispone que los tribunales federales conocerán de las controversias sobre leyes y actos de autoridad que violen garantías individuales, su artículo 8o. prohíbe expresamente y de manera absoluta el amparo judicial, sin que exista algún artículo de esa ley en que se establezca la excepción para el amparo penal, por lo que la procedencia de ese amparo bajo esa ley fue resultado de la interpretación.

4.2.1. El caso del homicidio del general Patoni y la prohibición del amparo judicial

Para la confección de la prohibición del amparo en materia judicial fue muy importante el caso de los generales Patoni y Benigno Canto, quienes estaban presos en Durango y después de que sorpresivamente se les dejó en libertad, el general Patoni fue asesinado y al general Canto se le acusó de ser el autor intelectual de homicidio, por lo que una vez que fue aprehendido fue trasladado a la Ciudad de México para ser juzgado; sin embargo, el presidente Juárez acordó con su ministro de Justicia Ignacio Mariscal que se le regresara a la cárcel de Durango pues ahí se había cometido el homicidio, pero como este último tenía el temor de ser asesinado en Durango, promovió un amparo invocando la violación a su fuero constitucional como congresista, por lo que el juez de distrito concedió la suspensión contra el traslado ordenado por Juárez y su ministro Mariscal, lo que molestó al presidente de la República, quién estimó que si Benigno Canto no estaba de acuerdo, en lugar de promover un amparo, debía promover una declinatoria de jurisdicción, para que en su caso conociera el tribunal militar, que también estaba en la ciudad de Durango.

Con independencia de que tuviera o no razón el general Canto, lo cierto es que la suspensión procedía, pero la furia de Juárez contra el juez que se atrevió a decretar la suspensión en contra del traslado, dio lugar a que al día siguiente, el 30 de octubre de 1868, el ministro de Justicia Mariscal se presentara ante el Congreso para interrumpir su sesión solicitando a los congresistas el estudio y aprobación inmediata de la Ley Orgánica Constitucional sobre el recurso de amparo que fue expedida el 20 de enero de 1869, en cuyo artículo 8o. se prohibió el amparo judicial.

La discusión que dio lugar el texto aprobado del artículo 14 constitucional y lo sucedido en el homicidio del general Patoni, ocasionó que por instrucciones del presidente Juárez instrumentadas por su ministro de Justicia Mariscal, se introdujera intempestivamente al Congreso un proyecto para abrogar la Ley Orgánica Reglamentaria de los artículos 101 y 102 constitucionales expedida el 30 de noviembre de 1861 por el propio Juárez²⁷ en la que naturalmente se entendió que en términos del artículo 101 de la Constitución el amparo judicial procedía en contra los actos de las autoridades judiciales que violaran las garantías individuales, lo que según se dijo en esa época suscitó múltiples abusos de los abogados

²⁷ *Ibid.*, *op. cit.*, pie de página 13, pp. 172 y 173.

postulantes que buscaron a través del amparo dilatar los procesos o la ejecución de las sentencias que fueren contrarias a sus clientes,^{28 y 29} lo que se afirma produjo un fuerte cúmulo de trabajo en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, quien, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 101, en relación con el 97, fracción I, ambos de la Constitución, conocía en apelación (revisión), de la segunda instancia de todos los amparos,^{30 y 31} por lo que en la nueva ley aprobada en 1869, se buscó prohibir el amparo judicial que procedía no sólo en contra de las sentencias dictadas por los jueces sino también en el caso que las violaciones se cometieran durante la tramitación del juicio.

Cabe señalar que muchos congresistas se opusieron alegando la intromisión del presidente Juárez, pero sobre todo la violación al artículo 101 constitucional conforme al cual, al proceder el amparo en contra de las autoridades, procedía en contra de las autoridades judiciales.

4.2.2. Caso de Miguel Vega y la Suprema Corte de Justicia de la Nación

No obstante la legal pero inconstitucional prohibición para promover amparos judiciales, estos se siguieron presentando y resolviendo. Un caso importante fue el del juez

²⁸ Al respecto pueden verse los comentarios que en ese sentido aparecen reiteradamente en la obra *El Amparo y sus Reformas* de los abogados Isidro Rojas y Francisco Pascual García, de la Compañía Editorial Católica, México 1907, especialmente el capítulo XI relativo a la segunda ley de amparo. Véanse pp. 58 a 86.

²⁹ Este pretexto se utilizó en el siglo XIX para intentar eliminar inconstitucionalmente el amparo judicial y, ante su fracaso, limitar mediante su regulación la procedencia de esa clase de amparo, sigue siendo utilizado el día de hoy, pues se alega que los particulares abusan del amparo sin tomar en cuenta que si las autoridades no violaran ni mucho menos abusaran en la violación a la Constitución, el número de amparos naturalmente disminuiría.

Con motivo de la Ley de Amparo de 2013, en la Cámara de Senadores se intentó eliminar el amparo judicial salvo en materia penal y el amparo fiscal, bajo la premisa que los litigantes, esto es los justiciables abusaban de la institución del amparo y por ello ya había un acuerdo entre los tres poderes para eliminar el amparo judicial y el amparo fiscal, a lo que se les respondió que si se habían percatado que si se eliminaba el amparo judicial entonces los laudos de las juntas de conciliación y arbitraje y las sentencias de los tribunales contenciosos administrativos serían definitivas pues en contra de ellos no existía recurso alguno, aunque hay que recordar que posteriormente se introdujo el recurso de apelación en contra de las sentencias de los tribunales contenciosos administrativos, a lo que el senador que coordinaba el proyecto contestó que esa no era la intención, que lo que se quería prohibir es el amparo civil y entonces se le contestó que era muy bueno que ya se hubieran dado cuenta que era un error prohibir sin matiz alguno el amparo judicial, pero que en todo caso aunque en las reformas que se hicieron al proyecto solo se prohibiera el amparo civil, esa ley estaría violando los artículos 14, 16, 17 y 101 de la Constitución, pues mientras la audiencia y la legalidad sean derechos naturaleza reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados o ratificados por México y los jueces fueran autoridades, no se podía prohibir el amparo judicial civil por la simple y sencilla razón que los jueces son autoridades en términos del artículo 49 constitucional, por lo que si el amparo procede contra los actos de las autoridades, luego entonces procede contra los actos de los jueces que violen las garantías de los particulares.

³⁰ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 169.

³¹ En la Ley de Amparo de 1861 y en el Reglamento Interno de la Corte se omitieron señalar las facultades jurisdiccionales del Pleno y las Salas de la Corte, tan solo se indica que resolverán los asuntos, pero no indica cuáles ni de qué materia.

Miguel Vega, quien se quejó de que siendo juez por ministerio de ley en el estado de Sinaloa, se le acusó de infringir el artículo 7o. del Decreto de las Cortes Españolas, vigente en ese estado, que imponía como sanción a quien resolviera en contra de ley expresa, la suspensión por un año del ejercicio de su cargo y de su salario, sanción que en términos del artículo 8o. de ese decreto se debía imponer al dictarse la sentencia. Sin embargo, cuando el Tribunal Superior de Sinaloa lo sancionó por resolver supuestamente en contra de ley expresa, en lugar de suspenderlo un año en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y del pago de su salario, en contra de la letra e interpretación del artículo 7o. del decreto invocado, lo suspendió un año en el ejercicio profesional de la abogacía. Como el artículo 8o. de la Ley de Amparo de 1869 prohibía el amparo judicial, el juez de distrito desechó la demanda del Lic. Vega, pero como ese desechamiento era revisado por el Pleno de la Corte, este por sentencia del 29 de abril de 1869, lo revocó y ordenó al juez de distrito que admitiera la demanda, quien después de hacerlo negó el amparo por estimar que no procedía en materia judicial, pero como esta resolución también era revisada por el Pleno de la Corte, por sentencia del 20 de julio de 1869 sin estudiar expresamente la inconstitucionalidad del artículo 8o. de esa Ley de Amparo, concedió al amparo al señor Vega porque el tribunal que lo suspendió se salió de la prescripción legal violando la libertad de trabajo consignada en el artículo 4o. constitucional, pues en vez de suspenderlo en el ejercicio de su función jurisdiccional y de su sueldo por un año, le prohibió ejercer la profesión de abogado durante un año.

Con motivo de la sentencia de la Corte del 29 de abril de 1869, que revocó el auto de desechamiento de la demanda de amparo y ordenó admitirla y tramitarla, el Congreso de la Unión por resolución del 11 de mayo de 1869 intentó iniciar causa en la sesión del gran jurado en contra de los ministros de la Corte, pero esta por resoluciones del 17 y 29 de mayo de ese año, además de ordenar expedir la copia de la sentencia pronunciada por el juez de Distrito, desconoció que el Congreso tuviera facultad para juzgar sus actos cuando actúa como supremo poder judicial de la federación y actuando en la órbita de sus atribuciones constitucionales se pronunció sobre la aplicación o inaplicación de la ley en un caso particular. Al respecto la Corte estimó que no era aplicable el artículo 8o. de la Ley de Amparo de 1869 por infringir notoriamente al artículo 101 de la Constitución, al excluir del amparo a los jueces, a pesar de que son autoridades y en contra de ellos procede el amparo, máxime que de acuerdo con el artículo 104 constitucional, está obligada a favorecer y a asegurar las garantías individuales.

Para una clara comprensión de la problemática presentada en este asunto, se transcriben la sentencia dictada por la Corte el 29 de abril de 1869, la resolución del Congreso del 11 de mayo de ese año, recaída a esa sentencia de amparo, los acuerdos del 17 y 29 de mayo de 1869 que la Corte dictó en respuesta a las resoluciones del Congreso del 11 y 27 de mayo, y la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 20 de julio de 1869, en la revisión en contra de la sentencia emitida por el juez de Distrito en el amparo del Lic. Miguel Vega.

La resolución de la Corte:

México, Abril 29 de 1869. Conforme al art. 101 de la Constitución Federal: Primero. Se revoca el auto del Juzgado de Distrito del Estado de Sinaloa, fecha 27 de Marzo próximo pasado, que declaró no haber lugar, por inadmisibile al recurso de amparo que promueve el Lic. Miguel Vega. Segundo. Vuelva el expediente al Juzgado de su origen para que sustancie dicho recurso y pronuncie sentencia conforme a derecho.

Así, por mayoría de votos, lo decretaron y firmaron los ciudadanos Presidente y Ministros que formaron el Tribunal pleno de esta Corte Suprema de Justicia.—Pedro Ogazón.—Vicente Riva Palacio.—José M. Lafragua.—P. Ordaz.—Joaquín Cardoso.—Ignacio Ramírez.—José M. Castillo Velasco.—M. Auza.—S. Guzmán.—L. Velázquez.—M. Zavala.—José García Ramírez.—L. Guzmán.—Lic. Luis Malanco, Secretario.³²

La resolución del Congreso del 11 de mayo de 1869 dice:

Congreso de la Unión.—Sección del Gran Jurado.—En la causa que la sección del Gran Jurado instruye a varios Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, ha proveído el auto siguiente:—“Sección del Gran Jurado.—México, Mayo 11 de 1869.—Agréguese la copia de la sentencia y comunicación de la Suprema Corte de Justicia, y pídase a este Tribunal copia certificada de la sentencia pronunciada por el juez de Distrito de Sinaloa en veintisiete de Marzo próximo pasado, negando el amparo en un negocio judicial promovido por el Lic. Miguel Vega; en el concepto de que si no existiere un archivo el original, remita las constancias relativas del Toca.—Lo proveyeron los ciudadanos Jurados que forman la Sección y firmaron.—Doy fe.—Zendejas.—G. Carrillo.—P. Tagle.—J. Benítez, secretario.”—Y tengo el honor de comunicarlo a ud. para su inteligencia y fines consiguientes.—Independencia y Libertad. México, Mayo 11 de 1869.—J. Benítez, secretario.—C. Presidente accidental de la Corte Suprema de Justicia.³³

Acuerdo de la Suprema Corte del 17 de mayo de 1869, respondiendo a la resolución del Congreso del 11 de mayo de ese año.

La Suprema Corte de Justicia ha tenido a bien expedir hoy el acuerdo siguiente:

Comuníquese al Congreso de la Unión el acuerdo de 8³⁴ del corriente haciendo una exposición breve y sucinta de las razones en que se fundó la Corte para expedirlo.

El acuerdo de 8(sic) del corriente dice a la letra:

1o. Expídase la copia certificada que solicita la Sección del Gran Jurado del Congreso de la Unión. 2o. La Suprema Corte de Justicia protesta no reconocer en el Congreso la facultad

³² Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del Juicio de Amparo, conforme a las Sentencias de los Tribunales Federales*, México, Tip. y Lit. La Europea de J. Aguilar Vera y Compañía, 1902. Versión Facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 782.

³³ *Ibidem*, pp. 784 y 785.

³⁴ Hay un error en esta fecha, pues el Congreso hizo la solicitud de copias a la Corte en la resolución del 11 de mayo de 1869, por lo que la Corte no pudo ordenar la expedición de las copias el 8 de mayo de ese año, de hecho lo hace en el acuerdo de 17 de mayo de 1869.

de juzgar sus actos cuando procede como Supremo Poder Judicial de la Federación, y mucho menos cuando obrando en la órbita de sus atribuciones constitucionales pronuncia sobre la aplicación o no aplicación de la ley en un caso particular.

Las razones que para expedirlo tuvo presentes la Suprema Corte de Justicia son, en compendio, las siguientes:

Siete Magistrados de la Corte han sido acusados ante el Gran Jurado Nacional. El motivo de esa acusación es un auto que la Corte, en Tribunal pleno, dictó en un juicio de amparo intentado ante el juez de Distrito de Sinaloa por el juez de letras de Culiacán, sobre violación de garantías individuales. La Suprema Corte revocó el auto en que el inferior declaraba de plano no ser admisible el recurso, y mandó devolver el expediente para que el juez lo sustanciase y fallase conforme a derecho. Tales son los hechos.

La Constitución federal reconoce como principio fundamental de nuestras instituciones políticas la independencia de los Supremos Poderes de la Federación, y tal independencia faltaría desde el momento en que uno de esos poderes se constituyese en juez de otro. La acusación infringe este precepto constitucional con el hecho de pretender que el Congreso se erija en juez de la Suprema Corte de Justicia. Esta infracción es evidente, porque lo que sirve de materia a la acusación, es un acto de dicha Corte ejercido dentro de la órbita de sus facultades constitucionales, como Supremo Poder Judicial de la Federación.

Se intenta dar a la acusación el carácter de personal contra siete Magistrados, pero el Congreso de la Unión abunda en buen sentido para conocer que en esto hay una equivocación tan patente como lamentable. Los acuerdos de todo cuerpo colegiado se forman por la reunión de los votos de sus individuos; y desde el momento en que la mayoría se ha declarado en un sentido, los individuos desaparecen, y no queda sino el cuerpo moral único que puede dar a esos acuerdos el carácter de tales. En otros términos: el voto de la mayoría es el voto del cuerpo colegiado. Lo que se dice del voto de esa mayoría se entiende del cuerpo colegiado. Acusar a la mayoría por ese voto, es acusar al cuerpo mismo. Estos principios de estricto derecho lo son también de simple sentido común. La Suprema Corte de Justicia tiene el sagrado e imprescindible deber de sostener su independencia como Supremo Poder constitucional. Esa independencia está íntimamente ligada con su ser político; es un atributo esencial que deriva de la ley suprema del país. La Corte consentiría mil veces en dejar de existir, antes que vivir sin su independencia constitucional. Estas consideraciones prueban cumplidamente que la acusación intentada contra la mayoría de la Suprema Corte de Justicia, es un atentado contra el Supremo Poder Judicial de la Federación y un intento de violar su independencia. Pero en el caso especial de que se trata hay otras razones cuya fuerza irresistible no puede ocultarse a la sabiduría del Congreso de la Unión. La Suprema Corte de Justicia tiene, por el art. 101 de la Constitución, la facultad y el deber de resolver toda controversia que se suscite por leyes o por actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. Un ciudadano ha pedido amparo por violación de esas garantías. La Corte no puede, sin faltar a su deber, dejar de oír a ese ciudadano, que ejerce un derecho garantizado por la Constitución.

El art. 8o. de la ley de amparos niega este recurso en negocios judiciales; es cierto. Pero en primer lugar, nadie puede hasta hoy decir que la violación de garantías de que se ha quejado el juez de Culiacán es un negocio judicial. Además, aun cuando lo fuera, siempre la Justicia

federal está en su derecho y tiene la obligación estricta de oír al quejoso y de ampararlo si la violación es cierta.

El art. 8o. de la ley de amparos, es notoriamente contrario al 101 de la Constitución. Éste manda que sea oída en juicio toda queja por violación de garantías individuales que cometa cualquiera autoridad: aquel excluye los negocios judiciales. Ahora bien, para nadie puede ser dudoso que cuando una ley cualquiera pugna con la Constitución, los Tribunales deben sujetarse a éste y desechar aquélla.

Hay otra razón muy poderosa y decisiva. El art. 101 de la Constitución tiene por objeto evidente favorecer y asegurar las garantías individuales. Luego el art. 8o. de la Ley de Amparo que contraría al 101 de la Constitución, ataca esas mismas garantías. Luego el artículo 8o. de la ley cae bajo la prevención del artículo constitucional. Luego el poder Judicial de la Federación tiene la facultad y el deber de conceder amparo contra el referido artículo 8o.

Esto funda eficazmente la facultad constitucional de la Corte de Justicia. En cuanto a la cuestión sobre si el Congreso puede juzgarla por la declaración que haga, la resolución en sentido negativo es tan obvia como legal.

Si la Corte tiene la facultad constitucional (y a nadie le es lícito negar que la tiene) de declarar en un caso dado que no se aplique una ley del Congreso, porque es contraria a la Constitución, sería un contrasentido, una monstruosidad manifiesta que el Congreso juzgase a la Corte por esas declaraciones. Entonces la facultad de la Corte no sería tal facultad, sería, sí, un lazo que la Constitución le tendía para obligarla a hacer una declaración, que después sería calificada de delito.

Ahora si la Corte está llamada a calificar un acto del Congreso, ¿cómo puede concebirse que el Congreso esté llamado a juzgar a la Corte por esa misma calificación? Es preciso convenir en que tal juicio sería un contrasentido, y de seguro no es esto lo que ha querido la Constitución. La realidad de las cosas, el verdadero precepto constitucional es: que la Justicia federal declare en caso dado, que no aplica una ley porque es contraria a la Constitución, o porque viola las garantías individuales. Contra esta declaración no hay en el orden constitucional; ni es posible que haya recurso alguno; y mucho menos para ante la misma Asamblea que expidió la ley.

La sabiduría del Congreso de la Unión no puede desconocer la eficacia de estos razonamientos: su probidad y rectitud son una garantía de que sabrá estimarlos en todo su valor.

Es oportuno expresar en este lugar, que la Suprema Corte de Justicia tiene la convicción íntima de que los Ministros acusados, fuertes con la conciencia de haber obrado bien y legalmente, aprovecharían con gusto la ocasión que se les presenta para ir a defenderse contra la acusación de que son objeto. Pero estos mismos Magistrados tienen el convencimiento profundo de que la acusación es un ataque rudo a la independencia de la Suprema Corte de Justicia y a su existencia misma como alto Poder de la Federación. Guiados por esta consideración, sacrifican el legítimo derecho de defenderse, ante la dignidad y el decoro del alto cuerpo a que se honran en pertenecer.

Para dar término a esta nota, no es fuera de propósito insistir en que la aseveración de los ciudadanos acusadores, sobre que proceden contra siete Magistrados, como individuos aislados, no puede expresar una verdad, ante los siguientes hechos que son notorios: 1o. Esos siete Magistrados han sido la mayoría de la Suprema Corte de Justicia; 2o. El voto colectivo de esos siete Magistrados, es decir, el voto de la mayoría constituye el acuerdo de la Corte; y 3o. Juzgar a esos siete Magistrados, es decir, a la mayoría, es juzgar a la Corte misma. Si cada uno de los ciudadanos Diputados, si los mismos ciudadanos acusadores, con la mano sobre el corazón, se preguntan ¿cuál es el objeto de la acusación? Su recto juicio les contestará, que no se busca ni se apetece el castigo de siete funcionarios: lo que se quiere, lo que se procura a todo trance es, la nulificación de un acto legal de la Suprema Corte de Justicia; la nulificación tal vez del mismo cuerpo, cuyos principios estrictamente constitucionales, causan inquietud a los que no aman ni observan la Constitución.

Sírvanse uds. dar cuenta de esta nota al Congreso de la Unión, aceptando para sí las expresiones de mi atenta consideración.

Independencia y Libertad. México, Mayo 17 de 1869.—Ignacio Ramírez.—CC. Diputados Secretarios del Congreso de la Unión.—Presentes.³⁵

La Corte dirigió otro oficio al Congreso, en el que le comunicó lo siguiente:

Esta Suprema Corte de Justicia recibió el día de ayer a las once y media de la mañana una comunicación que a la letra dice:

Congreso de la Unión.—Sección del Gran Jurado.—La sección del Gran Jurado, con fecha de ayer ha decretado el auto que sigue:

En vista de que la nota de la Suprema Corte de Justicia de 17 del presente mayo, que fue transcrita a esta Sección, no importa claramente una declinatoria interpuesta en la causa que se instruyó a varios Magistrados, y a reserva de dictaminar sobre la protesta que contiene, cítese a los acusados para el viernes próximo a las diez de la mañana. Comuníquese a la Suprema Corte como resultado de su nota referida.

Lo que tengo la honra de comunicar a ud. para su conocimiento, protestándole mi particular aprecio.

Independencia y Libertad. México, Mayo 27 de 1869.—Justo Benítez, secretario C. Presidente accidental de la Suprema Corte de Justicia.—Presente.

En vista de la anterior comunicación, se acordó en Tribunal pleno lo siguiente:

Con inserción del auto de la sección del Gran Jurado, manifiéstese al Congreso de la Unión que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce en el Congreso facultad constitucional de juzgarle en sus actos oficiales: que este es el sentido de la protesta que se comunicó al Congreso en 17 del presente; y que importando ella y esta nota una controversia entre dos Poderes Supremos federales, independientes en el ejercicio de sus funciones, en las que ambos representan la soberanía del pueblo conforme al art. 41 de la Constitución, la controversia no puede resolverse por un auto de la sección del

³⁵ Moreno Cora Silvestre, *op. cit.*, pie de página 32, pp. 785 a 787.

Gran Jurado, citando a los Magistrados a quienes se ha acusado y formaron la mayoría de la Corte, por su voto en un caso particular, que tuvieron derecho de emitir, y no por delito común u oficial: que en consecuencia, los mismos Magistrados no pueden presentar a la sección del Gran Jurado, sin exponerse a resolver con su presentación una controversia tan grave y trascendental como la presente: que la competencia del Congreso de la Unión para juzgar a la Corte Suprema de Justicia Federal, sería una reforma a la Constitución que sólo puede verificarse en los términos y con las formas que ésta prescribe, porque importaría la concesión de una nueva facultad al Congreso, y un cambio absoluto y radical del sistema constitucional; y finalmente, que siendo la Corte un Poder Supremo, tiene el derecho de que le sean comunicadas directamente las resoluciones del Congreso lo cual con sentimiento de la misma Corte no se ha verificado antes, supuesto que ni el simple recibo de su nota anterior se le ha acusado, y mucho menos el trámite o acuerdo que a ella recayó, del que ha tenido conocimiento la Corte sólo extraoficialmente.

Lo que tengo la honra de comunicar a uds. para que se sirvan dar cuenta al Congreso de la Unión.

Independencia y Libertad. México, Mayo 29 de 1869.—Ignacio Ramírez.—CC. Diputados Secretarios del Congreso de la Unión.—Presentes.³⁶

Debido a que el juez de distrito que conoció en primera instancia el juicio del Lic. Miguel Vega no cumplió cabalmente la sentencia de la Corte del 29 de abril de 1869, en que con fundamento en el artículo 101 constitucional le ordenó tramitar el amparo del Sr. Vega, pues resolvió negar el amparo porque ese juicio no procede en contra de resoluciones judiciales, el 20 de julio de 1869, la Corte dictó en revisión una sentencia que dice:

México, Julio 20 de 1869.—Visto el juicio de amparo promovido el veintitrés de marzo último ante el C. Juez de Distrito de Sinaloa, por el Lic. C. Lic. Miguel Vega contra la providencia del Tribunal superior de ese Estado que le impuso la pena de suspensión por un año del ejercicio de su profesión:

Considerando, en cuanto a la negativa del Tribunal superior del Estado de Sinaloa para rendir el informe que le pidió el Juez de Distrito: 1o. Que conforme al art. 9o. de la ley de 20 de Enero del corriente año, en los juicios de amparo no es parte la autoridad cuya providencia ha sido reclamada: 2o. Que el informe de que trata el mismo artículo tiene el doble objeto de esclarecer los hechos sobre que versa la queja, y abrir la puerta a la autoridad para que explique y funde la legalidad de sus procedimientos: 3o. Que la resistencia de dicha autoridad a rendir el informe debe refluir en su propio perjuicio, pero no en el de los derechos del quejoso, ni mucho menos entorpecer la secuela del juicio, principalmente cuando por otros medios puede ser averiguada y conocida la verdad: 4o. Que en el presente caso esa verdad aparece claramente, aún por los mismos conceptos del Tribunal que se negó a rendir el informe:

Considerando, en cuanto a la naturaleza del negocio: 1o. Que los tribunales de la Federación son los únicos competentes para decretar si en tal caso dado debe o no abrirse el juicio de amparo: 2o. Que en el presente ya la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de sus

³⁶ *Ibidem*, pp. 787 y 788.

facultades, mandó que se abriera el juicio 3o. Que decretada la apertura del juicio, oponerse a ella es tanto como resistir a la justicia, y discutirlo es tanto como disputar al Poder Judicial de la Federación el ejercicio de sus legítimas facultades, lo cual en ningún caso se debe tolerar:

Considerando, en cuanto a la queja que ha servido de materia a este juicio: 1o. Que con arreglo al art. 7o. del decreto de las Cortes españolas, vigente en el Estado de Sinaloa, en caso de fallo contra ley expresa, el Tribunal superior tiene facultad para suspenderlo de empleo y sueldo por un año. 2o. Que según el art. 8o. del propio decreto, esta suspensión debe ser impuesta en la misma sentencia en que se revoca la del inferior: 3o. Que supuestas estas prevenciones, la suspensión de empleo y sueldo por un año, en caso de fallo contra ley expresa, es un acto legal contra el que no cabe el recurso de amparo; y así lo declararía la Corte si el Tribunal de Sinaloa se hubiese sujetado a la prescripción de la ley: 4o. Que el Tribunal se salió de dicha prescripción, porque la ley habla de suspensión de empleo y sueldo, y el Tribunal ha suspendido al C. Vega en el ejercicio de su profesión de abogado: 5o. Que al salirse de la prescripción legal ha violado clara y terminantemente la garantía consignada en el art. 4o. de la Constitución federal, según el cual a nadie se puede impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, cuando ataca los derechos de tercero, o gubernativamente conforme a la ley, cuando ofende los de la sociedad.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, definitivamente juzgando, falla:

Primero. Se revoca la sentencia pronunciada por el Juez de Distrito de Sinaloa en diez y siete de Junio próximo pasado, por la que se declaró que no ha lugar al amparo que el C. Lic. Miguel Vega pide.

Segundo. La Justicia de la Unión ampara y protege al C. Miguel Vega contra la providencia en que el Tribunal superior de Justicia del Estado de Sinaloa lo suspendió por un año en el ejercicio de su profesión de abogado, por haber violado en su persona la garantía consignada en el art. 4o. de la Constitución.

Tercero. Devuélvase al Juzgado de Distrito sus actuaciones con copia certificada de esta sentencia para los efectos consiguientes, publicándose por los periódicos y archivándose a su vez el Toca.

Así lo decretaron por mayoría de votos los ciudadanos Presidente y Magistrados que formaron el Tribunal pleno de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, y firmaron.—Pedro Ogazón.—Vicente Riva Palacio.—P. Ordaz.—Ignacio Ramírez.—Joaquín Cardoso.—José M. Castillo Velasco.—M. Auza.—S. Guzmán.—Luis Velázquez.—M. Zavala.—José García Ramírez.—L. Guzmán.—Luis M. Aguilar, Secretario.³⁷

Con motivo de la sentencia de la Corte del 29 de abril de 1869, las resoluciones del 17 y 29 de mayo de ese mismo año, que dirigió al Congreso, sección gran jurado, y la sentencia en revisión dictada por la propia Corte el 20 de julio de 1869, el artículo 8o. de la Ley de Amparo de 1869 se convirtió en letra muerta, pero a pesar de ello hubo juristas, sobre todo

³⁷ *Ibidem.*, 782 y 783.

en el gobierno y en el poder judicial que no estuvieron de acuerdo con el criterio de la Corte sobre la procedencia del amparo judicial,³⁸ situación que si bien ya no pudo dar lugar a que se prohibiera el amparo judicial, sí ocasionó que se limitara su procedencia.

4.3. LEY ORGÁNICA DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DEL 14 DE DICIEMBRE DE 1882

En el artículo 6³⁹ se prescribe:

El amparo procede también, en su caso, contra los jueces federales, y entonces se interpondrá ante el juez suplente, si se reclamasen los actos del propietario, ó ante éste ó los suplentes por su orden, si la violación se imputa al Magistrado de circuito. En ningún caso se admitirá este recurso en los juicios de amparo, ni contra los actos de la Suprema Corte, ya sea funcionando en Tribunal pleno, ó en salas.

Como se observa en esta ley, se abolió la prohibición del amparo en contra de las resoluciones de los jueces federales, aunque se indica que en ningún caso procederá en contra de la Suprema Corte.

La redacción de este artículo no deja claro si el amparo procede en contra de los jueces de los estados; sin embargo, tomando en cuenta los antecedentes jurisdiccionales y la discusión que causó el artículo 8o. de la Ley de Amparo de 1869 abrogada por esta ley, es indudable que el artículo 6o. de la tercera Ley de Amparo debe entenderse a la luz de esa discusión, de los criterios jurisdiccionales que surgieron y de los artículos 1o., 50, 101 y 126 de la Constitución de 1857, por lo que si los derechos naturales de la persona son la base y objeto de toda institución y deben ser respetados y protegidos en las leyes y por todas las autoridades, es evidente que al ser los jueces federales y locales autoridades en términos del artículo 50 constitucional, están obligados a respetar esos derechos, aun preferentemente a cualquier disposición que en contrario contengan su Constitución o leyes locales, pues de lo contrario el amparo procede en contra de ellos.

Como en el artículo 6o. de la tercera Ley de Amparo no se establece que resoluciones son impugnables en amparo, debe entenderse que en principio procederá contra cualquier resolución judicial que causando un agravio no pueda ser reparada por el juez que la emitió ni por su superior jerárquico.

Respecto a la limitación de que el amparo no procede en contra de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, ni en contra de las que se dicten en los juicios de amparo, se

³⁸ Este criterio también lo siguió la Corte al confirmar la sentencia de amparo dictada el 4 de julio de 1873 por el juez segundo de Distrito en el juicio de garantías promovido por Benigno Márquez, en el que le concedió la protección constitucional en contra de un auto del juez cuarto Civil del Distrito Federal, que en ejecución ordenó la venta de una casa en almoneda judicial, con una reducción del 10%. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Suprema Corte de Justicia, en la República Restaurada 1867-1876*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D. F. 1989, pp. 209 y 211.

³⁹ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 211.

coincide con lo manifestado por el ilustre jurista del siglo XIX Don Fernando Vega⁴⁰ en el sentido de que no se trata de una limitación artificial que busca reducir el ámbito del juicio de amparo, sino que es una consecuencia natural de la institución, pues al ser la Suprema Corte de Justicia el máximo tribunal del país, es quien dice la última palabra y, en específico, en materia de amparo revisa todas las resoluciones de garantías dictadas por los jueces de distrito, por lo que no hay un tribunal superior a la Corte que pudiera revisar en amparo ni en ningún otro procedimiento lo que ella hace, por ello lo que dice la Corte es la última palabra y no puede impugnarse. Es por ello también que, si la Corte revisa las resoluciones que dictan los jueces de distrito en los amparos, es ocioso presentar un juicio de garantías en contra de las resoluciones dictadas por ellos en esos juicios de garantías, pues las mismas serán revisadas por el máximo tribunal del país, cuyas resoluciones como se dijo son inatacables.⁴¹

4.4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FEDERALES DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1895

En los capítulos segundo, sexto, séptimo y décimo de este código, se contienen reglas sobre la competencia de los tribunales en materia de amparo y en su artículo 53 se prescribe que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte conocerá de las controversias previstas en su artículo 49, que reitera lo prescrito en el artículo 101 constitucional en el sentido de que los tribunales de la federación conocerán de las leyes y actos de autoridad, incluso que por invasión de esferas violen las garantías individuales, mientras que en su artículo 60 fracción III, se prescribe que los jueces de distrito conocerán el amparo por infracciones al artículo 101 constitucional, es decir por actos de autoridad, incluso de invasión de esferas que violen las garantías individuales.

4.5. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FEDERALES DEL 6 DE OCTUBRE DE 1897

En los artículos 765⁴² y 766⁴³ de la quinta Ley de Amparo, contenida en el capítulo VI de ese código de procedimientos, se previno la procedencia del amparo contra actos de los jueces de primera instancia y de los jueces federales en los siguientes términos:

765. Son también competentes los Jueces de paz, alcaldes ó conciliadores para recibir la demanda de amparo contra actos de juez de primera instancia en lugares donde no resida el

⁴⁰ Vega Fernando, *Nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales*, México, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, edición facsimilar de la publicada en 1983, 1987, pp. 28 a 40 y 253 a 258.

⁴¹ Aunque no hay que olvidar que actualmente con motivo de los artículos 44, 46, 48, 50, 61, 63, 67 y 68 de los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte interamericana, ratificados por México en 1981, es posible solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que impugne ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos actos del Estado mexicano, incluso los emitidos por conducto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que infrinjan los derechos humanos garantizados constitucional y convencionalmente.

⁴² Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 229.

⁴³ *Ibidem*, pp. 229 y 230.

de Distrito, y para resolver el incidente de suspensión; practicadas estas diligencias remitirán el expediente al Juez de Distrito que corresponda.

766. Cuando se promueve amparo en contra de jueces federales, se entablará la demanda ante el Juez suplente que esté expedito si se reclamaren los actos del propietario, ó ante éste y los suplentes por su orden, si la violación se imputa al Magistrado de Circuito. Si en el lugar hubiere dos Jueces propietarios de Distrito, uno de ellos conocerá de los amparos que contra el otro se promuevan. Respecto a los suplentes y á falta de Jueces se observarán los arts. 29 y 30 de este Código.

Para que no se repitiera la historia que dio lugar a la prohibición inconstitucional prevista en el artículo 9o. de la Ley de Amparo de 1869, se dificultó la procedencia del amparo judicial, tal y como anteriormente se hizo con la casación para reducir su número y para tal efecto, se reguló en el artículo 780⁴⁴ la manera en que debían de atacarse las resoluciones judiciales de carácter civil y al respecto se prescribe:

780. En la demanda de amparo se expresará cuál de las tres fracciones del art. 745 le sirve de fundamento.

Si se fundaré en la frac. I, explicara la ley ó el acto que viola la garantía y fijará el hecho concreto en que radica la violación; y si el amparo se pide por inexacta aplicación de la ley civil, se citará la ley inexactamente aplicada ó la que debiera haberse aplicado ó lo fue inexactamente.

Si se fundare en la frac. II, designará la facultad del Estado vulnerada ó restringida por la ley ó acto de la autoridad federal.

Si se fundará en la frac. III, precisara la ley ó acto de la autoridad del estado que invada la esfera de la autoridad federal.

Cuando se pida en el escrito de demanda la suspensión del acta reclamado, deberá exhibirse una copia simple de dicho escrito, firmada también por el que promueve, a fin de que se forme el incidente de suspensión.

Siempre que se trate de alguna de las penas que prohíbe el art. 22 de la Constitución, ó de la pena de muerte se dará curso a la demanda sólo con que se exprese en ésta el acto reclamado.

La demanda que no cubra los requisitos de este artículo será desechada como improcedente.

Conforme al precepto transcrito, ya no basta que se indiquen los hechos que dieron lugar a la aplicación de la ley o acto combatido, ni que se invoque la garantía violada, sino que además deben aplicarse las reglas de la casación, por lo que debe expresarse con toda claridad en qué consiste la inexacta aplicación de la ley, es decir qué ley se aplicó inexactamente, la ley que se dejó de aplicar exactamente y por qué razón se aplicó inexactamente o dejó de

⁴⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, pie de página 13, p. 231.

aplicar exactamente, o en su caso por qué no era aplicable la ley aplicada inexactamente o por qué si lo era la que se dejó de aplicar exactamente, es decir a partir de ese momento se exigió al quejoso hacer un razonamiento lógico jurídico más elaborado, para explicar las razones por las que considera que el acto de autoridad es contrario a la Constitución, condición que es lógica conforme al principio de la teoría general del proceso que señala que las partes en juicio deben demostrar sus afirmaciones, por lo que si el quejoso afirma que el acto de autoridad es inconstitucional debe acreditar, a través de razonamientos jurídicos, porqué es así.

Según las versiones de Rabasa, Rojas y Pascual García, en contra de lo que pensaron los congresistas al agregar ese requisito, al igual que lo que sucedió en la casación, no se disminuyó el número de demandas de amparo presentadas en contra de resoluciones judiciales.

Es importante destacar que en el artículo 781⁴⁵ del Código de Procedimientos Federales de 1897, se establecieron los requisitos para impugnar en amparo las sentencias definitivas y las demás resoluciones dictadas por los jueces civiles, al indicar que en el primer caso la demanda debería interponerse dentro de los veinte días siguientes, mientras que en el segundo en los quince días posteriores y al respecto en ese numeral se dispone lo siguiente:

781. La demanda de amparo contra resoluciones judiciales del orden civil, deberá entablarse dentro de veinte días, contados desde la fecha de la notificación, si se tratare de sentencia definitiva, y dentro de quince en los demás casos. Los que estén ausentes del lugar en que se haya dictado la resolución, tendrán noventa días si residieren en la República, y ciento ochenta si estuviesen fuera de ella.

[...]

4.6. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FEDERALES DEL 3 DE OCTUBRE DE 1900

En los artículos 54 y 61, fracción III del Código de Procedimientos Federales del 3 de octubre de 1900, que fue el sexto ordenamiento en que se trató la materia del juicio de garantías, aunque sólo se reguló la competencia de los distintos tribunales federales y del Ministerio Público, se dispuso respectivamente que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocería de las controversias a que se refiere el artículo 50 de ese código, en el que se reitera que los tribunales federales son competentes para conocer de las leyes y actos de autoridad, que incluso por invasión de esferas violen las garantías individuales, mientras que en el segundo de los preceptos citados, se indicó que los jueces de distrito conocerían de las controversias previstas en el artículo 101 de la Constitución.

En este código de 1900 no se hizo mayor referencia ni mucho menos se especificó en contra de qué actos de los jueces procede el juicio de amparo, por lo que, en términos de los preceptos constitucionales antes citados, debe entenderse que procedió en contra de los actos emitidos durante la tramitación del juicio, en contra de las sentencias dictadas por

⁴⁵ *Ídem.*

los jueces y en contra de los actos emitidos en la ejecución de sus resoluciones, aunque también debería proceder contra cualquier acto que incluso en jurisdicciones voluntarias o medios preparatorios a juicio violaran las garantías individuales.

Como a pesar de que con las nuevas reglas prescritas en el artículo 980 del Código de Procedimientos Federales del 6 de octubre de 1897, para problematizar la procedencia del amparo judicial, no se obtuvo la disminución que se buscaba en el número de amparos judiciales, en 1908 se reformó el artículo 102 constitucional, adicionándole un segundo párrafo,⁴⁶ en el que se prescribió que el amparo sólo podía presentarse después de que se dictara la sentencia definitiva, que en ese momento y hasta antes de la reforma legal de 1988 era aquella que no sólo ponía fin al juicio y contra la que no procedía recurso ordinario, sino que además era la que resolvía el fondo de la *litis* planteada, por lo que aunque la violación fuera irreparable no se podía combatir antes de que se impugnara la sentencia, con el riesgo de que esa violación procesal no sólo hiciera irreparable el acto concreto en que se emitió, sino que hiciera que el juicio se quedara sin materia, haciéndolo improcedente.

4.7. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES APROBADO EL 26 DE DICIEMBRE DE 1908

La reforma constitucional de 1908 dio lugar a que el ministro de Justicia licenciado Justino Fernández, encargara al exministro de la Corte Don Eduardo Novoa, entonces subsecretario de Justicia, la elaboración de un Código Federal de Procedimientos Civiles, en que se regularía el juicio de amparo.

En el proyecto elaborado por el exministro Novoa se reiteró que el amparo civil debería de ser de estricto derecho, pero se apartó de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 102 de la Constitución, adicionado en 1908, pues se estimó que el amparo judicial civil también debería proceder en contra de las violaciones procesales efectivas.

En efecto, al redactar el artículo 117⁴⁷, se prescribió:

117. La demanda de amparo contra resoluciones judiciales del orden civil, deberá cubrir, además de los requisitos comunes á toda demanda de amparo, los siguientes:

I. Fijará el acto concreta y claramente, designando la autoridad que lo ejecute ó trate de ejecutar;

⁴⁶ Cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, solamente podrá ocurrirse a los tribunales de la federación después de pronunciada la sentencia que ponga fin al litigio y contra la cual no conceda la ley ningún recurso, cuyo efecto pueda ser la revocación.

⁴⁷ Fernández, Justino, *Memoria que el Secretario de Estado y del Despacho de Justicia, Lic. Justino Fernández presenta al Congreso de la Unión. Comprende el Ramo de Justicia en el periodo comprendido de 1 de enero de 1901 al 30 de julio 1909*, Reproducida en primera edición digital por El Archivo General de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, Tomo II., pp. 192.

II. Fijará expresamente la garantía constitucional violada citando el artículo de la Constitución que la comprenda;

III. Si se trata de inexacta aplicación de la ley, deberá citarse la ley aplicada inexactamente, el concepto en que dicha ley fue aplicada con inexactitud; ó bien la ley omitida que debiendo haberse aplicado no se aplicó;

IV. En caso de que se trate de aplicación inexacta de varias leyes, deberá explicarse cada concepto de inexactitud en párrafo separado y numerado;

V. Si la queja se funda en la violación de alguna garantía constitucional, para cuyo examen sea indispensable investigar previamente si se aplicó la ley con exactitud en el caso de que se trate, el amparo quedará sujeto á los requisitos exigidos para el que verse sobre inexacta aplicación de ley.

Como puede observarse, en esta nueva ley, se reiteró el criterio contenido en la Ley de Amparo de 1897, al ordenar que el accionante de un amparo judicial civil debe indicar con precisión en qué consiste el acto de autoridad reclamado, la autoridad que lo emitió, la ley que dejó de aplicarse exactamente o la que aplicó inexactamente, razonando por qué era aplicable la ley que se dejó de aplicarse exactamente o por qué no lo era la ley que se aplicó inexactamente, así como la garantía individual violada y por qué se había infringido, en el entendido que en el artículo 118 del proyecto se dispuso que si la demanda no cubría esos requisitos, en términos de los artículos 74 a 76 del proyecto, el juez de distrito prevendría al promovente para que en 24 horas aclarara la demanda y de no hacerlo se le daría vista al Ministerio Público y tomando en cuenta lo que expusiera, se admitiría o desecharía, pero que mientras el desechamiento no causara estado se suspendería el acto reclamado.

En la exposición de motivos se indicó que entre los objetivos de la ley estaba fijar la naturaleza del juicio de amparo y destacar de manera precisa en qué casos procedía ese juicio de garantías en negocios judiciales del orden civil, por lo que en el artículo 112⁴⁸ del proyecto, se ordenó lo siguiente:

112. Para los efectos de las disposiciones de este Código relativas al amparo, se deberá entender por actos judiciales del orden civil;

I. Toda resolución judicial de carácter civil dictada en juicios del mismo orden;

II. Toda resolución que, aunque dictada en juicio criminal, tenga por objeto único la responsabilidad civil del acusado.

Es decir, se dispuso que el juicio de amparo procede en contra de las resoluciones de los jueces civiles y en contra de las resoluciones de los jueces penales, que versen sobre la reparación del daño.

Se afirmó que del artículo 14 constitucional se desprende que es peligroso que en los juicios de amparo del orden civil el juez supla las omisiones en la demanda, pues se

⁴⁸ *Ídem.*

alentarían los amparos aventurados, los que se promueven sin fundamento y se daría lugar al abuso porque todo punto de derecho contrastado es susceptible de diversas soluciones, por lo que se propuso que el amparo en materia civil fuera de estricto derecho a pesar de lo prescrito en el artículo 107 del proyecto, que faculta a los jueces a suplir el error al citar la garantía violada, otorgando el amparo por la garantía que realmente se hubiere violado sin cambiar el hecho expuesto en la demanda. Al respecto en dicho precepto⁴⁹ se dispone:

107. La Suprema Corte de Justicia, y los jueces de Distrito en sus sentencias, podrán suplir el error en que haya incurrido la parte agraviada al citar la garantía cuya violación reclame, otorgando el amparo por la que realmente aparezca violada; pero sin cambiar el hecho expuesto en la demanda en ningún caso.⁵⁰

En el artículo 115⁵¹ del proyecto se ordena lo siguiente:

115. El juicio de amparo contra actos judiciales del orden civil procede únicamente cuando dichos actos tienen un carácter efectivo.

Se reputan efectivos para los efectos de este artículo:

I. Toda resolución judicial que importe un secuestro en la persona, ya sea por apremio, por arraigo ó por cualquier otro procedimiento semejante de carácter civil;

II. Toda resolución judicial en materia civil que definitiva ó accidentalmente prive á una persona de su capacidad ó estado personal, ó de la posesión de sus bienes;

III. Toda sentencia definitiva que no admita recurso alguno en el orden común;

IV. Toda resolución judicial firme que cierre de una manera perentoria la entra al juicio.

Debe destacarse que en este precepto se propuso que el amparo contra actos judiciales del orden civil procediera cuando tuvieran un carácter efectivo y aunque no señala qué debe entenderse por ello, en sus cuatro fracciones indica que se entenderá que tienen ese carácter toda resolución judicial que: importe un secuestro en la persona, por arraigo, apremio u otro semejante de carácter civil; la que temporal o definitivamente prive a una persona de su capacidad, estado personal o posesión de bienes; la resolución firme que cierre perentoriamente la entrada al juicio y la sentencia definitiva que no admita recurso. Además, en el artículo 113 del proyecto se indicó que también procede el amparo por inexacta aplicación de la ley respecto a la responsabilidad civil, cuando el inculpado en un proceso criminal impugne la resolución que en el proceso penal resuelva sobre su

⁴⁹ Fernández, Justino, *op. cit.*, pie de página 47, p. 191.

⁵⁰ Me parece que la hipótesis del artículo 107 no es la de la suplencia de la queja sino el de la suplencia del error en la cita del precepto constitucional violado, que han permitido la ley de amparo de 1936 en su artículo 79 y la Ley de Amparo vigente en su artículo 76, mientras que lo que está en realidad proponiendo el exministro Novoa es que no se supla la deficiencia de la queja en la elaboración de los conceptos para explicar qué ley se aplicó inexactamente o qué ley se dejó de aplicar inexactamente y porqué se estima que la aplicación o la omisión en la aplicación fue inexacta.

⁵¹ Fernández, Justino, *op. cit.*, pie de página 47, p. 192.

responsabilidad civil, sin que pueda modificarse la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Al respecto en el artículo 113⁵² se dispone:

113. El acusador ó denunciante en los juicios criminales podrá intentar el juicio de amparo contra resoluciones judiciales dictadas en éstos por inexacta aplicación de la ley únicamente en lo que corresponda á la responsabilidad civil; la resolución que en dichos amparos se dicte no podrá nulificar ni modificar en manera alguna la declaración que hagan los tribunales contra los que se haya intentado el amparo, sobre la culpabilidad ó inculpabilidad del acusado.

Sobre la propuesta del exministro Novoa, debe señalarse lo siguiente:

- a) En cuanto a que el amparo por inexacta aplicación de la ley civil es de estricto derecho, porque de no ser así por las razones que indicó se abusaría de ese juicio, saturando la justicia constitucional, lo cierto es que la razón de que el amparo sea de estricto derecho, no puede ser su posible abuso, pues esa es una razón de *facto* no de *iure*, por lo que la fundamentación jurídica de que el amparo es un juicio de estricto derecho debe ser una razón jurídica y esta se puede encontrar en el principio de derecho procesal que indica que el que afirma tiene la carga procesal de demostrar su afirmación, por lo que si el juicio de amparo es un juicio que esencialmente versa sobre la validez e invalidez de los actos de las autoridades, y el que ejerce la acción constitucional de amparo afirma la invalidez del acto de autoridad por ser contrario a la Constitución, además de acreditar la existencia del acto, debe acreditar que es contrario al texto constitucional y eso sólo lo puede demostrar con razonamientos jurídicos en los que se explique sin lugar a dudas por qué el acto de autoridad es contrario a la Constitución.

No obstante lo afirmado en los párrafos que anteceden, en la actualidad, sobre todo a nivel internacional, se ha dicho que la violación a los derechos naturales de la persona no debe depender de requisitos formales como sería exigir la elaboración de un razonamiento jurídico que acredite la infracción a esos derechos, sino que debe bastar la demostración del acto o hecho que dio lugar a la vulneración, por lo que el denunciante de la violación de garantías solo debe acreditar que la autoridad realizó un acto que violó sus derechos.

Los dos puntos son válidos y tienen pros y contras por lo que habría que elegir cuál sistema se adopta, pero lo que no es válido es aplicar la suplencia en amparos penales, agrarios, en favor de la parte agraria, laborales en favor del trabajador y aplicar el principio de estricto derecho en los demás supuestos, como en los amparos civiles y administrativos, pues al gobernado que no se favorece con la suplencia se le da un trato desigual injustificado, pues él al igual que los

⁵² *Ídem.*

beneficiarios de la suplencia, tiene derecho a que se anule el acto de autoridad inconstitucional y se le restituya en el estado en que se encontraba antes de que se violaran sus derechos naturales garantizados.

Por otro, lado debe destacarse que el supuesto abuso del amparo no es tal, sino que lo que sucede es que ante el abuso reiterado de las autoridades en el ejercicio y abuso del ejercicio de sus atribuciones, el gobernado no tiene más remedio que acudir a la justicia constitucional para solicitar que se le ampare y restituya en el ejercicio de sus derechos. Lo cierto es que la única manera de reducir eficazmente el número de amparos y no sólo los judiciales, es que se reduzca el número de abusos en que incurre la autoridad y en consecuencia cada vez más actúe conforme a la Constitución y a las leyes acordes a ella.

- b) Es un avance importante que en el artículo 115 del proyecto se busque identificar a las violaciones procesales irreparables. De la exposición de motivos aparece que un criterio a seguir para descubrir esas violaciones es que deben darse sobre las garantías individuales, es decir, sobre los derechos sustantivos garantizados en la Constitución.

Se considera que el criterio a seguir para determinar si la violación cometida es irreparable, consiste en descubrir la posibilidad de que si con la concesión del amparo puede restaurarse al gobernado en el estado que se encontraba al momento de cometerse la infracción constitucional. De ser así se trata de una violación reparable en la sentencia, por lo que habrá que esperar a que se dicte para saber si se la reparó y sólo en caso de que no sea así, la violación reparable no reparada, puede combatirse en el amparo que se interponga en contra de la sentencia. Por el contrario si la violación es irreparable, no es necesario esperar a que se dicte sentencia, pues de antemano se sabe que en ella no se va a reparar esa violación, por lo que el amparo procede en cuanto se comete, previo agotamiento del recurso ordinario que proceda, que sólo debería agotarse si en él se suspende la ejecución de la violación irreparable, pero lamentablemente no es así.

- c) En relación con el adjetivo calificativo “efectivo” que se propone en la redacción del artículo 115 del proyecto, para que el amparo proceda contra actos que tengan un carácter efectivo, debe desentrañarse el significado de esa palabra.

De acuerdo con el *diccionario* de la Real Academia Española⁵³ la voz *efectivo* tiene cuando menos ocho acepciones y en las dos primeras significa real y verdadero o eficaz, es decir, que tiene la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

⁵³ *Diccionario* de la Lengua Española o Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica en APP, 2014, 23a. ed., consultado a las 13:08 horas del día 13 de agosto de 2019.

Tomando en cuenta la acepción oficial del vocablo eficaz utilizado por el exministro Novoa, se puede concluir que el amparo por inexacta aplicación de la ley propuesto por él, debe proceder cuando el acto del juez civil que infringió los derechos del gobernado garantizados constitucionalmente tiene consecuencias reales y verdaderas, por lo que está en posibilidad de lograr lo que quiso al emitirlo, es decir, emitido el acto de autoridad su consecuencia necesaria es su ejecución,⁵⁴ se realice o no. Para determinar si procede el amparo habrá que verificar si ejecutado el acto de autoridad es posible restituir al gobernado en el estado que se encontraba no sólo antes de su ejecución, sino incluso antes de que se hubiere ordenado ese acto.

- d) Respecto a las hipótesis contempladas en el artículo 115 del proyecto, si bien son correctas, no son todas, pues si hubiere un acto de la autoridad judicial que infringiera las libertades de pensamiento, expresión, manifestación, correspondencia, educación y demás libertades consagradas en la Constitución distintas a la restricción a la libertad personal, en términos del proyecto propuesto por el ex ministro Novoa, no procedería el amparo por inexacta aplicación de la ley civil; sin embargo, considero un avance importante la propuesta hecha por el exministro Novoa, aunque utilizando sus términos no fue eficaz porque era contraria a la letra e interpretación jurídica del segundo párrafo del artículo 102 constitucional, adicionado en 1908, en el que ilegítimamente y de manera regresiva, se limitó el derecho natural a la defensa reconocida en el artículo 14 constitucional, al prohibir a partir de esa reforma, que el amparo se interpusiera en contra de violaciones procesales irreparables cometidas durante la secuela del juicio, a pesar de que de consumarse totalmente ya no pudiera restaurarse al gobernado en el goce del derecho constitucional violado, malogrando así la tutela constitucional a ese derecho de audiencia, por ello afirmo que esa adición aunque constitucional fue ilegítima, regresiva, *anti homine* e incoherente con el sistema de reconocimiento y protección de los derechos naturales del hombre, ya existente en esa época.

Afortunadamente la adición del segundo párrafo del artículo 102 constitucional, fue abrogada con la reforma constitucional de 1915, entre otras razones, porque el propio Venustiano Carranza, quien en 1908 había votado a favor de esa adición, la consideró monstruosa.

Debido a que desgraciadamente las cuatro primeras épocas del *Semanario Judicial de la Federación* que van de enero de 1871 al año de 1914 no son consultables por considerarse jurisprudencia histórica, no pude obtener los criterios que la Corte emitió sobre la inconstitucionalidad del artículo 8o. de la Ley de Amparo de 1869, salvo la relativa al amparo promovido por el Licenciado Fernando Vega, por lo que sólo se puede consultar a

⁵⁴ A este tipo de acto se conoce con el nombre de acto futuro de realización inminente por que, aunque no se sabe con exactitud cuándo se va a realizar, se sabe que una vez que está emitido u ordenado el acto, su consecuencia jurídica necesaria es su realización, es decir, su ejecución.

partir de la quinta época a la fecha, es decir, desde el 1 de junio de 1917 al 13 de agosto de 2019.

Como la propuesta sobre la procedencia del amparo por violaciones irreparables no fue aceptada por ser contraria al segundo párrafo del artículo 102 constitucional, en el título segundo del Código Federal de Procedimientos Civiles aprobado el 26 de diciembre de ese año se reguló el juicio de amparo.

En los artículos 662⁵⁵ segundo párrafo y 763⁵⁶ de ese código se dispuso lo siguiente;

662. Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, á petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determine este Código. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó acto que la motivare.

Cuando la controversia se suscite con motivo de violación de garantías individuales en asuntos judiciales del orden civil, solamente podrá ocurrirse á los tribunales de la Federación, después de pronunciada la sentencia que ponga fin al litigio y contra la cual no conceda la ley ningún recurso, cuyo efecto pueda ser la revocación.

763. El amparo en asuntos judiciales del orden civil, sólo será procedente conforme al artículo 102 de la Constitución general de la República, cuando fuere interpuesto después de pronunciada la sentencia que haya puesto fin al litigio, y contra la que no conceda la ley ningún recurso cuyo efecto sea la revocación. En este caso se observarán la tramitación y los requisitos establecidos en este Código para la substanciación y término del juicio de amparo.

De los preceptos transcritos, se desprende que el amparo por violaciones a la exacta aplicación de la ley civil sólo procedería después de dictada la sentencia, pero que, si durante la secuela del juicio se comete una violación de garantías, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 764,⁵⁷ en el que se prescribe:

764. Cuando en la iniciación ó en el curso de un juicio civil, alguno de los litigantes se considerare agraviado por reputar violada en su persona ó intereses alguna garantía individual por resoluciones que no tengan el carácter de sentencias definitivas, podrá acudir al juicio de amparo si cumple con los requisitos siguientes:

I. Que promueva oportunamente contra dicha resolución el recurso ordinario que corresponda, reclamando a la vez las violaciones de garantías que haya sufrido, para que en su oportunidad, sean debidamente consideradas;

II. Que cuando no quepa ningún recurso contra la resolución violatoria de garantías, el interesado proteste contra ella expresando las garantías violadas y los fundamentos de violación;

⁵⁵ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 261.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 269.

⁵⁷ *Ibid*, p. 229.

III. Que si en la iniciación ó en el curso del juicio civil se estimaren violadas varias garantías, se expresen todas para que en un solo juicio de amparo sean conocidas y resueltas en una sola sentencia todas las violaciones de garantías de que se quejare el agraviado.

Conforme a este precepto, debe interponerse el recurso ordinario reclamando las violaciones sufridas para que en su oportunidad se consideren, pero que, de no existir recurso, entonces debe protestarse la infracción expresando todas las garantías violadas y las razones de la violación, para que se conozcan en una sentencia.

5. CONSTITUCIÓN DE 1917

En el texto original de las fracciones II, III, IV y IX del artículo 107 de la Constitución de 1917⁵⁸ publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 5 de febrero de 1917, respectivamente se dispone:

II. En los juicios civiles o penales, salvo los casos de la regla IX, el amparo sólo procederá contra las sentencias definitivas respecto de las que no proceda ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o reformadas, siempre que la violación de la ley se cometa, en ellas, o que, cometida durante la secuela del procedimiento, se haya reclamado oportunamente y protestado contra ella por negarse su reparación, y que cuando se haya cometido en primera instancia, se haya alegado en la segunda, por vía de agravio. La Suprema Corte, no obstante esta regla, podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal, cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso, y que sólo por torpeza no se ha combatido debidamente la violación.

III. En los juicios civiles o penales sólo procederá el amparo contra la violación de las leyes del procedimiento, cuando se afecten las partes substanciales de él y de manera que su infracción deje sin defensa al quejoso.

IV. Cuando el amparo se pida contra la sentencia definitiva, en el juicio civil, sólo procederá, además del caso de la regla anterior, cuando, llenándose los requisitos de la regla segunda, dicha sentencia sea contraria a la letra de la ley aplicable al caso o a su interpretación jurídica, cuando comprenda personas, acciones, excepciones o cosas que no han sido objeto del juicio, o cuando no las comprenda todas por omisión o negativa expresa.

Quando se pida el amparo contra resoluciones no definitivas, según lo dispuesto en la fracción anterior, se observarán estas reglas en lo que fuere conducente.

IX. Cuando se trate de actos de autoridad distinta de la judicial, o de actos de ésta ejecutados fuera de juicio o después de concluido; o de actos en el juicio cuya ejecución sea

⁵⁸ Archivo documental de la Biblioteca de Ediciones Andrade, texto facsimilar de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reproducido a través del sistema de impresión digital, recuperado del original publicado en el *Diario Oficial* del cinco de febrero de 1917. México D.F., 1997, p. 157.

de imposible reparación o que afecte a personas extrañas al juicio, el amparo se pedirá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción esté el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, limitándose la tramitación al informe de la autoridad, a una audiencia para la cual se citará en el mismo auto en que se mande pedir el informe y que se verificará a la mayor brevedad posible, recibiéndose en ella las pruebas que las partes interesadas ofrecieren, y oyéndose los alegatos, que no podrán exceder de una hora cada uno, y a la sentencia que se pronunciará en la misma audiencia. La sentencia causará ejecutoria, si los interesados no ocurrieren a la Suprema Corte dentro del término que fije la ley, y de la manera que expresa la regla VIII. La violación de las garantías de los artículos 16, 19 y 20 se reclamará ante el Superior Tribunal que la cometa o ante el juez de Distrito que corresponde, pudiéndose recurrir en uno y otro caso a la Corte, contra la resolución que se dicte. Si el Juez de Distrito no residiere en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará al juez ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca.

De las fracciones transcritas, aparece que el juicio de amparo procede en los juicios civiles o penales en contra de: a) sentencias definitivas irrecurribles, ya sea que la violación se cometa en ellas o durante el procedimiento siempre que se reclame y proteste oportunamente; b) violación a las leyes del procedimiento que afecten partes sustanciales y dejen sin defensa al quejoso; c) sentencias contrarias a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, que se refieran a personas, acciones o excepciones que no hayan sido objeto en juicio y actos de autoridad judicial en juicio, fuera de juicio o después de concluido que tengan una ejecución de imposible reparación y en este caso el amparo se pedirá ante el juez de Distrito.

El texto del artículo 107 constitucional en la materia que atañe a la procedencia del amparo por violaciones irreparables fue modificado en dos ocasiones, por decreto del 30 de diciembre de 1950 publicado en el Diario Oficial del 14 de marzo de 1951,⁵⁹ con objeto de pasar de la fracción IX a la fracción III inciso b) de ese artículo la procedencia del amparo en contra de actos en juicio que causen un agravio irreparable, fuera de juicio o después de concluido una vez agotados los recursos, mientras que en la fracción IX se regula la procedencia de la revisión en amparo directo. En dicha fracción III de artículo 107 constitucional se ordena:

III. En materias judicial, civil o penal y del trabajo el amparo sólo procederá:

a) Contra sentencias definitivas o laudos respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificados o reformados ya sea que la violación de la ley se cometa en ellos, o que, cometida durante la secuela del procedimiento, afecte a las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia judicial, civil, o penal, se hubiere reclamado oportunamente y protestado contra ella por

⁵⁹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_fe_ref_049_14mar51_ima.pdf vista a las 14:00 del 13 de agosto de 2019.

negarse su reparación y que cuando cometida en primera instancia, se haya alegado en la segunda, por vía de agravio.

b) Contra actos en juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido una vez agotados los recursos que en su caso procedan.

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

En la segunda reforma que se hizo a la fracción III inciso b) del artículo 107 constitucional en octubre de 1967,⁶⁰ se dispuso:

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

[...]

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación fuera de juicio o después de concluido una vez agotados los recursos que en su caso procedan y

[...]

Esta reforma es irrelevante pues se reiteró por segunda ocasión que el amparo procede contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez que se agoten los recursos que procedan; sin embargo, el problema persiste si el recurso no suspende la ejecución de la violación irreparable, pues ello da lugar a que quede sin materia el recurso y el amparo que se fuera a interponer en contra de ella.

Del texto original de la Constitución de 1917 y sus reformas sobre la procedencia del amparo por violaciones irreparables, se desprende que constitucionalmente para la procedencia de este amparo no se requiere la materialización de ese agravio.

Con la expedición de la Constitución de 1917, que en su artículo 107 fracción IX se dispuso la procedencia del amparo contra actos en juicio que causen un agravio irreparable, se derogaron los artículos 662 segundo párrafo y 763 del Código Federal de Procedimientos Civiles del 26 de diciembre de 1908, en los que en contra de la nueva Constitución se impedía la interposición del amparo por violaciones procesales cometidas antes que se dictara la sentencia.

La cuestión radica en dilucidar en qué consiste la violación irreparable que permite la interposición del juicio de amparo indirecto.

Hay que destacar que en el texto original del artículo 107 fracción IX de la Constitución, hoy fracción III inciso b), se indica que el amparo por violaciones procesales cometidas durante la secuela del juicio procede cuando causen un agravio irreparable.

⁶⁰ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_067_25oct67_ima.pdf consultada a las 14:08 del 13 de agosto de 2019.

5.1. LEYES REGLAMENTARIAS DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN

5.1.1. Ley de Amparo de 1919

En el artículo 70⁶¹ de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, expedida por Carranza el 18 de octubre de 1919, se prescribe:

70. La demanda de amparo, en los casos de que trata la fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal, se presentará ante el Juez de Distrito en cuya jurisdicción se ejecute o trate de ejecutar la ley o acto reclamado, expresando con toda claridad y precisión el nombre del quejoso, el del coligante de éste, si el amparo se pide contra actos judiciales civiles, o el de la parte civil, si el asunto es penal, y el del tercero que hubiere gestionado el acto reclamado, si el asunto es administrativo, designándose los domicilios respectivos, el acto reclamado, la autoridad contra quien se dirige la queja y cualquiera de las tres fracciones del artículo 1º de esta ley que sirva de fundamento a la demanda, señalándose, si se alude a la primera, la garantía o garantías individuales violadas, y en los demás casos las leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinja la soberanía del Estado o las leyes o actos de las autoridades de éste que invadan la esfera de la autoridad federal.

En este artículo se reitera la procedencia del amparo judicial ante juez de Distrito en contra de los actos cometidos durante la secuela del procedimiento que causen a alguna de las partes un agravio irreparable.

Conforme al precepto invocado, si el amparo proviene de actos judiciales civiles o de la parte civil de procesos penales, en la demanda deberá expresarse el nombre del quejoso y de su coligante, los domicilios de las partes, el acto reclamado, la autoridad responsable y qué fracción del artículo 1o. de esa ley que reitera al artículo 103 constitucional funda la demanda, las garantías violadas y en su caso los actos de autoridad que invadan la esfera de competencias. Como se observa en ese precepto, no se exige explicar qué ley se aplicó inexactamente o cuál se dejó de aplicar exactamente, ni en qué consiste la aplicación inexacta o la inaplicación exacta de la ley, ni qué garantías fueron violadas con motivo de la aplicación o inexacta aplicación de la ley.

En los artículos 93 a 99⁶² de esa ley, se dispone:

Artículo 93. En los juicios civiles y en los penales, salvo los casos que menciona la regla IX del artículo 107 de la Constitución Federal, el amparo solo procederá contra las sentencias definitivas a que se refiere el artículo 30 de esta ley, siempre que la violación que se cometa en ellas o que, cometida durante la secuela del procedimiento, se haya reclamado oportunamente protestando contra ella por negarse su reparación y que cuando se haya cometido en primera instancia, se haya alegado en la segunda por vía de agravio.

La Suprema Corte, no obstante esta regla, podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso violación manifiesta de la ley,

⁶¹ Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, pie de página 13, p. 386.

⁶² *Ibidem*, pp. 388 y 399.

que lo ha dejado sin defensa o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso y que solo por torpeza no se ha combatido debidamente la violación.

Artículo 94. En los juicios civiles o penales, sólo procederá el amparo contra la violación de las leyes del procedimiento, cuando se afecten las partes substanciales de él y de manera que su infracción deje sin defensa al quejoso.

Artículo 95. Cuando el amparo se pida contra una sentencia definitiva, dictada en juicio civil sólo, procederá, además del caso del artículo anterior, cuando llenándose los requisitos del artículo 93, dicha sentencia sea contraria a la letra de la ley aplicable al caso o a su interpretación jurídica; cuando comprenda personas, acciones, excepciones o cosas que no han sido objeto del juicio, o cuando no las comprenda todas por omisión o negativa expresa.

Artículo 96. Cuando se pida amparo contra sentencia definitiva y a la vez contra actos verificados en la secuela del procedimiento, la Suprema Corte podrá conocer de las violaciones que importen los actos expresados, conjuntamente con las violaciones cometidas en la sentencia misma.

Artículo 97. Cuando durante la secuela de un juicio civil o penal se violare alguna garantía individual por una resolución o determinación judicial o por un acto del procedimiento, el perjudicado deberá reclamar su reparación, en caso de que no proceda ningún recurso ordinario, dentro de los tres días siguientes a aquél en que se le notifique la providencia judicial o se ejecute el acto violatorio; esta reclamación se hará ante el propio Juez que dictó la resolución y la reclamará, además por vía de agravio en la instancia siguiente, si el juicio la tuviere, y en caso contrario, por medio del recurso de amparo.

Al reclamar la reparación de un acto violatorio de una garantía individual, deberá expresarse el hecho o hechos que constituyen la violación, así como la garantía violada, sin cuyos requisitos la reclamación se tendrá por no hecha.

Artículo 98. El acusador o denunciante en un juicio penal sólo podrá entablar amparo si se hubiere constituido previamente parte civil en el juicio penal, y únicamente contra las resoluciones que se dicten en el respectivo incidente de responsabilidad civil, que admitan el amparo conforme a los artículos anteriores. La sentencia que en estos juicios de amparo se dicte no podrá nulificar ni modificar en manera alguna la declaración que hayan hecho los Tribunales contra los que se haya intentado el amparo, sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Artículo 99. El amparo contra sentencias definitivas en materia civil o penal que reúnan los requisitos necesarios para que este recurso sea procedente, deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a su notificación, presentando la demanda directamente ante la Suprema Corte o remitiéndose por conducto de la autoridad responsable. El promovente del amparo expresará siempre en la demanda la fecha en que se le notificó la sentencia, y cuando presentare su demanda ante la autoridad responsable, ésta tendrá la obligación de hacer constar al pie del escrito de la misma fecha en que fue notificada al quejoso la resolución reclamada y la de la presentación del escrito. En los demás casos la Suprema Corte está facultada para cerciorarse de los datos de que se trata.

El amparo contra sentencias en materia penal que impongan la privación de la libertad personal, la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución federal, podrá pedirse en cualquier tiempo.

En los preceptos transcritos se regula la procedencia del amparo judicial en contra de las sentencias definitivas, ya sea que la violación se hubiere cometido al dictar la sentencia o durante la secuela del juicio, siempre y cuando en este último caso no se hubiere reparado la violación al dictarse la sentencia por haber trascendido a su resultado.

De una interpretación armónica de los artículos 70 y 93 a 99, de la Ley de Amparo de 1919, aparece que en los amparos contra actos de autoridades judiciales civiles hay dos clases de juicio de garantías, el que procede en contra de las violaciones procesales que causen agravios irreparables y el que se promueve en contra de la sentencia, en el que deberán atacarse las violaciones que durante la secuela del procedimiento se hubieren cometido. En el primero caso, cualquiera que sea el resultado del juicio civil, el peticionario de garantías no podrá ser restituido, cuando menos parcialmente en el estado en que se encontraba antes de esa violación. En el segundo caso, se trata de violaciones procesales reparables, por lo que sólo podrán impugnarse hasta que se interponga el amparo en contra de la sentencia, siempre y cuando al dictarse no se hubieren reparado esas infracciones adjetivas.

Respecto de los actos irreparables, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año de 1923 dijo:

ACTOS EN EL JUICIO.⁶³

La resolución que se dicte declarando que no son parte en un juicio determinadas personas, es causa agravio irreparable y puede ser reclamada en la vía de amparo, aun cuando los agravios estén expeditos para deducir sus derechos en juicio distinto.

Amparo civil. Revisión del auto de improcedencia. Peyrano María e Hijos. 19 de enero de 1923. Unanimidad de ocho votos. Los Ministros Alberto M. González y Patricio Sabido no votaron por no haber estado presentes durante la discusión de este negocio. La publicación no menciona el nombre del ponente.

5.1.2. Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal del 30 de diciembre de 1935, publicada el 10 de enero de 1936

En el artículo 114 fracción IV de la Ley de Amparo del 30 de diciembre de 1935, publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1936, que entró en vigor al día siguiente en

⁶³ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 285969, 1 de 1. Pleno, Tomo XII, p. 149. Tesis Aislada (Común).

términos de su artículo primero transitorio, se prescribe que el juicio de amparo indirecto procede ante el juez de Distrito contra: *“actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación”*.^{64 y 65}

Con motivo de esta Ley la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió diversas tesis sobre lo que debe entenderse por agravio irreparable.

Entre los criterios que pronunció hubo uno en el que se tomó en cuenta que al objetivarse en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo que el agravio irreparable recayera sobre las personas y las cosas, se amplió la hipótesis contenida en la fracción IX del artículo 107 constitucional, pues se condicionó la procedencia del amparo por agravio irreparable a que ese agravio tenga sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación, por lo que no basta que sólo formalmente la violación sea irreparable, sino que se requiere que tenga efectos materiales, lo que significa que la irreparabilidad sea material, configurándose en la realidad. Al respecto son aplicables las siguientes tesis de la Tercera Sala:

ACTOS EJECUTADOS DENTRO DEL JUICIO, IMPOSIBLE REPARACIÓN DE LOS.⁶⁶

Si se reclaman en amparo directo, actos meramente procesales, cometidos en la secuela de un juicio, que de ninguna manera tienen el carácter de actos de imposible reparación, porque con ellos no se afectan de manera real y efectiva, ni la persona ni los bienes del quejoso, y sólo constituyen meras declaraciones acerca del alcance interpretativo que debe darse a las disposiciones legales, que el propio quejoso señala como violadas en su perjuicio, pero sin afectar para nada sus derechos ni restringir su posibilidad de defensa, y esas mismas violaciones pueden ser reparadas por la resolución definitiva que habrá de dictarse en el procedimiento, debe estimarse improcedente el juicio de garantías, ya que conforme a la regla de la fracción IX del artículo 107 constitucional, tratándose de actos en el juicio, sólo procede el amparo cuando tienen el carácter de actos de ejecución de imposible reparación, concepto ya objetivado en la fracción IV del artículo de la ley reglamentaria del juicio de garantías, la que, al tratar del amparo indirecto o sea aquel de que conocen los Jueces de Distrito, establece que tratándose de actos en el juicio, las partes que en éste intervienen, sólo pueden pedirlo cuando tales actos tienen sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación; de manera que si los actos ejecutados dentro del juicio, no llenan las condiciones apuntadas, sólo podrán reclamarse en el amparo directo, una vez llenadas las formalidades que la misma ley establece.

Amparo civil en revisión 1238/41. Chacón Pedro Ignacio. 3 de julio de 1941. Mayoría de tres votos. El Ministro Francisco Barba, no intervino en la resolución de este negocio, por las razones que constan en el acta del día. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁶⁴ Sisthemis, versión 1.5.0, Ciudad de México, Ed. Themis, 2019.

⁶⁵ Esta fracción no tuvo reforma en los 77 años dos meses y 25 días en que estuvo vigente.

⁶⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 353405, 1 de 0, Tercera Sala, Tomo LXIX, p. 164, Tesis Aislada (común).

RECONVENCIÓN, LA TRAMITACIÓN DE LA, NO ES ACTO EJECUTADO DENTRO DEL JUICIO, QUE SEA DE IMPOSIBLE REPARACIÓN.⁶⁷

La fracción IX del artículo 107 de la Constitución Federal exige, para la procedencia del amparo indirecto contra actos en el juicio, que la ejecución de esos actos sea de imposible reparación, y la Tercera Sala de esta Suprema Corte de Justicia, interpretando ese precepto, ha establecido que por tales actos deben entenderse únicamente aquellos que no sólo surten efectos jurídicos, sino que, además, tengan ejecución material en la persona o en los bienes del agraviado. Por tanto, si el acto que se reclama en la demanda de garantías, consiste en la sentencia interlocutoria dictada en un juicio sumario de rescisión de contrato, seguido por el quejoso, por la cual se ordenó la tramitación de la reconvencción interpuesta por el demandado en dicho juicio, debe estimarse que aunque tal acto produce efectos en derecho, carece notoriamente de ejecución material, puesto que no tienen ninguna ejecución de esa clase en la persona del quejoso, y en su patrimonio, lo que indica que el amparo promovido es notoriamente improcedente y que debe confirmarse la resolución del Juez de Distrito pronunciada en el sentido de desechar la demanda.

Amparo civil. Revisión del auto que desechó la demanda 8936/40. “La Fraternidad” A. C. 12 de julio de 1941. Mayoría de tres votos. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

También es aplicable la siguiente tesis de la Segunda Sala:

PERJUICIO, BASE DEL AMPARO.⁶⁸

La fracción II del artículo 107 constitucional, dispone: “en los juicios civiles ordinarios, salvo los casos de la regla IX, el amparo, sólo procederá contra la sentencia definitiva respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario, por virtud del cual puedan ser modificadas o reformadas, siempre que la violación de la ley se cometa en ellas, o que, cometida durante la secuela del procedimiento, se haya reclamado oportunamente y protestado contra ella, por negarse su reparación, y que cuando se haya cometido en primera instancia, se haya alegado en la segunda por vía de agravio”. La fracción IX del mismo precepto, declara procedente el amparo contra “actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación”. Esta Suprema Corte ha interpretado esta última disposición, diciendo que los actos a que se refiere, son aquellas resoluciones que puedan lesionar de una manera real y efectiva los derechos, los bienes o la persona del quejoso, de manera que cuando no causan un menoscabo material en las personas y en su patrimonio, sólo pueden reclamarse en los términos de la fracción II, transcrita, esto es, cuando se pronuncia la sentencia definitiva.

Amparo civil en revisión 2285/38. Fernández del Río Antonio. 19 de noviembre de 1941. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfonso Francisco Ramírez. Relator: Gabino Fraga.

Sin embargo, la propia Tercera Sala de la Corte emitió otras tesis modificando el criterio, en el sentido de que no es necesario para la procedencia del amparo por violación

⁶⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 353425, 1 de 0, Tercera Sala, Tomo LXIX, p. 515, Tesis Aislada (Común).

⁶⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 327698, 1 de 0, Segunda Sala, Tomo LXX, p. 3091, Tesis Aislada (Común).

irreparable que se tenga que materializar esa infracción procesal, pues a diferencia de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, la fracción IX, hoy III inciso b) del artículo 107 constitucional no exige que la violación irreparable se dé sobre las personas o las cosas, esto es que se materialice, por lo que a diferencia de lo que se dijo antes debe prevalecer el texto constitucional sobre el texto legal, por lo que no es necesario que la violación irreparable se ejecute.

Al respecto son aplicables las siguientes tesis:

ACTOS EJECUTADOS DENTRO DEL JUICIO, DE IMPOSIBLE REPARACIÓN.
PERITO NOMBRADO POR EL QUEJOSO, SUSTITUCIÓN DEL.⁶⁹

El auto que revoca el nombramiento de perito hecho por el quejoso, en el juicio seguido en su contra por alimentos provisionales y designa a otra persona en sustitución de dicho perito, constituye un acto de ejecución irreparable, contra el cual es procedente el amparo indirecto, ya que ninguna resolución ulterior de la autoridad responsable, podría dejar sin efecto dicho auto, sin que sea de aplicarse en el caso, la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, pues ya la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha resuelto que esta disposición está en pugna con la fracción IX del artículo 107 constitucional; que no exige ejecución material sobre las personas o cosas, para la procedencia del amparo indirecto, sino solamente que el acto sea jurídicamente irreparable dentro del procedimiento común.

Amparo civil. Revisión del auto que desechó la demanda 7758/44. Lozano Juan. 27 de octubre de 1944. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Emilio Pardo Aspe no intervino en este asunto por las razones que se constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente.

ACTOS EN EL JUICIO, PROCEDENCIA DEL AMPARO, CONTRA LOS.⁷⁰

La jurisprudencia se fijó durante mucho tiempo, en el sentido de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo con desconocimiento y aun a pesar del texto constitucional; y en las doctrinas que se ocupan de este punto, se observan dos corrientes: la que sostiene que debe aplicarse el texto constitucional, preferentemente, en la que, busca restringir el amparo, se atiene exclusivamente a la ley, aun reconociendo que se viola la Constitución. Esta última actitud es insostenible: cuando la Constitución habla de actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, se refiere a una reparación en la sentencia que pone término al juicio; en otros términos: todo lo que sea reparable en la sentencia, no es susceptible de amparo ante los jueces de distrito: todo lo que no pueda repararse en la sentencia, es susceptible de amparo. La Constitución se refiere a una especie de actos que, en el curso del juicio, se consideran consumados, porque de ellos ya no puede volver a ocuparse la sentencia definitiva como: una excepción dilatoria de incompetencia, o de personalidad, o cuando como excepción se ataca la vía empleada por el actor, la litis

⁶⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 349775, 1 de 0, Tercera Sala, Tomo LXXXII, p. 2283, Tesis Aislada (Civil).

⁷⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 347163, 1 de 0, Primera Sala, Tomo XCI, p. 1012, Tesis (Civil).

pendencia, la nulidad de actuaciones, etcétera, actos de los que no puede ocuparse la sentencia y, por lo mismo, irreparables, susceptibles de amparo ante un Juez de Distrito.

Queja en amparo civil 29/47. Madrazo Carlos A. 3 de febrero de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

ACTOS EJECUTADOS DENTRO DEL JUICIO Y DE IMPOSIBLE REPARACIÓN.⁷¹

La actual Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido que la fracción IX del artículo 107 del Pacto Federal, señala como uno de tantos casos de procedencia del amparo, aquél en que los actos que se reclaman, tienen lugar dentro de juicio y la ejecución de ellos es de imposible reparación, sin estimar indispensable, como lo había venido haciendo la anterior Tercera Sala de este Alto Tribunal, que dichos actos tengan ejecución material en las personas o en las cosas, pues es suficiente que su ejecución sea irreparable, para que el amparo proceda.

Amparo civil en revisión 2405/41. Cordero Zenón R. 24 de octubre de 1941. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Nicéforo Guerrero. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Un tercer criterio es el de la Primera Sala de la Corte al resolver la queja en el amparo civil 187/48 en el que se señala:

ACTOS EN EL JUICIO CONTRA LOS QUE PROCEDE EL AMPARO.⁷²

Aunque es verdad, que conforme al artículo 159 de la Ley de Amparo en los juicios civiles se considerarán violadas las leyes del procedimiento y privado de defensa al quejoso, cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad; y aunque es verdad también que conforme al artículo 161, las violaciones a las leyes del procedimiento a que se refieren los dos artículos anteriores, sólo podrán reclamarse en la vía de amparo, al interponerse la demanda contra la sentencia definitiva, sin embargo debe tenerse presente que conforme a la fracción IX de artículo 107 constitucional, procede el juicio de amparo cuando se trata de actos dictados en juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación en la sentencia definitiva, y no cabe duda de que en el caso en que la parte demandada reclamara ilegal recepción de una prueba que los actores rindieron, naturalmente en apoyo de sus pretensiones y contraria a los intereses de dicha demanda, tal acto de ser reclamado en la vía de amparo por ésta, no puede ser reparado en la sentencia definitiva, pues que, no analizados los vicios que se cometieron al practicarse esa diligencia, la prueba subsistiría y tendría que ser tomada en cuenta por el juzgador, sin reparación posible para los intereses afectados de la parte demandada. La jurisprudencia se fijó durante mucho tiempo en el sentido de la fracción IV del artículo 114 de la ley, con desconocimiento y aun a pesar del texto constitucional, y en las doctrinas que se ocupan de este punto, se observan dos corrientes: la que sostiene que debe aplicarse el texto constitucional preferentemente, y la que buscando restringir el amparo, se atiene exclusivamente a la ley, aun reconociendo que

⁷¹ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 353151, 1 de 0, Tercera Sala, Tomo LXX, p. 1500, Tesis Aislada (Común).

⁷² *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, 345269, 1 de 0, Primera Sala, Tomo XCVIII, p. 376, Tesis Aislada (Común, Civil).

se viola la Constitución. Esta última actitud es insostenible: Cuando la Constitución se refiere a los actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, entiende una reparación en la sentencia que pone término al juicio; en otros términos: todo lo que sea reparable en la sentencia, no es susceptible de amparo ante Jueces de Distrito: todo lo que no puede repararse en la sentencia, es susceptible de este amparo. La Constitución se refiere a una especie de actos que en el curso del juicio se consideran consumados, porque ellos ya no pueden volverse a ocupar la sentencia definitiva, como: una excepción dilatoria de incompetencia, o de personalidad, o cuando como excepción se ataca la vía empleada por el actor, la litispendencia, la nulidad de actuaciones, etcétera, actos de los que no puede ocuparse la sentencia y por lo mismo, irreparables susceptibles de amparo ante el Juez de Distrito, pero cuya naturaleza se altera cuando se les señala como causas de amparo directo, que debe prepararse y proponerse como cuando se trata de sentencias definitivas; con lo cual queda prácticamente derogada la fracción IX del artículo 107 constitucional y sólo subsiste el amparo directo; cosa que no ha sido el propósito del Constituyente; y, un amparo que sería simple y fácil resolución, se somete a los conceptos más complicados del directo. La cuestión es sencilla de resolverse, si se acepta invariablemente el principio de que la Constitución es la Suprema Ley que debe aplicarse de preferencia a cualquier otra, sin incurrir en la práctica inversa de aplicar primero la ley en el supuesto de que ésta interpreta la Constitución. El texto del artículo 107 es suficientemente claro y deriva de los antecedentes de nuestras prácticas jurídicas y del derecho procesal que ha regido en México. Los actos en el juicio cuya ejecución es de imposible reparación, los ha definido nuestro derecho común, como los que proviene de una resolución judicial que tiene fuerza definitiva o que causa gravamen irreparable; tienen fuerza definitiva aquellos autos o resoluciones que ya no pueden modificarse en la sentencia que pone término al juicio; y causan gravamen irreparable aquellos otros que tampoco pueden repararse en la sentencia firme.

Queja en amparo civil 187/48. Bustamante Luis Felipe. 14 de octubre de 1948. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

En este criterio se consideró que las violaciones irreparables son aquellas que tienen fuerza definitiva y señala que hay dos clases de actos que la tienen: a) las resoluciones procesales que al emitirse infringen una disposición adjetiva, que el juez no puede reparar al no ocuparse de ella en la sentencia, *v. gr.*: las interlocutorias que resuelven la falta de personalidad del representante legal de la demandada o confirman la competencia del Juez ante quien se sigue el procedimiento, el auto que desecha o admite una prueba, la calificación para desechar o admitir la pregunta a un testigo o la posición que se formula a una de las partes y b) los actos que tampoco pueden repararse en la sentencia definitiva.

El criterio de la Corte no resuelve el problema porque no es claro ni eficaz, pues en ambos casos lo que hace irreparable el acto es que, y valga la redundancia, sea irreparable, es decir, salvo el primer tipo de actos, en el segundo no explica por qué son irreparables.

Respecto a las tesis que la Corte elaboró durante la vigencia de la Ley de 1936, hasta 1988, sobre la procedencia del amparo por agravio irreparable, me parece que incurrió en varias confusiones.

- a) Es inexacto que en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo se hubiere modificado la hipótesis normativa prevista en la fracción IX, hoy III, inciso b) del artículo 107 constitucional, pues así como los derechos y obligaciones solo pueden recaer en las personas, por ser los únicos sujetos de derecho, la infracción a sus derechos naturales garantizados en la Constitución, sólo puede recaer en las personas, por lo que aunque en la fracción IX del artículo 107 constitucional no se hubiera indicado expresamente que la violación procesal debe recaer sobre una persona, sí lo dice implícitamente.

En consecuencia, en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo no se modificó la hipótesis constitucional para la procedencia del amparo por agravio irreparable. En todo caso la crítica que puede hacerse radica en que el vocablo cosas no hace referencia a las personas, a menos que sea utilizado en su acepción ontológica, pero si fuera así entonces en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de 1936 ya abrogada se convierte en un pleonasma, pues es como si se dijera que los actos en juicio tuvieran sobre las personas y las personas una ejecución de imposible reparación. Por otro lado, las cosas no son sujetos de derecho, por lo que a ellas no se les puede ocasionar agravio, a quien se le ocasiona es a su titular, que sólo puede ser una persona.

- b) Con independencia del argumento anteriormente expuesto, el hecho de que en la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo de 1936 se agreguen los vocablos persona y cosa, no da lugar a concluir que para que la violación sea irreparable debe haberse materializado en la realidad, pues que toda violación necesariamente recaiga sobre una persona, no significa que se haya materializado, es decir, ejecutado en el mundo fáctico, únicamente significa que se va a materializar o a ejecutar.

Al respecto cabe señalar que el amparo procede en contra de actos futuros de realización inminente, que son aquellos que se verifican formalmente al emitirse el acto pero que está pendiente su ejecución, que necesariamente se va a dar por ser la consecuencia jurídica necesaria del acto que se emitió formalmente, pues el acto emitido del que se deriva la ejecución es el acto principal y la ejecución de ese acto es accesorio de aquel.

Ante estas circunstancias, sigue pendiente descifrar qué resoluciones son irreparables y si se toma en cuenta que en términos de los artículos 49, 103 fracciones I a III y 107 fracción III inciso b) de la Constitución, los jueces son autoridades, en contra de sus actos que infrinjan los derechos naturales garantizados en la Constitución y ahora también en los tratados internacionales, procede el juicio de amparo, por ello, cuando en una resolución procesal, como el auto inicial, que admite o desecha una demanda o previene al actor para que haga una aclaración o la sentencia definitiva que ponga fin al juicio resolviendo o no el fondo de la litis, se contrarían esos derechos fundamentales, se quebrantan las garantías

individuales⁷³ y puede ser materia de ese juicio constitucional, en el que a través del incidente de suspensión se puede paralizar el juicio del que emana el acto reclamado, si su continuación da lugar a una violación irreparable.⁷⁴

Para no incurrir en excesos que produzcan el caos en la impartición de justicia, se necesita interpretar los artículos 103 fracciones I a III, 107 fracción III inciso b) de la Constitución y 114 fracción IV de la Ley de Amparo de 1936, sustituido por la fracción III del artículo 107 de la Ley de Amparo de 2013, de manera armónica con los artículos 1o. y 17 de la citada Constitución, conforme a los cuales los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución deben ser sostenidos y respetados por todas las autoridades, interpretándolos de la manera más favorable y progresiva a la persona, es decir, de la manera en que se otorgue mayor y mejor beneficio al gobernado.

Si bien es cierto que en el artículo 17 constitucional se previene que todo individuo tiene derecho a que los tribunales del estado le impartan justicia de manera pronta, también lo es que para lograrlo, no basta con no obstaculizar los procesos jurisdiccionales, sino que se necesita que se tramiten rápidamente; para lograrlo se requiere que las transgresiones procesales que se cometan en la secuela del juicio se impugnen a través del recurso ordinario que se interponga al cometerse esa afectación, pero de confirmarse o no existir recurso en su contra, entonces la violación procesal debe refutarse al combatir a través del recurso de la sentencia definitiva que sea contraria a los intereses de la parte, siempre que trascienda a su resultado. Sin embargo, existen infracciones procesales de carácter irreparable que deben atacarse a través de un recurso ordinario con efectos suspensivos, para que si la irreparabilidad no se consumó absoluta e irremediadamente, pueda repararse hacia el futuro en el caso de que el recurso sea favorable, aunque quede irremediadamente consumada por el tiempo que duró la ejecución de esa violación irreparable. Si no existe recurso en contra del agravio irreparable, o el interpuesto no lo revoca, entonces debe proceder el amparo indirecto ante el juez de Distrito, sin que tenga que esperarse a que se dicte la sentencia definitiva porque lo que se diga en ella no influye en los efectos que pueden producirse o se hayan producido por la transgresión irreparable, teniendo como

⁷³ El concepto “garantías individuales” sigue vigente, pues de acuerdo al mensaje dado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente el 11 de diciembre de 1917, (véase párrafos 11, 12, 19 y 20) publicado en el *Diario de Debates*, los derechos naturales del hombre son anteriores al Estado y a este sólo le queda reconocerlos y protegerlos, por lo que las garantías “otorgadas”, en la poco feliz redacción original del artículo 1o. de la Constitución, no significa que el Estado mexicano otorgue graciosamente derechos a sus gobernado, sino que como los derechos naturales de estos son anteriores al Estado mexicano, a este no le queda más que reconocerlos en el texto constitucional, garantizando así su supremacía y preferente aplicación sobre cualquier otra norma. Por ello el poder revisor de la Constitución, en la reforma que hizo en el año de 2011, prescribe en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional que las personas gozarán los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte y de las garantías que los protegen. Es decir en el nuevo texto constitucional del artículo 1o, se siguen garantizando los derechos fundamentales a través de las garantías que los protegen, que como dije son su reconocimiento en la Constitución y en los tratados, mostrándolos así como norma suprema, es decir, superiores y preferentes a cualquier otra norma que los contravenga.

⁷⁴ Véase artículo 79 de la Ley de Amparo de 1936 y artículo 76 de la Ley de Amparo de 2013.

consecuencia que aunque el amparo sea improcedente sobre la parte de la afectación irreparable que ya se consumó, será procedente y podrá ser fundado sobre la parte de la infracción irreparable que no se ha consumado para que no surta efectos.

Consecuentemente no puede sostenerse la procedencia del amparo indirecto en contra de cualquier violación procesal, pues podría ocasionar el caos y la paralización de algunos juicios, por ello, para que la impartición de justicia sea efectiva sólo deben combatirse a través del amparo indirecto cierto tipo de violaciones.

Se sabe que hay dos tipos de infracciones que el juez puede cometer durante la tramitación del juicio, por lo que la cuestión es diferenciar a una violación de la otra y lo que las distingue es la reparabilidad o irreparabilidad del derecho afectado. Ahora bien, los derechos que pueden afectarse son los adjetivos y los sustantivos. Los primeros, son aquéllos que se establecen en las normas procesales en favor de las partes, para lograr el mejor desarrollo de contienda judicial, *v. gr.*: el derecho que se tiene a que se admitan las pruebas, los recursos, los incidentes, etc. Los segundos, son los derechos garantizados en la Constitución en favor del gobernado, *v. gr.*, los derechos a la vida, la propiedad, la educación, la privacidad, la libertad, etc.

La infracción a un derecho adjetivo vulnera una norma relativa al mejor desarrollo de la contienda judicial, por lo que no necesariamente se va a violar un derecho sustantivo y por ello se necesita esperar a que se dicte la sentencia para saber si la transgresión de la norma procesal afectó un derecho sustantivo, si no lo hizo el agravio fue reparable porque se remedió en la sentencia, *v. g.*: el desechamiento de una prueba que no perjudicó a la parte que se le rechazó porque la sentencia le fue favorable, y por lo tanto no se le afectaron sus derechos sustantivos.

Cuando la violación a un derecho adjetivo trasciende a un derecho sustantivo, la afectación es inmediata, pues el litigante desde que se cometió la transgresión quedó afectado en su derecho sustantivo, *v. gr.*: la afectación que produce a la parte perjudicada el acuerdo del juez para embargar precautoriamente los bienes de una parte en el juicio, pues aunque en la sentencia se absuelva a esa parte de la prestación demandada, la sentencia no lo restituye en su derecho por todo el tiempo que fue afectado con el embargo, por lo que el agravio que se causó fue de carácter irreparable.

En este orden de ideas, mientras que las violaciones procesales reparables están sujetas a la condición suspensiva de que puedan repararse al final del juicio y que por lo mismo no afectan ninguno de los derechos sustantivos garantizados en la Constitución, las violaciones procesales irreparables son aquellas que con independencia del resultado final del juicio no están sujetas a condición alguna, por lo que afectan de manera inmediata e irreparable alguno de los derechos sustantivos garantizados constitucionalmente, porque no puede restituirse al peticionario de garantía, cuando menos parcialmente, en el estado en que se encontraba antes de cometerse el agravio procesal irreparable.

Debe aclararse que si la violación procesal irreparable se consuma de manera total y absoluta, ya no podrá restituirse al gobernado en el derecho violado, lo que da lugar a que el juicio de amparo sea improcedente. En cambio si la violación procesal irreparable es parcial porque no se ha consumado de manera absoluta, entonces la sentencia que se dicte en el amparo será parcialmente de sobreseimiento, respecto de la parte del derecho sustantivo que no puede restaurarse, mientras que el amparo deberá concederse respecto de la violación procesal irreparable que no se ha acabado de consumir, por ejemplo si con motivo de un juicio ejecutivo mercantil al demandado se le embargan bienes para garantizar el pago del posible adeudo que se le reclama, el demandado propietario no podrá disponer de los bienes secuestrados durante todo el tiempo que dure la medida cautelar, lo que significa que por el tiempo que duró el embargo que afectó el derecho de propiedad, la afectación ya no es reparable, pues no es posible regresar el tiempo para que goce del derecho que le fue interrumpido, pero la concesión del amparo le sirve para que a partir de ese momento se le restituya en el disfrute pleno del derecho de propiedad.

En consecuencia, los agravios irreparables son a los que acertadamente se refiere el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en sus tesis de jurisprudencia I.4o.C.1 y la I.4.C.2 emitidas en el año de 1988, en las que con motivo de la reforma constitucional y legal en materia de amparo, los Tribunales Colegiados de Circuito quedaron facultados para suspender la jurisprudencia de la Corte y emitir una nueva, por lo que aprovechando esta coyuntura ese tribunal hizo una nueva interpretación de los artículos 107, fracción III, inciso b) de la Constitución y 114, fracción IV de la Ley de Amparo, llegando a la conclusión de que la violación irreparable es la susceptible de producir durante la tramitación del juicio una afectación inmediata en los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, pues sus efectos no se destruyen con la obtención de una sentencia favorable. Por ello, cuando durante la secuela del procedimiento el juez emite un acto que afecta el derecho sustantivo de una de las partes, previo agotamiento del recurso ordinario de carácter suspensivo procede que la violación irreparable se impugne a través de amparo indirecto, sin necesidad de que se materialice esa afectación, porque en el texto constitucional no se exige ese requisito.

El acierto de estas tesis de jurisprudencia se debe a que resolvió el problema de la violación procesal irreparable a partir de la naturaleza de esa infracción, es decir, si podía o no repararse.

A continuación, se transcriben las tesis:

EJECUCIÓN IRREPARABLE, ACTOS DE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN IV, DE LA LEY DE AMPARO).⁷⁵

Anteriormente al quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho, en que entraron en vigor las últimas reformas al artículo 107 constitucional y a la Ley de Amparo, por actos de

⁷⁵ Tesis I4 C.1: *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 231983, 50 de 52, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo I, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1988, p. 829, Jurisprudencia (Civil).

imposible reparación para determinar la procedencia del juicio de amparo judicial indirecto, se debía considerar aquéllos que tuvieran una ejecución de carácter material sobre las personas en sus derechos personales, reales o del estado civil, cuyos efectos ya no se pudieran reparar en el curso del juicio de que dimanen tales actos procesales, aunque se obtuviera una sentencia definitiva favorable, entre los que podríamos citar, el embargo trabado en bienes del quejoso, la imposición de multas, el decreto de alimentos provisionales o definitivos, así como aquellos que tuvieran por efecto impedir el dictado de la sentencia definitiva que decida las pretensiones de las partes en última instancia, como sería el desechamiento de la demanda, la declaración de caducidad de la instancia, el acuerdo que tiene por desistido al actor de la acción o la instancia, el que declara desierto el recurso de apelación contra la sentencia que decidió el negocio en primera instancia, etcétera, esto, en razón de los daños o perjuicios que pueden resentir los particulares con esa clase de actos, ya que no se les puede resarcir en ninguna actuación posterior dentro del juicio de que se trata, pues la privación de derechos a usar los bienes embargados, que prevalece durante el tiempo que dura el secuestro, ya no se puede reparar posteriormente; el menoscabo sufrido y los perjuicios resentidos al hacerse efectiva la multa tampoco son restituibles en el procedimiento, y los alimentos pagados tienen las mismas consecuencias; los efectos de la caducidad de la instancia, del acuerdo que tiene por desistido al actor, del que declara desierto el recurso aludido, llevan a la imposibilidad jurídica de que pueda dictarse sentencia definitiva en el juicio, con lo que impiden que las violaciones cometidas en tales procedimientos, sean reparadas material o jurídicamente con una sentencia favorable al afectado con las violaciones procesales. En el sistema constitucional y legal vigente subsiste dicha situación, excepto respecto de los actos procesales que ponen fin al juicio, que son actos reclamables en el juicio de amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1468/87. Rebeca Rivera Valadez viuda de Mitre, albacea de la sucesión de Manuel Mitre Mitre. 28 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Amparo en revisión 99/88. Salvador Álvarez Navarro. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Amparo en revisión 184/88. Octavio Novaro Peñaloza y coagraviada. 3 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo en revisión 209/88. Elisur Arteaga Nava. 10 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo en revisión 304/88. Lisette Merino de Itubarry. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Véanse:

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 56, agosto de 1992, página 11, tesis por contradicción P./J. 24/92, con el rubro: EJECUCIÓN

IRREPARABLE. SE PRESENTA, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CONTRA ACTOS DENTRO DEL JUICIO, CUANDO ESTOS AFECTAN DE MODO DIRECTO E INMEDIATO DERECHOS SUSTANTIVOS.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Núm. 22-24, Octubre-Diciembre de 1989, página 57, tesis por contradicción 3a. 41., con el rubro AMPARO DIRECTO. CUANDO PROCEDE RESPECTO DE VIOLACIONES PROCEDIMENTALES.

Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, Tomo VI, Primera Parte, tesis 244, página 164 y Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1995, Tomo VI, Primera Parte, tesis 48, página 30.

EJECUCIÓN IRREPARABLE. ACTOS DE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN III, INCISO B, CONSTITUCIONAL).⁷⁶

En la legislación constitucional y secundaria que rige actualmente la procedencia del juicio de amparo contra actos de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, la correcta interpretación del artículo 107, fracción III, inciso b), de la Carta Magna, conduce a determinar que los actos procesales tienen una ejecución de imposible reparación, si sus consecuencias son susceptibles de afectar inmediatamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre o del gobernado, que tutela la Constitución por medio de las garantías individuales, como la vida, la integridad personal, la libertad en sus diversas manifestaciones, la propiedad, etc., porque esta afectación o sus efectos, no se destruyen fácticamente con el sólo hecho de que quien la sufre obtenga una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio. Los actos de ejecución reparable no tocan por sí tales valores, sino que producen la posibilidad de que ello pueda ocurrir al resolverse la controversia, en la medida en que influyan para que el fallo sea adverso a los intereses del agraviado. El prototipo de los primeros está en la infracción de los derechos sustantivos, en razón de que éstos constituyen especies de los que la Ley Fundamental preserva al gobernado como géneros. El supuesto de los segundos, se actualiza esencialmente respecto de los denominados derechos adjetivos o procesales, que sólo producen efectos de carácter formal o intraprocesal, e inciden en las posiciones que van tomando las partes dentro del procedimiento, con vista a obtener un fallo favorable, por lo que, cuando se logra este objetivo primordial, tales efectos o consecuencias se extinguen en la realidad de los hechos, sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado y sin dejar ninguna huella en su esfera jurídica. El diverso concepto de irreparabilidad que se ha llegado a sostener, que se hace consistir en la imposibilidad jurídica de que la violación procesal de que se trate pueda ser analizada nuevamente al dictar la sentencia definitiva, no se considera admisible, dado que contraría la sistemática legal del juicio de garantías, en cuanto que si se sigue al pie de la letra ese concepto, se llegaría a sostener que todos los actos de procedimiento son reclamables en el amparo indirecto, ya que los principios procesales de preclusión y firmeza de las resoluciones judiciales impiden que las actuaciones que causen estado puedan revisarse nuevamente en una actuación posterior, y esta apertura a la procedencia general del amparo indirecto judicial, pugna con el sistema constitucional que tiende a delimitarlo para

⁷⁶ Tesis: I4 C.2, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 231982, 49 de 52, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo I, Segunda Parte-2, Enero-Junio de 1988, p. 827, Jurisprudencia (Civil).

determinados momentos solamente; además de que la aceptación del criterio indicado, traería también como consecuencia que hasta las violaciones procesales que únicamente deben impugnarse en el amparo directo fueran reclamables en el indirecto a elección del agraviado, aunque no fueran susceptibles de afectar inmediatamente las garantías individuales, lo que evidentemente no es acorde con la sistemática del juicio constitucional; y por último, desviaría la tutela del amparo hacia elementos diferentes de los que constituyen su cometido, contrariando sus fines y su naturaleza, al ensanchar indebidamente su extensión. A guisa de ejemplos de los actos procesales que tienen una ejecución de imposible reparación, vale la pena citar el embargo, la imposición de multas, el decreto de alimentos provisionales o definitivos, el arresto, el auto que ordenará la interceptación de la correspondencia de una de las partes en las oficinas de correos, el que conminará a una parte para que forzosamente desempeñe un trabajo, el arraigo, etc., pues en los primeros tres casos se pueden afectar las propiedades y posesiones, en el cuarto la libertad personal, en el quinto el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, en el sexto la libertad de trabajo, y en el séptimo la de tránsito; y ninguna de estas afectaciones se podría reparar en una actuación posterior en el juicio, ya que, verbigracia, en el caso del embargo, el derecho al goce, uso y disfrute de los bienes secuestrados, de que se priva por el tiempo que se prolongue la medida, no se restituye mediante el dictado de una sentencia definitiva favorable, aunque se cancele el secuestro y se devuelvan los bienes; el goce y disponibilidad del numerario pagado por concepto de multa no se puede restituir en el procedimiento; la libertad personal tampoco; la correspondencia interceptada ya no podrá volver a su secreto, etc., y en todos estos supuestos, la posible violación de garantías individuales subsistiría irremediabilmente en unos, y en otros se haría cesar hacia el futuro únicamente hasta que se emitiera la sentencia definitiva.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 304/88. Lisette Merino de Itubarry. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo en revisión 429/88. Guillermo Amado Molina Gómez. 28 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Marcela Hernández Ruiz.

Amparo en revisión 439/88. María Concepción T. de Muñoz. 4 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo en revisión 529/88. Foreign Credit Insurance Association. 12 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Ricardo Romero Vázquez.

Amparo en revisión 539/88. Óscar J. Osorio Pérez. 19 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: J. Refugio Ortega Marín.

Véase: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 29, Mayo de 1990, página 45, tesis por contradicción 3a. 58, con el rubro “PRUEBAS. SU ADMISIÓN, COMO REGLA GENERAL, CONSTITUYE VIOLACIÓN PROCESAL RECLAMABLE EN AMPARO DIRECTO.”

Al poco tiempo de que se publicaron las tesis de jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se dio una contradicción con la tesis de otro tribunal que fue remitida para su resolución a la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien en la tesis de contradicción dice:

EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN. ALCANCES DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN III, INCISO B), CONSTITUCIONAL.⁷⁷

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos procede el amparo indirecto “Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación...”. El alcance de tal disposición obliga a precisar que los actos procesales tienen una ejecución de imposible reparación, si sus consecuencias son susceptibles de afectar directamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre o del gobernado que tutela la Constitución por medio de las garantías individuales, porque la afectación o sus efectos no se destruyen con el sólo hecho de que quien la sufre obtenga una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio. Por el contrario no existe ejecución irreparable si las consecuencias de la posible violación se extinguen en la realidad, sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado y sin dejar huella en su esfera jurídica, porque tal violación es susceptible de ser reparada en amparo directo.

Contradicción de tesis 3/89. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Segundo Tribunal Colegiado de la misma materia y circuito. 13 de noviembre de 1989. Cinco votos. Ponente: Jorge Carpizo Mac Gregor. Secretario: José Juan Trejo Orduña.

Texto de la tesis aprobado por la Tercera Sala en sesión de veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve. Unanimidad de cuatro votos de los señores ministros: Presidente decano Mariano Azuela Güitrón, Jorge Carpizo Mac Gregor, Salvador Rocha Díaz e Ignacio Magaña Cárdenas.

Como se observa, en la tesis por contradicción, se confirmó que era acertado el criterio jurisprudencial del Cuarto Tribunal Colegiado, el que también se reiteró en la tesis de jurisprudencia del Tribunal Pleno número P./J. 37/92 que dice:

CUSTODIA DE MENORES. LA MEDIDA PROVISIONAL RELATIVA, ES ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, RECLAMABLE EN AMPARO INDIRECTO.⁷⁸

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107, fracción III, inciso b), constitucional, y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, procede el amparo indirecto ante Juez de Distrito cuando los actos, en el juicio, tienen una ejecución de imposible reparación al afectar de manera cierta e inmediata algún derecho sustantivo protegido por las garantías individuales, de modo tal que esa afectación no sea susceptible de repararse con el hecho de

⁷⁷ Tesis: 3a. 43, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 207343, 10 de 16, Tomo IV, Primera Parte, Julio-Diciembre de 1989, p. 291, Jurisprudencia (Común).

⁷⁸ Tesis: P./J. 37/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 205600, 2 de 16, Pleno, Núm. 59, Noviembre de 1992, p.11, Jurisprudencia (Civil).

obtener una sentencia favorable en el juicio, por haberse consumado irreparablemente la violación en el disfrute de la garantía individual de que se trate. Por tanto, no pueden ser considerados como actos reparables aquéllos que tengan como consecuencia una afectación sustantiva, pues los efectos de ese tipo de violaciones no son de carácter formal que pudieran ser reparables si el afectado obtuviera una sentencia favorable, al no surtir ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 159 de la Ley de Amparo. De acuerdo con los criterios anteriores, si se reclama la medida provisional relativa a custodia de menores en un juicio de divorcio, debe establecerse que procede el amparo indirecto puesto que se trata de un acto dentro del juicio de ejecución irreparable, en tanto que se afectan de modo inmediato derechos sustantivos, a saber los derivados de la patria potestad, ya que, por una parte, se priva al progenitor de la custodia de sus hijos menores, con la consecuencia de no tener el goce y disfrute de ellos y, por otra, se deja a éstos ante una situación en que se ven afectados en su seguridad, además, aun suponiendo que la sentencia que pusiera fin al juicio, fuera favorable al progenitor al que se le hubiera privado de la custodia de sus hijos y lo restituyera en su goce, de ningún modo podría restituirle la privación de que fue objeto por el tiempo en que estuvo en vigor la medida provisional, ni tampoco a los hijos se les podría restituir la seguridad de que fueron privados en el lapso correspondiente a esa medida.

Contradicción de tesis 5/91. Entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Tercer Circuito, al resolver los amparos en revisión números 280/88 y 183/88, respectivamente. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Manuel Armando Juárez Morales.

El Tribunal Pleno en su Sesión Privada celebrada el martes veinte de octubre en curso, por unanimidad de diecisiete votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número 37/1992, la tesis de jurisprudencia que antecede. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas, Victoria Adato Green y Samuel Alba Leyva. México, D.F. a 21 de octubre de 1992.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil, Primera Parte, tesis 195, página 133.

En la novena época, el Tribunal Pleno emitió la tesis de jurisprudencia por contradicción P./J.4/2001, en la que se indica:

PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN PREVIAMENTE AL FONDO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO.⁷⁹

Reflexiones sobre el tema relativo a la procedencia del amparo en contra de la resolución sobre la personalidad, condujeron a este Tribunal Pleno a interrumpir parcialmente el

⁷⁹ Tesis: P./J. 4/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 190368, 27 de 40, Tomo XIII, Enero de 2001, p.11, Jurisprudencia (Común).

criterio contenido en la tesis jurisprudencial número P./J. 6/91, publicada en las páginas 5 y 6, del Tomo VIII, de la Octava Época del *Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente al mes de agosto de 1991, cuyo rubro es: “PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SIN ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, DEBIENDO RECLAMARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO SE IMPUGNE LA SENTENCIA DEFINITIVA.”, para establecer que si bien es cierto, en términos generales, la distinción entre actos dentro del juicio que afecten de manera cierta e inmediata algún derecho sustantivo protegido por las garantías individuales, y aquellos que sólo afecten derechos adjetivos o procesales, lo que es un criterio útil para discernir que en el primer supuesto se trata de actos impugnables en amparo indirecto en virtud de que su ejecución es de imposible reparación, mientras que en la segunda hipótesis, por no tener esos actos tales características, deben reservarse para ser reclamados junto con la resolución definitiva en amparo directo, también lo es que dicho criterio no puede válidamente subsistir como único y absoluto, sino que es necesario admitir, de manera excepcional, que también procede el juicio de amparo indirecto tratándose de algunas violaciones formales, adjetivas o procesales, entre las que se encuentra precisamente el caso de la falta de personalidad. Para así estimarlo, debe decirse que las violaciones procesales son impugnables, ordinariamente, en amparo directo, cuando se reclama la sentencia definitiva, pero pueden ser combatidas en amparo indirecto, de modo excepcional, cuando afectan a las partes en grado predominante o superior. Esta afectación exorbitante debe determinarse objetivamente, tomando en cuenta la institución procesal que está en juego, la extrema gravedad de los efectos de la violación y su trascendencia específica, así como los alcances vinculatorios de la sentencia que llegara a conceder el amparo, circunstancias todas estas cuya concurrencia en el caso de la personalidad le imprimen a las decisiones que la reconocen o rechazan un grado extraordinario de afectación que obliga a considerar que deben ser sujetas de inmediato al análisis constitucional, sin necesidad de esperar a que se dicte la sentencia definitiva, aunque por ser una cuestión formal no se traduzca en la afectación directa e inmediata de un derecho sustantivo. Esto es así, tomando en consideración que dicha cuestión es un presupuesto procesal sin el cual no queda debidamente integrada la litis, además de que, la resolución sobre personalidad no solamente es declarativa o de simple reconocimiento o desconocimiento del carácter con que comparece una de las partes, sino que también es constitutiva. Ahora bien, debe precisarse que la procedencia del juicio de amparo indirecto contra las resoluciones que deciden sobre una excepción de falta de personalidad en el actor (y que le reconocen esa calidad), sólo es una excepción a la regla general de que procede aquél cuando los actos tienen una ejecución de imposible reparación, cuando se afectan derechos sustantivos. De lo anterior se infiere que la resolución sobre personalidad, cuando dirime esta cuestión antes de dictada la sentencia definitiva, causa a una de las partes un perjuicio inmediato y directo de imposible reparación que debe ser enmendado desde luego mediante el juicio de amparo indirecto, hecha excepción del caso en que la autoridad responsable declare que quien comparece por la parte actora carece de personalidad, porque entonces la resolución pone fin al juicio y debe combatirse en amparo directo.

Contradicción de tesis 50/98-PL. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Octavo Tribunal Colegiado de la misma materia y

circuito. 7 de diciembre de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de enero en curso, aprobó, con el número 4/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de enero de dos mil uno.

Nota: Por ejecutoria del dieciocho de marzo de dos mil catorce, el Pleno en Materia Civil del Primer Circuito declaró improcedente la solicitud de sustitución de jurisprudencia 1/2013 derivada de la solicitud de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

En esta tesis se matizó el criterio anterior, pues consideró que hay otro tipo de violaciones procesales que por el grado predominante o superior con que afectan al gobernado deben considerarse como si fueran irreparables, para que en contra de ellas también proceda el amparo indirecto y no se produzca un daño mayor al gobernado.

Aparentemente estas violaciones en grado predominante o superiores sólo afectan derechos adjetivos que no pueden repararse en la sentencia definitiva porque el tribunal no se ocupará de ellas; sin embargo, en la realidad sí podrían ser reparadas, piénsese en las resoluciones interlocutorias que confirman la competencia del juez que resolverá el juicio, la falta de personalidad del representante legal del demandado que contestó la demanda, puntos que por no referirse a la litis planteada no serán estudiados por el juez al dictar sentencia, pero si en ella se absuelve al demandado de las prestaciones reclamadas, aunque el juez no se vuelva a ocupar de las cuestiones de competencia o personalidad, puede reparar la violación procesal que se cometió al considerarse competente para resolver el juicio y al considerar que el representante del demandado no tenía personalidad correcta, por lo que la infracción no fue irreparable.

A pesar de ello, lo cierto es que uno de los derechos sustantivos reconocidos y garantizados en la Constitución es el derecho a una justicia pronta y el hecho de que se siga un juicio ante un juez incompetente o se declare ilegalmente la falta de personalidad del representante legal del demandado, da lugar a que el juicio se inicie y se siga ante el juez incompetente aunque en la segunda instancia del juicio o en la sentencia de amparo directo se revoque la resolución para que el juicio se siga ante el juez competente o se revoque la ilegal resolución que decretó la falta de personalidad, pues ello daría lugar, en el primer caso, a que el juicio se repusiera, tramitara y resolviera ante el juez competente y en el segundo caso a que se repusiera todo lo actuado a partir de que con motivo de la falta de personalidad del representante legal de la demandada se tuvo por no contestada la demanda, lo que implica que debe reponerse el juicio prácticamente desde su inicio. En ambas situaciones se causa un grave retraso en la impartición de justicia en contra de lo ordenado en el artículo 17 constitucional, por lo que ante este tipo de violaciones predominantes que versan sobre presupuestos procesales, se estima correcto que también proceda el amparo indirecto por violación irreparable, pues finalmente lo cierto es que la violación al derecho sustantivo a una impartición rápida de justicia, aunque sea indirecta, no se puede reparar,

pues la reposición del procedimiento en cualquiera de los casos mencionados da lugar al retraso en la impartición de justicia y el tiempo que ya se perdió es irreparable.

5.1.3. Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución del 1 de abril de 2013, publicada el día 2 siguiente

Con motivo de la expedición de la nueva Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial* del 2 de abril de 2013, que conforme a su artículo 1o. transitorio entró en vigor el día 3 siguiente, erróneamente y en contra de la jurisprudencia que la Tercera Sala emitió en la Quinta Época, al definir en el artículo 107, fracción V qué debe entenderse por derechos sustantivos para la procedencia del amparo indirecto, prescribió: “*contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afectan materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte*”.⁸⁰

Si bien es cierto que en este precepto se define que la violación irreparable se da cuando se afectan de manera directa los derechos sustantivos tutelados en la Constitución, lo cierto es que añade que esa afectación debe ser material, lo que significa de acuerdo a los propios criterios que la Corte tuvo en la Quinta Época, que no basta que la autoridad emita formalmente el acto de afectación de los derechos sustantivos, sino que además es necesario que ese acto se materialice en la realidad entendiendo por ello la ejecución del acto.

Al respecto, debo indicar que si durante la secuela de un proceso jurisdiccional el juez emite un acuerdo que ordena la afectación de un derecho sustantivo, su sola expedición implica un grado de materialización o ejecución, al exteriorizar la voluntad judicial de afectar un derecho sustantivo, cuya consecuencia necesaria es producir la alteración a ese derecho, es decir, se está ante la presencia de un acto principal, que consiste en la orden de afectar un derecho sustantivo que se materializa al expedirse la orden y de un acto accesorio de realización futura e inminente que es el cumplimiento de esa orden, consecuencia necesaria de ella, v. gr.: el auto que admite un juicio ejecutivo y ordena requerir al demandado el pago de un crédito, apercibiéndolo que de no pagar se le embargarán bienes que garanticen el pago del adeudo demandado, acto principal y en cumplimiento de esa orden el actuario requiere al deudor el pago del crédito y ante su negativa, traba embargo en bienes suficientes para garantizar el adeudo, acto accesorio.

En este orden de ideas, si en la Constitución se prescribe la procedencia del de amparo contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación y en la fracción V del artículo 107 de la nueva Ley de Amparo se dispone la procedencia del amparo indirecto por violación irreparable, debe entenderse que el amparo por agravio irreparable procede desde que se dicta la orden de un acto que debe ejecutarse, lo que, como se dijo, implica un grado de materialización al exteriorizar la voluntad judicial de afectar un derecho sustantivo, cuya

⁸⁰ Sisthemis, *op. cit.*, pie de página 64.

consecuencia necesaria es producir la alteración a ese derecho, aunque al momento de presentar el amparo todavía no se haya cumplido, pues su ejecución es un acto futuro de realización inminente, consecuencia necesaria del acto principal, la orden, como lo sería el acuerdo que admite una prueba cuyo desahogo revela información reservada de la parte contraria, la develación de un secreto profesional, intelectual o industrial, sin que sea necesario que se ejecute esa develación. Al respecto es aplicable la tesis de jurisprudencia 3ª49, que señala:

PRUEBA PERICIAL CONTABLE. LA INDEBIDA ADMISIÓN DE LA OFRECIDA POR LA CONTRAPARTE DEL QUEJOSO EN EL JUICIO NATURAL, ES UNA VIOLACIÓN PROCESAL CUYA NATURALEZA *SUI GENERIS* PRODUCE EFECTOS LEGALES Y MATERIALES QUE YA NO PUEDEN SER REPARADOS EN LA SENTENCIA DEFINITIVA Y, POR TANTO, RESULTA PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO EN SU CONTRA.⁸¹

En primer lugar debe reconocerse que la violación de procedimiento que se analiza no está expresamente contemplada dentro de ninguna de las diez fracciones contenidas en el artículo 159 de la Ley de Amparo. En segundo término, que tampoco es asimilable por analogía a ninguno de los supuestos normativos de tales fracciones, especialmente al que se refiere la fracción III, porque la naturaleza *sui generis* de la citada violación procesal no sólo entraña la simple admisión de las pruebas ofrecidas por la contraparte del quejoso, sino que se trata de la indebida admisión de probanzas pero que son ofrecidas a cargo del propio quejoso, como es la pericial contable, en la contabilidad de éste último y no del oferente. Por ello, no puede aceptarse el punto de vista relativo a que igual perjuicio recibe el agraviado cuando le son rechazadas sus pruebas, que cuando a su parte contraria le son admitidas las que propone en contra de lo dispuesto por la ley, en razón a que el concepto perjuicio y sobre todo el que sus efectos sean o no de imposible reparación, deben ser analizados en cada caso concreto, de aquí que en la hipótesis de que se trata se estime que no todas las consecuencias legales y materiales que produce el desahogo de este tipo de pruebas (permitir el acceso a la contabilidad del quejoso al perito del oferente y en su caso, al perito tercero) sean destruidas fácticamente con el solo hecho de que quien las sufra obtenga una sentencia favorable a sus pretensiones en el juicio. Por ello, se está en presencia de una violación procesal que sí tiene el alcance de afectar las garantías individuales del quejoso desde el momento de su realización y que, por tanto, requiere de que ese acto producido dentro del procedimiento judicial en caso de que se estime inconstitucional sea examinado a través del juicio de amparo indirecto. Cabe agregar que no es el hecho de que el juez natural ya no se haga cargo en la sentencia del proveído que indebidamente tuvo por admitida la prueba pericial contable de la parte contraria del quejoso, lo que le atribuye el carácter de irreparable a la violación, sino que lo es la serie de efectos que se producen por el simple desahogo de dicha prueba, los que ya no será posible reparar —material y normativamente hablando—, con independencia de que la sentencia que llegue a dictarse le sea desfavorable o no.

Contradicción de tesis 10/88. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 13 de

⁸¹ Tesis: 3a. 49, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 820084, 16 de 16, Tercera Sala, Núm. 25, Enero de 1990, p. 52, Jurisprudencia (Común).

noviembre de 1989. Mayoría de 3 votos contra 2. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Jaime Raúl Oropeza García.

Tesis de jurisprudencia aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal en sesión privada celebrada el veintinueve de enero de mil novecientos noventa. Unanimidad de cinco votos de los señores ministros: Presidente Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Mariano Azuela Güitrón, Jorge Carpizo Mac Gregor, Salvador Rocha Díaz e Ignacio Magaña Cárdenas.

Bajo esta hipótesis, la condición de materialidad a que está sujeta la acción constitucional de amparo indirecto es conforme a la Constitución, máxime que de no ser así y exigir la ejecución del acto para la procedencia del amparo, se incurriría en una irracionalidad jurídica, pues si para que se admita el amparo se requiere que se ejecute el acto que implica una violación irreparable, ello dejaría sin materia el juicio de garantías, pues al consumarse irreparablemente el acto, no habría posibilidad de cumplir el objeto del amparo, que es la restitución de los derechos del gobernado en el estado en que se encontraban antes de su violación, lo que daría lugar al sobreseimiento del juicio, en términos del artículo 61 de la Ley de Amparo vigente, haciendo ineficaz al juicio de amparo en contra de los actos que en juicio causen una ejecución irreparable, en contravención a los artículos 17 de la Constitución y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por el contrario, si por la materialización del acto se entiende la ejecución total del mismo, entonces es un requisito inconstitucional porque en la Constitución no se condiciona la procedencia del amparo a que se materialice el agravio irreparable, por lo que en términos de lo prescrito en los artículos 1o., 14, 16 y 133 de la Constitución, si los jueces como autoridades en el Estado mexicano están obligados a sostener y respetar los derechos naturales garantizados en la Constitución y a acatar la Ley Fundamental sobre cualquier norma secundaria que la contravenga, deben estimar inconstitucional e inaplicar la parte de la fracción V del artículo 107 de la nueva Ley de Amparo que exige para la procedencia del amparo por violación irreparable, que se haya materializado la afectación en el derecho sustantivo, pues ello implicaría dejar sin materia el amparo al no poderse restituir al gobernado en sus derechos afectados.

En consecuencia, si en la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo de 2013 se agregó un requisito para la procedencia del amparo indirecto por violación irreparable, cuya interpretación es contraria al texto constitucional, se limita la procedencia de esa acción constitucional de manera desfavorable y regresiva para la persona que acude a solicitar la protección constitucional de amparo. Es en contra de la persona, porque limita un derecho que le reconoce la Constitución, y regresiva, porque cuando menos desde el año de 1988 se entendió en favor del gobernado que la violación irreparable se da cuando se afectan derechos sustantivos, sin que se requiera que esa afectación se materialice, criterio que utilizó la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la queja 187/48 para declarar que la parte relativa de la fracción IV del artículo 114 de la Ley de Amparo de 1936 era inconstitucional y no debía aplicarse sobre el texto constitucional, pues condicionaba el ejercicio de la acción constitucional de amparo a que la infracción irreparable se materializara, sin que ese requisito fuera exigido por la Constitución.

En este orden de ideas, si por materialización se entiende la ejecución absoluta del acto que causa un agravio irreparable, lo que debe hacerse es anular para cada caso concreto la parte relativa de la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo vigente, que condiciona la acción de amparo por violación irreparable a que esta se materialice, pues en la fracción III del artículo 107 constitucional no se exige esa condición para la procedencia del amparo indirecto.

Sin embargo, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia en abril de 2016 publicó la tesis de jurisprudencia por contradicción P./J. 1/2016 en la que se indica lo siguiente:

CADUCIDAD DECRETADA EN LA PRIMERA INSTANCIA. LA RESOLUCIÓN QUE LA REVOCA NO CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, POR LO QUE EN SU CONTRA NO PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.⁸²

El artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo, al prever que el amparo indirecto procede contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por éstos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, proporciona mayor seguridad jurídica para su promoción, ya que mediante una fórmula legal establece que los actos referidos, para calificarse como irreparables, necesitan producir una afectación material a derechos sustantivos, es decir, sus consecuencias deben ser de tal gravedad que impidan el ejercicio de un derecho, y no sólo que produzcan una lesión jurídica de naturaleza formal o adjetiva que no necesariamente llegue a trascender al resultado del fallo; además de que deben recaer sobre derechos cuyo significado rebasa lo puramente procesal, lesionando bienes jurídicos cuya fuente no proviene exclusivamente de las leyes adjetivas, de donde derivan las dos condiciones que el legislador secundario dispuso para promover el amparo indirecto contra actos de imposible reparación dictados en el procedimiento, consistentes en la exigencia de que se trate de actos “que afecten materialmente derechos”, equivalente a situar el asunto en aquellos supuestos en los que el acto autoritario impide el libre ejercicio de algún derecho en forma presente, incluso antes del dictado del fallo definitivo; y que estos “derechos” afectados materialmente revistan la categoría de ser “sustantivos”, expresión antagónica a los de naturaleza formal o adjetiva, en los que la afectación no es actual -a diferencia de los sustantivos- sino que depende de que llegue o no a trascender al desenlace del juicio o procedimiento, momento en el cual sus secuelas pueden consumarse en forma efectiva. Consecuentemente, no pueden seguir aplicándose los criterios que admiten la procedencia del juicio de amparo indirecto contra violaciones formales, adjetivas o procesales, cuando los efectos que producen afectan a las partes en grado predominante o superior, como son los contenidos en las tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación P. LVIII/2004 y P. LVII/2004, de rubros: “VIOLACIONES PROCESALES DENTRO DEL JUICIO QUE AFECTAN A LAS PARTES EN GRADO PREDOMINANTE O SUPERIOR. NOTAS DISTINTIVAS.” y “ACTOS DE EJECUCIÓN IRREPARABLE. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL

⁸² Tesis: P./J. 1/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2011428, 10 de 24, Pleno, Libro 29, Abril de 2016, Tomo I, p.15, Jurisprudencia (Común).

JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.”; ya que se generaron bajo una legislación que dejaba abierta toda posibilidad de interpretar lo que debía asumirse por dicha expresión, lo cual ya no acontece, de modo que en los juicios iniciados conforme a la Ley de Amparo vigente debe prescindirse su aplicación, al ser incompatibles con el nuevo texto legal y así evitar incurrir en desacato. En ese sentido, la resolución que revoca la caducidad decretada en la primera instancia no produce una afectación material a derechos sustantivos tutelados por la Constitución Federal o los tratados internacionales de los que México sea parte, sino que sólo afecta derechos procesales o adjetivos; de ahí que en su contra no procede el juicio de amparo indirecto, y únicamente podrá impugnarse cuando se promueva el juicio de amparo directo contra la sentencia definitiva dictada en el procedimiento respectivo.

Contradicción de tesis 14/2015. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero en Materias Civil y de Trabajo del Octavo Circuito y Segundo en Materia Civil del Séptimo Circuito. 19 de enero de 2016. Mayoría de ocho votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández, Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales; votaron en contra: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Fernando Franco González Salas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Tesis y criterio contendientes:

Tesis VII.2o.C.77 C (10a.), de título y subtítulo: “CADUCIDAD DECRETADA EN PRIMERA INSTANCIA. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LA REVOCA, AL NO AFECTAR MATERIALMENTE DERECHOS SUSTANTIVOS, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO.”, aprobada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, y publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 16 de enero de 2015 a las 9:00 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 14, Tomo III, enero de 2015, página 1832, y el sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Octavo Circuito, al resolver la queja 6/2014.

Nota: Las tesis aisladas P. LVIII/2004 y P. LVII/2004 citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, páginas 10 y 9, respectivamente.

El Tribunal Pleno, el siete de abril en curso, aprobó, con el número 1/2016 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de abril de dos mil dieciséis.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de abril de 2016 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 18 de abril de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

En esta tesis se sostienen que, para la procedencia del amparo indirecto por agravio irreparable, es necesario que este se haya materializado, es decir, que no solo produzca una lesión jurídica de naturaleza formal o adjetiva, sino que debe afectar de forma actual y presente a un derecho sustantivo.

Si la tesis de la Corte se entiende que con la sola expedición del auto que ordena la afectación de derechos sustantivos se materializa y actualiza el daño, el amparo indirecto por agravio irreparable procede con la sola orden de afectación del derecho. Por el contrario, si la tesis de la Corte se entiende que para la procedencia de este amparo debe ejecutarse totalmente el acto que causa un agravio irreparable, entonces es contraria a la letra e interpretación constitucional del artículo 107 fracción III, inciso b) de la Constitución, pues resolvió de manera desfavorable y regresiva por las razones antes expuestas que, para la procedencia del amparo indirecto en cuestión es necesario que la violación irreparable se materialice absolutamente.

Además, en la jurisprudencia por contradicción también se equivocó el Pleno de la Corte, pues no tomó en cuenta que las violaciones en grado predominante y superior, implican una violación directa al derecho sustantivo a la obtención de una justicia rápida, pues si se tuvieran que impugnar en amparo directo hasta que se reclamara la sentencia definitiva, y se obtuviera la protección de la Justicia de la Unión, en esa sentencia de garantías no se podría restituir al gobernado el tiempo que perdió con la tramitación de todo el juicio del que emanó el acto reclamado y del juicio de garantías en que se le concedió el amparo.

En este orden de ideas, aunque el Tribunal Pleno de la Corte sea el máximo tribunal a nivel nacional, con fundamento en los artículos 44, 46, 48, 50, 61, 63, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por México en 1981, procede una controversia internacional por violación de derechos humanos ante el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, previo dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que seguramente se ordenará al Estado mexicano por conducto de su Poder Judicial Federal que rectifique su error constitucional y convencional y resuelva conforme a la letra e interpretación constitucional *pro omine* y progresiva la procedencia del amparo indirecto por agravio irreparable, incluso en tratándose de violaciones procesales en grado predominante o superior, aunque la afectación no se haya materializado.

6. CONCLUSIONES

1. La procedencia del amparo judicial ha sido atacada errónea e injustificadamente, pues desde el artículo 64 del Proyecto de Constitución Yucateca de 1840, el artículo 9o. de la Constitución Yucateca de 1841, el artículo 101 fracción I de la Constitución de 1857 y el artículo 103 fracción I de la Constitución de 1917, está prevista, con excepción del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, que no la contempló.

2. Si bien es necesario regular la procedencia del amparo judicial en contra de las violaciones procesales reparables e irreparables, así como en contra de la sentencia, su reglamentación no debe hacer ineficaz al juicio de garantías, ni violar los derechos fundamentales de defensa, legalidad y acceso rápido, sencillo y eficaz a la justicia.

3. El requisito de la materialización del agravio irreparable, reinsertado en el artículo 107, fracción V de la Ley de Amparo de 2013, incorpora a la procedencia del amparo indirecto un concepto extraño al artículo 107, fracción III, inciso b) de la Constitución, que hace contradictoria e imposible la procedencia del amparo indirecto por esa causal, pues si en términos del artículo 61 fracción XVI de la nueva Ley de Amparo, el juicio de garantías es improcedente en contra de actos consumados irreparablemente, es contrario a la lógica que para la procedencia del amparo por agravio irreparable, se exija que el agravio se haya materializado, es decir realizado.

4. En consecuencia, la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo vigente, debe entenderse a la luz de la fracción III, inciso b) del artículo 107 constitucional, conforme al cual el amparo indirecto por agravio irreparable procede cuando se ordena el acto, pues si se ejecuta esa violación, el amparo es improcedente.

5. Si se pretende que el amparo indirecto por agravio irreparable procede hasta que se materialice, es decir, ejecute el agravio irreparable, entonces la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo, es contraria a los artículos 107, fracción III, inciso b), 14, 16 y 17 de la Constitución.

6. Se viola el artículo 107 fracción III, inciso b) de la Constitución, porque en la ley secundaria se incorpora un requisito a la procedencia del amparo indirecto por agravio irreparable que no está previsto en el texto constitucional y que es incoherente con él, al hacer imposible la procedencia de ese amparo, lo que produce la infracción al artículo 14 constitucional, pues inconstitucionalmente deja al gobernado en estado de indefensión, por lo que el acto, aunque pretenda fundarse en la norma secundaria, contraviene el texto constitucional, lo que hace que adolezca de fundamentación, contraviniendo lo ordenado en el artículo 16 constitucional, obstruyendo el acceso eficaz a la justicia en contra de lo ordenado en el artículo 17 constitucional y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ordena a los Estados miembros facilitar a los gobernados un recurso sencillo, rápido y eficaz que los ampare en el goce de sus derechos, que en este caso consiste en el derecho a impugnar de manera rápida, sencilla y eficaz un agravio irreparable.

EL SECRETO PROFESIONAL EN MÉXICO

VOX CLAMANTIS IN DESERTO

Francisco González de Cossío

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Régimen Vigente. 2.1. Civil. 2.2. Penal. 2.3. Competencia. 2.3.1. Invasividad. 2.3.2. Criterios. 2.3.3. Protección. 2.3.4. Comentarios. 2.4 Ejercicio profesional. 2.5. Comentario general sobre régimen existente. 3. Propuesta: Demos Luz a una Nueva Disciplina. 3.1. Antecedentes. 3.2. Secreto Profesional. 3.2.1. Concepto. 3.2.1.1. Nomenclatura. 3.2.1.2. Tipos. 3.2.1.3. Alcance. 3.2.2. Propósitos. 3.2.2.1. Diferencias. 3.2.2.2. Semejanzas. 3.2.2.3. Propuesta. 3.2.3. Titularidad. 3.2.4. Ámbito subjetivo, razione personae. 3.2.4.1. Cliente. 3.2.4.2. Abogado. 3.2.5. Ámbito razione materia. 3.2.5.1. Confidencia. 3.2.5.2. ¿Comunicación o contenido? 3.2.5.3. Confidencia, secreto y confidencialidad. 3.2.5.4. La Propuesta. 3.2.6. Ámbito razione temporis. 3.2.6.1. Actual o potencial. 3.2.6.2. Post-relación profesional. 3.2.6.3. Propuesta. 3.2.7. Excepciones. 3.2.8. Pérdida y renuncia. 3.3. Producto del trabajo jurídico. 3.3.1. Objetivos. 3.3.2. Alcance. 3.3.3. Propuesta. 3.4. Forma: ¿Ley, lineamiento, modificación al Código de Ética? 4. Conclusión. 5. Bibliografía. 6. Anexo.

RESUMEN

Este ensayo propone la adopción de un régimen independiente, robusto y enérgico sobre secreto profesional en México. Para ello, se describe el régimen existente haciendo ver sus deficiencias. Propone un régimen, mismo que se nutre de la experiencia comparada. Para ello, hace un estudio de derecho comparado que sirva de cimiento conceptual.

This article suggests the adoption of an independent regime, strong and energetic regarding privilege in Mexico. To this effect, the existent regime is described in a way that its deficiencies are noted. It suggests a regime, which is inspired in the compared experience. For this purpose, it makes an study of comparative law that acts as a conceptual foundation.

Palabras clave: abogado, profesional, secreto, privilegio, protección, confidencial, confidencialidad, ética, secrecía, relación profesional, profesión, derecho, deber, cliente.

1. INTRODUCCIÓN

El resguardo de la información que una persona confía a su abogado merece tutela. Los motivos no sólo son *individuales*, sino *colectivos*: la observancia del Estado de Derecho aumenta cuando se puede obtener asesoría que considera el total de las circunstancias reveladas con franqueza por el cliente.

El estado de esta temática en nuestro país es deplorable. Si es que el tema no ha hecho crisis en el pasado, ello obedece a lo falible del Estado de Derecho en México,¹ y la ausencia de un tema que aguijonee su desarrollo. Recientemente ha surgido una figura que ha acentuado tal necesidad.² Sin embargo, la respuesta legal, institucional y gremial ha sido subóptima.

En este ensayo abogo por la necesidad de que el medio legal recoja esta preocupación y colme la necesidad confeccionando una disciplina robusta, exhaustiva e informada; una que se nutra de los paradigmas más aceptados. Para defender tal idea, haré un resumen del estado de la materia (§2), para luego hacer y comentar una propuesta de régimen (§3).³

2. RÉGIMEN VIGENTE

El régimen vigente está compuesto por una puñado de principios dispersos en leyes civiles, penales, procesales, administrativas y profesionales diversas, que a continuación cito y comento resumidamente.

2.1. CIVIL

El artículo 2590 del Código Civil Federal establece:

El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos

¹ La aseveración no sólo es mía (que desarrollo en *Competencia*, Ed. Porrúa, México, 2017, pp. 775 et seq), estudios serios recientes reprueban el Estado de Derecho de México. Vale la pena dedicarle unas líneas. Según *The Heritage Foundation* el índice de Libertad Económica (*Economic Freedom Index*) de México en 2019 fue de 64.7 (sobre 100). Dicho índice está compuesto por cuatro variables: tamaño de gobierno, eficiencia regulatoria, mercados abiertos y Estado de Derecho. Este último está a su vez compuesto de tres componentes: 'Efectividad Judicial' (*Judicial Effectiveness*), 'Derechos de Propiedad' (*Property Rights*) e 'Integridad Gubernamental' (*Government Integrity*). Respecto de Efectividad Judicial la calificación otorgada a México fue de 34.9 sobre 100. Para Derechos de propiedad 59.1 sobre 100. Para Integridad Gubernamental 26.3 sobre 100. (*The Heritage Foundation, 2019 Index of Economic Freedom, 25th Anniversary Edition*, Terry Miller, Anthony B. Kim, James M. Roberts, 2019, pp. 300-301.)

Otro barómetro digno de mención es el del Índice de Estado de Derecho en México del *World Justice Project* que analizó y calificó cada una de las entidades federativas de la república. El máximo es 1.0, el mínimo 0.0. Conforme uno desliza sus dedos hacia debajo de la lista se observa que la entidad más alta es Yucatán con 0.46. La más baja Guerrero con 0.33. La Ciudad de México obtuvo una calificación de 0.36. Y dos terceras partes tienen menos de 0.40. Si se ponderan el resultado es 0.39.

Conclusión: el Estado de Derecho de México está reprobado, y calificaciones muy bajas: 34.9 (Heritage Foundation) y 0.39 (World Justice Project).

² Las visitas de verificación en materia de competencia económica.

³ Deseo revelar que la propuesta anexa a este ensayo es fruto de casi dos años de trabajo de un grupo del que fui parte. Tuve el privilegio de trabajar con los siguientes colegas barristas: Cuauhtémoc Reséndiz, Francisco Riquelme y Gonzalo Alarcón. Fueron muchas las sesiones y horas dedicadas a este tema. El resultado es el anexo a este ensayo. Mucho de mi entender de esta materia es gracias a la (rigurosa) confrontación y discusión. Sin embargo, dichos profesionales no son responsables por las ideas vertidas en este ensayo ni por cualquier error que pueda estar cometiendo.

los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.

Son tres los comentarios que deseo compartir sobre esta disposición, dadas las finalidades de este ensayo. Primero, la norma citada *no contiene una obligación genérica de secrecía*, sino la *prohibición* de compartir secretos del cliente con el adversario. Con “la parte contraria” establece. Segundo, la información amparada por la prohibición es aquella que perjudique al cliente. Ello implica un análisis de efectos de la revelación, que resta certeza pues hace cuestionable su ámbito, reduciendo su alcance, e invitando discusión. (Además, supone *diseminación* para evaluación cuando lo que se debería propiciar es *discreción*). Tercero: la consecuencia. Establece la obligación *civil* (sin perjuicio de la implicación *penal*) de indemnizar por los daños y perjuicios que ello genere. Ello exige un análisis de daños y perjuicios que conforme al derecho, praxis y doctrina aplicable es escueto. Lacónico inclusive: el derecho aplicable exige que los daños sean directos e inmediatos. La praxis (judicial y con frecuencia arbitral) continúa con dicha visión, limitando en forma importante el alcance indemnizatorio del daño infligido por un ilícito. Y la doctrina sobre esta materia es poca, vaga y lacónica.

Corolario: la norma que regula el régimen contractual de la relación cliente-abogado es lacónica: su cobertura es estrecha, su alcance discutible, y las consecuencias pocas.

El efecto combinado de todo lo anterior es que el manto protector que el derecho civil mexicano ofrece a la víctima de un ilícito en esta materia es casi nulo.⁴

El artículo 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles indica:

Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales, en las averiguaciones de la verdad. Deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros, por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esta obligación; pero, en caso de oposición, oirán las razones en que la funden, y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y *personas que deban guardar secreto profesional*, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados.

(énfasis añadido)

⁴ Ello explica porqué ocurren tantos ilícitos civiles en nuestro país: porque no hay una (verdadera) sanción a los mismos. Y cuando uno no canaliza las consecuencias negativas de una conducta a quien la genera, el resultado no solo es que pone a quienes acatan la ley a merced de quienes no, sino que la incentiva. (Para entender porqué, véase “Responsabilidad Irresponsable”, Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C. Congreso Nacional de Abogados, 2010. Idea reproducida y actualizada en González de Cossío, *Competencia*, Ed. Porrúa, México, 2017, p. 781 *et seq.*)

El precepto citado establece que el deber de cooperación con el poder judicial con el esfuerzo de averiguar la verdad tiene como excepción el resguardo del secreto profesional. La forma en que está redactado invita preocupaciones.

Primero, no hay un régimen legal como tal sobre el secreto profesional. Lo que existe es la prohibición de no revelar *cierta* información a *ciertas* personas. Luego entonces, las implicaciones y preocupaciones del (poroso) régimen sustantivo civil descrito párrafos arriba se repite en este contexto.

Segundo, la excepción versa sobre el secreto profesional *en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados*. Esta disposición reduce el alcance de la excepción (al deber de cooperar). Implica que la información que se puede negar entregar solamente es aquella “que prueba en contra” del cliente.

Lo expuesto arroja tres implicaciones inmediatas: primero, incertidumbre. Segundo, que toda la información que no “pruebe en contra” tiene que ser revelada. Tercero —y corolario de las dos anteriores— que la *información que un cliente confíe a su abogado está como regla no-protegida*. Sólo lo estará en la medida en que no le prueba en contra. Si desea por cualquier motivo mantener confidencial su información, no cuenta con apoyo legal ni judicial. Podrá ser revelada por su abogado siempre que en el proceso para el cual es revelada no exista hecho “*en contra*” del cliente. Resultado: incertidumbre. Ausencia de protección como regla.

El Poder Judicial ha emitido criterios sobre esta cuestión, algunos loables, algunos no tanto. Por ejemplo, en materia de amparo, existe el siguiente criterio:⁵

PRUEBAS EN EL AMPARO (INSPECCIÓN JUDICIAL EN LIBROS Y PAPELES DE EXTRAÑOS AL JUICIO). El artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece que, para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin otra limitación que la de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos; el artículo 87, del propio ordenamiento, establece que el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la ley, y el 90 que los terceros están obligados en todo tiempo a prestar auxilio a los tribunales, en la averiguación de la verdad, y deben, sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos; que los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esas obligaciones, y que en caso de oposición, oírán las razones en que la funden y resolverán sin ulteriores recursos; exceptuando de esa obligación a los ascendientes, descendientes, cónyuges y *personas que deban guardar secreto profesional*, en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que estén relacionados. De acuerdo con los preceptos citados, no deben desecharse la prueba de inspección judicial basándose en que tiene que practicarse en libros y papeles de un extraño al juicio.

(*énfasis añadido*)

⁵ Registro 350403, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Quinta Época, tomo LXXIX, p. 2491.

El criterio es atinado en principio, pero poco útil en la práctica. Es atinado en que exceptúa del deber de terceros de cooperar entregando información a quienes estén obligados a guardar el secreto profesional. Ello es plausible en principio pues le da su lugar al deber de guardar el secreto profesional. Sin embargo, siendo que hace eco del régimen civil sobre secreto profesional, y el régimen existente es estrecho y poroso, el resultado práctico es porosidad y ausencia de protección como regla.

Otro ejemplo es el siguiente criterio:⁶

“SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS. Vinculado con el derecho a la intimidad, se encuentra el secreto profesional, que es al que se encuentran obligadas determinadas personas (médicos, abogados, instituciones financieras, contadores, sacerdotes, entre otros), quienes no pueden divulgar la información, cuyo conocimiento hubieran tenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, respecto de otros. En ese sentido, aquel que conozca de cierta información con motivo del ejercicio profesional, no puede ser obligado, a rendir testimonio sobre tal información, salvo que el titular de la misma le autorice para ello.”

El criterio citado es positivo. Considero loable el que se haya cimentado en el derecho de la intimidad, no solo por que es la aproximación correcta, sino además por que permite extenderlo a otras áreas distintas a la jurídica que merecen tutela, mismas que el criterio mismo cita —espero, no exhaustivamente—. Otro motivo de aplauso es que expande el alcance protector: alude a “información con motivo del ejercicio profesional”, lo cual es un concepto más amplio —y más atinado— que el del derecho civil sustantivo y procesal citado.

Existen otros criterios que tocan el tema pero no ofrecen protección digna de comentario.⁷

2.2. PENAL

En materia penal, el artículo 117.XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNP) establece que es obligación del Defensor: “Guardar el secreto profesional en el

⁶ *Tesis: I.3o.C.698, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 1411.*

⁷ Por ejemplo, “ABOGADOS PATRONOS. AUTORIZACIÓN A TERCERAS PERSONAS PARA IMPONERSE DE LOS AUTOS, PRESENTAR Y RECOGER DOCUMENTOS, NO IMPLICA VIOLACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL” (Registro 216274); “ABOGADOS PATRONOS. AUTORIZACIÓN A TERCERAS PERSONAS PARA IMPONERSE DE LOS AUTOS, PRESENTAR Y RECOGER DOCUMENTOS, NO IMPLICA VIOLACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)” (Registro 914113); “TESTIGOS. DEBEN COMPARECER ANTE EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ÉSTE LO REQUIERA, CON INDEPENDENCIA DE QUE NO ESTÉN OBLIGADOS A DECLARAR RESPECTO A LOS HECHOS INVESTIGADOS O DE DATOS QUE IMPLIQUEN INFORMACIÓN RESERVADA” (*Tesis: I.2o.P.148 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVI, julio de 2007, p: 2721*).

desempeño de sus funciones”. El artículo 155 del CNP provee la obligación del defensor de guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones. El artículo 244 del CNP establece que las comunicaciones y cualquier información que se genere o intercambie entre el imputado y las personas que no están obligadas a declarar *inter alia* por secreto profesional no estarán sujetas a aseguramiento y serán inadmisibles como prueba. Ello implica que el principio de exclusión de prueba ilícita incluya la protección del secreto profesional. Y el artículo 362 del CNP establece:

Deber de guardar secreto

Es inadmisibile el testimonio de personas que respecto del objeto de su declaración, tengan el deber de *guardar secreto* con motivo del conocimiento que tengan de los hechos en razón del oficio o *profesión*, tales como ministros religiosos, *abogados*, visitantes de derechos humanos, médicos, psicólogos, farmacéuticos y enfermeros, así como los funcionarios públicos sobre información que no es susceptible de divulgación según las leyes de la materia. No obstante, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, deberán comparecer y explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar secreto y de abstenerse de declarar.

(énfasis añadido)

Este régimen tiene el mérito de ser amplio. Alude al “secreto”, no al “secreto profesional”. Y cita una lista amplia de destinatarios de tal deber. Se trata de una lista más amplia que la que contiene el régimen civil. También contiene la excepción: “no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto”. Ello deja en claro que puede ser renunciado, y por quién: el “dueño” del secreto. Por ende, el régimen es loable.

Es sin embargo imperfecto. ¿Qué debe hacerse para dejar claro que algo es un secreto? ¿Qué pasa si no se entabló una relación cliente-abogado (como no infrecuentemente sucede)? ¿Cuándo comienza? ¿Cuándo termina? ¿Es un deber absoluto o relativo? ¿Se extiende sólo al abogado o su equipo (legal y administrativo)? ¿Ampara el fruto del trabajo jurídico? ¿Puede renunciarse, por quién? ¿Tiene excepciones?

Para quien desea tener certeza jurídica, esta materia dista de procurarla.

2.3. COMPETENCIA

La materia de competencia económica constituye, a la vez, la disciplina que más ha *invadido* (§2.3.1) y que más ha *tutelado* (§2.3.3), el secreto profesional, arrojando criterios judiciales encomiables pero insuficientes (§2.3.2). A continuación se explica por qué, comentando el régimen (§2.3.4).

2.3.1. Invasividad

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)⁸ es el instrumento que protege la competencia en nuestro país. Tiene muchos aciertos. Uno de ellos es refinar y darle dientes a las visitas de verificación —que conforme al régimen anterior era poco útil—. Ello incluye la posibilidad de que la autoridad investigadora requiera de *cualquier persona*⁹ los documentos que estime necesarios para realizar su investigación.¹⁰ El requerido —sin importar quien sea— está obligado a entregar la información que se le requiera,¹¹ permitiendo el acceso a donde sea o lo que sea,¹² *so pena* de hacerse acreedor a medidas de apremio,¹³ mismas que pueden incluir apercibimientos, multas importantes, y arresto¹⁴ —además de que se le obligue a cumplir mediante la fuerza pública—. ¹⁵

El paso es necesario en su existencia, pero exagerado en su alcance. Al no establecer excepción alguna, el resultado es que propicia dudas de intimidad y debido proceso —pues los abogados no están exceptuados—.

Desde que esta ley fue considerada y salió publicada, este autor hizo ver que era necesario contemplar formas de resguardar el secreto profesional.¹⁶ Reiteraré enfáticamente esta aseveración en el contexto del Congreso Anual de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (BMA) de noviembre 2016. Ello fue lo que motivó que el presidente de la BMA José Mario de la Garza Marroquín, me invitara a encabezar este proyecto para la BMA: “el que pone la idea pone el tostón”, razonó.

2.3.2. Criterios

Mucha de la (verdadera) protección que se ha logrado en materia de competencia económica deviene de fuente pretoriana: es el Poder Judicial quien ha comprendido y tutelado la cuestión, generando criterios dignos de comentario. Comentémoslos cronológicamente.

COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE CON MOTIVO DE UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ECONÓMICA. NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LAS OBTENIDAS COMO RESULTADO DE LAS FUNCIONES DE VERIFICACIÓN, SALVO QUE EXISTAN INDICIOS QUE PUEDAN IMPLICAR AL PROFESIONISTA COMO COPARTÍCIPE DE UN ILÍCITO. De los artículos 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción

⁸ *Diario Oficial de la Federación* de 23 de mayo de 2014.

⁹ Artículo 73 de la LFCE.

¹⁰ Artículo 75 de la LFCE.

¹¹ Artículo 75.I de la LFCE.

¹² Artículo 75.IV de la LFCE.

¹³ Artículo 75.I de la LFCE.

¹⁴ Artículo 126 de la LFCE.

¹⁵ Artículo 126.III de la LFCE.

¹⁶ *Vid.* González de Cossio, Francisco, *Competencia*, Ed. Porrúa, México, 2a. ed., 2017, p. 636.

VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 90 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a diversos ordenamientos jurídicos que regulan procedimientos administrativos de responsabilidad, se advierte como una medida de tutela de los derechos fundamentales a la intimidad, a la privacidad de las comunicaciones y de defensa, la secrecía profesional de la información y los documentos correspondientes a las comunicaciones cursadas entre un abogado independiente y su cliente con motivo de su defensa en un procedimiento seguido por las autoridades de competencia económica y, por tanto, aquéllos deben considerarse confidenciales, en términos de los artículos 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental abrogada, lo que da lugar a que se considere que tanto el profesionista como el gobernado que lo contrata, tienen el derecho de que las comunicaciones generadas en esas condiciones no sean tomadas en cuenta por las autoridades, aunque dicha información haya sido obtenida como resultado del ejercicio de las funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley Federal de Competencia Económica, en la inteligencia de que el privilegio de confidencialidad mencionado no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado, ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.¹⁷

Este criterio tiene varios aciertos, pero deja cabos sueltos. Comencemos con los aciertos. Primero, su origen: ancla el deber de “secrecía profesional” en la intimidad, privacidad y derecho fundamental a tutela efectiva. Ello es loable en que sigue la idea citada en el criterio (civil) anteriormente citado¹⁸ de encontrar asidero en la intimidad. Ello permite comenzar a construir un concepto jurídico cabal que se base en un entendimiento apropiado de las implicaciones de esta materia. Otro motivo de aplauso consiste en su alcance: las comunicaciones cliente-abogado. Y finalmente la consecuencia: establece la obligación a cargo de las autoridades de “no tomar en cuenta” dicha información.

Sin embargo, el criterio deja cabos sueltos. Primero, lo que exige es que las comunicaciones cliente-abogado *no se tomen en cuenta*. Ello quiere decir que la información cliente-abogado ya es conocida por la autoridad. Dicha autoridad puede normar su criterio con base en la información y simplemente motivar por otros motivos. Pero sobre todo: *no hay protección, solo obligación de no-utilización* —dos cosas muy distintas—. Quiere decir que no hay protección de la confidencia del cliente, simplemente no se puede citar como parte de la motivación de un acto administrativo. Como resultado, la protección protege poco. El régimen de secreto profesional debería prevenir conocimiento por la autoridad de las confidencias del cliente, no solo exigir que no se cite.

Finalmente, el criterio mismo contempla una excepción a la excepción: que existan indicios que puedan implicar al abogado como cómplice. Ello es cuestionable por dos motivos. Primero, de nuevo, supone que ya se conoció del contenido de la confidencia del

¹⁷ Tesis: I.1o.A.E.193 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, enero de 2017, p. 2475.

¹⁸ Rubro “SECRETO PROFESIONAL. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE TERCEROS”.

cliente. Segundo, si resulta que el abogado comete un ilícito, desaparece el secreto profesional. La información puede ser usada. Ello merma una sana protección del secreto profesional, mismo que no debe depender de la licitud de la actividad del abogado. Si la autoridad desea investigar a un abogado, que lo haga. Pero condicionar la protección del secreto, ello tiene por efecto sujetar la tutela *del cliente* a la conducta *del abogado*.

Esta cuestión de principio se agrava si se considera que los indicios pueden resultar insuficientes para demostrar actividad delictiva del abogado. Y mientras todo ello se discierne, las confidencias del cliente son diseminadas sin protección alguna.

Otro criterio establece:¹⁹

SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. El *privilegio* de la *secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente* cuando éste enfrenta un procedimiento penal, constituye una medida de protección que deriva de los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, previstos en los artículos 6o., 14, párrafo segundo, 16, párrafo décimo segundo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que el primero tiene el deber de preservar la confidencialidad de la información y de los documentos que el segundo le refiere para estar en condiciones de producir su defensa y, por consiguiente, se le exime de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades hechos que pudieran estar relacionados con la comisión de un ilícito. Por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en los enjuiciamientos del orden penal, guarda una relación de similitud con los procedimientos administrativos de responsabilidad, por lo cual, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador, resultan aplicables los principios penales sustantivos, sin soslayar que esa traslación debe realizarse sólo en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Por tanto, a los procedimientos administrativos de responsabilidad en materia de competencia económica son aplicables, además de los derechos al debido proceso, a la no autoincriminación y a la asistencia de un profesional en defensa del particular, la figura del secreto profesional, la cual se ha instituido como una *garantía para la adecuada defensa* de los derechos de los encausados y, por analogía, en favor de los justiciables sometidos a dichos procedimientos, pues en sentido amplio, una sanción administrativa guarda similitud con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico, en tanto que una condición esencial para que el secreto profesional pueda producirse, consiste en la puntual confidencialidad de las comunicaciones entre defensor y defendido, dado que el primero requiere de toda la información necesaria y, el segundo, de la confianza de no quedar expuesto por proporcionarla, en la inteligencia de que este privilegio no opera cuando existan indicios que puedan implicar al abogado ya no como defensor, sino como copartícipe de un ilícito.

(énfasis añadido)

¹⁹ Tesis: I.1o.A.E.194 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, Libro 38, enero de 2017, p. 2721.

Como se puede observar, en su primera oración la tesis alude a “privilegio” aplicable a la “secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente”. Lo ancla en la garantía de adecuada defensa, haciendo un razonamiento metafórico respecto del proceso penal y el administrativo. Ello es loable por progresivo.

Destaca la siguiente Jurisprudencia:²⁰

COMPETENCIA ECONÓMICA. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LA EXTRACCIÓN DE INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN CLIENTE ABOGADO, REALIZADA EN LAS INSPECCIONES A CARGO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. Si bien el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, constitucional, establece, como regla general, que “en ningún caso” es procedente el juicio de amparo contra actos intraprocesales efectuados por la Comisión Federal de Competencia Económica; también lo es que dicha restricción no tiene como propósito impedir la defensa de los afectados por esos actos, sino diferirla hasta que se dicte el acto terminal que concluya el procedimiento respectivo, por lo que, a efecto de hacerlo compatible con el derecho a la tutela judicial, acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo, tutelados en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución y los numerales 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe estimarse procedente el juicio de amparo promovido por el abogado externo, tercero extraño al procedimiento, cuando se combata la extracción de información o documentación cliente-abogado en el desahogo de las inspecciones a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica, llevada a cabo dentro de una investigación por la posible comisión de prácticas monopólicas o la realización de concentraciones prohibidas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, toda vez que si bien dicha extracción se realiza dentro de una secuencia progresiva de actos tendientes a la resolución de un asunto relacionado con la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas y que por ese motivo debe considerarse que se trata de un acto efectuado dentro de un procedimiento; también lo es que la defensa de la afectación sufrida por el abogado externo, en su obligación de defender y proteger el secreto profesional, no puede diferirse hasta que se dicte la resolución final, ya que se le dejaría en estado de indefensión en relación con esa obligación; por lo que se estima jurídicamente razonable la procedencia del juicio de amparo promovido por el abogado defensor externo, quien para tal efecto debe identificar dentro de su universo, la información que está sujeta a dicha protección, *so pena* de que el juicio se estime improcedente.

Este criterio es interesante en que establece una excepción a un principio constitucional sobre el amparo en materia de competencia consistente en que el amparo no procede “en ningún caso” en contra de actos intraprocesales en los procedimientos seguidos en forma de juicio por la Cofece.²¹ El paso comunica mucho. El principio procesal constitucional citado es el resultado del abuso en el uso del amparo para anquilosar procesos de competencia económica, y el deseo del constituyente permanente que la materia de competencia económica tenga efectividad. Para ello, la norma citada es una excepción del principio de

²⁰ Tesis: PC.XXXIII.CRT J/12 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, Libro 51, febrero de 2018, p. 892.

²¹ Artículo 28 párrafo vigésimo, fracción VII de la Constitución.

derecho de amparo consistente en que procede el amparo indirecto en contra de actos intraprocesales cuando irreparables: es decir, cuando afectan alguno de los derechos sustantivos tutelados por la Constitución.²² El criterio descrito excepciona la excepción. A partir de ahora, como regla, no procede el juicio de amparo (indirecto) en contra de actos intraprocesales en procesos seguidos en forma de juicio, inclusive si son irreparables, *a menos que versen sobre el secreto profesional*.

El criterio descrito es interesante. Su creación tuvo que nadar contra corriente: en contra de texto constitucional expreso. El que no obstante ello se haya creado este criterio habla de sensibilidad del juzgador de amparo. De comprender que debe no permitirse que un abogado (como tercero extraño al juicio: al procedimiento administrativo seguido en forma de juicio en contra de su cliente) pueda interponer un amparo “excepcional” para extraer del expediente información y comunicados cliente-abogado merece aplauso. Se trata de un criterio valiente, además de inteligente. Loable también es el fundamento: el acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo.²³ Mensaje: para contar con un proceso que sea acorde a los principios de justicia efectiva, no debe tolerarse la utilización de información y comunicados cliente-abogado. El que sea Jurisprudencia hace de este antecedente el paso más importante en esta materia en México. Mis respetos a los juzgadores que tuvieron la agudeza y valentía de confeccionar este criterio.

2.3.3. Protección

La Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) merece reconocimiento en haber tomado con seriedad esta cuestión. Ha hecho consultas sobre cómo regular la cuestión, escuchando a los profesionales de la materia y emitiendo un régimen especial al respecto: las *Disposiciones Regulatorias de la Comisión Federal de Competencia Económica para la calificación de información derivada de la asesoría legal proporcionada por los agentes económicos* (DR de Asesoría Legal).²⁴

En resumen, las DR de Asesoría Legal tienen por efecto:

1. *Protección*: Dan el derecho a que se resguarde y no se le dé valor probatorio a información en la que consten comunicaciones entre el solicitante y sus abogados cuando tales comunicaciones tienen como finalidad obtener asesoría legal.
2. *Calificación*: Un “Comité Calificador” analizará si se justifica la protección, guardando la secrecía de la información.
3. *Exclusión*: que se excluya de una investigación la información que se obtuvo en una visita de verificación. Ello incluye que se resguarde, devuelva y ponga a disposición

²² Artículo 107.III.(b) de la Constitución. Artículo 107.V de la Ley de Amparo.

²³ Artículo 17, párrafo segundo de la Constitución. Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁴ Acuerdo CFCE-215-2019. *Diario Oficial de la Federación* de 30 de septiembre de 2019.

del solicitante la información en la que consten comunicaciones entre el solicitante y sus abogados cuando tales comunicaciones tienen como finalidad obtener asesoría legal.

2.3.4. Comentarios

El esfuerzo es *encomiable*, el resultado *mejorable*. Propongo que deben tomarse por lo menos cuatro pasos:

- (1) *Órgano diverso*: Lo que se necesita es un mecanismo *exógeno*, no *endógeno*, a la Cofece. Lo ideal serían los tribunales especializados.²⁵
- (2) *No-diseminación en lugar de resguardo*: Que se evite que la información salga del universo de control del cliente o abogado. No que, habiendo salido, se resguarde y devuelva.
- (3) *Protección total, no solo no-utilización en investigaciones*: Que no solo proteja de su utilización en investigaciones, sino que se evite que sea conocido por quien sea.
- (4) *Régimen sustantivo*: debe existir un cuerpo normativo con base en el cual se decidan las solicitudes de calificación.

La solución actual exige mucho del investigado. El Comité Calificador está conformado por personas miembros *de la Cofece*, que trabajan *dentro de la Cofece, para Cofece*, conformando equipos con las otras áreas *de la Cofece*.²⁶ Por más respeto que se merece la Cofece y sus miembros por sus cualidades personales, credenciales intelectuales y profesionales, así como sus logros,²⁷ pedir que el agente económico se cierre los ojos a la porosidad de la realidad, y lo fácil que es que —ya conocido el contenido de la asesoría jurídica— se norme un criterio y se decida en consecuencia sin que se cite *expressis verbis* en la resolución, es pedir mucho. Demasiado. Máxime si se considera lo importante de las consecuencias jurídicas de esta materia: las sanciones económicas más altas del sistema jurídico mexicano, algunas penales.

Pero sobre todo, ¿con base en qué van a decidir? No existe un régimen sustantivo. Tal parece que los miembros del Comité Calificador decidirán de acuerdo a su buen juicio. Así no funciona el Derecho, que exige reglas sustantivas conocidas; precedibles. *Esta es la deficiencia más delicada de todo este régimen: carece de un estándar con base en el cual se*

²⁵ Ciertamente, ello parece exigir modificación legal.

²⁶ Las reglas de Integración del Comité Calificador no satisfacen las dudas que ello genera (*vid* por ejemplo el artículo 6 de las DR de Asesoría Legal). Tampoco las de secrecía (artículo 8 de las DR de Asesoría Legal).

²⁷ Divulgo tener la mejor opinión posible de la Presidente de Cofece. Y no solo intelectual, sino profesional y personal. Sus logros son un fruto natural de ello. Divulgo también tener vínculos de amistad (como regla profesional; a veces personal) con otros miembros de Cofece. Pero ello no puede—no debe—cegar. Y mucho menos sesgar. Necesitamos regímenes que tomen en cuenta la realidad, no que se cierren los ojos a la misma.

analizarán las solicitudes de calificación. Ello hace imposible conocer con qué principios (filosofía; reglas) se resolverán las diferencias respecto de existencia y alcance de material digno a tutelar como secreto profesional.

Lo que protegen las DR de Asesoría Legal es “aquella información en la que consten comunicaciones entre los solicitantes y sus abogados cuando se acredite que dichas comunicaciones tienen como finalidad la obtención de asesoría legal”.²⁸ O que “se encuentre protegida en los términos de estas Disposiciones Regulatorias”.²⁹ O que está en uno de los “supuestos de protección establecidos en estas Disposiciones Regulatorias”.³⁰

Ello crea más dudas de las que resuelve.

¿Todo tipo de información? ¿Qué sucede si por ejemplo la información contenida en el medio de comunicación abarca cuestiones sobre las que se busca asesoría, y otras que no?

¿De quién puede pedirse asesoría? ¿Qué pasa si el profesional aún no reúne requisitos para ser considerado abogado? ¿Se extiende al equipo del abogado? ¿A su personal administrativo? ¿La protección es absoluta o relativa: existen consideraciones con base a las cuales ponderar? ¿Qué pasa si nunca se materializó la relación profesional, pero se confió una confidencia? ¿Qué sucede si ya concluyó la relación profesional? ¿Qué pasa si el cliente falleció y el interés a tutelar deja de existir *quod non*?

¿Quién puede pedir la asesoría? ¿Si cualquier persona que labore dentro de una persona moral hace una pregunta a un abogado, está protegido por el secreto profesional? ¿Se requiere tener alguna calificación particular? ¿Qué pasa si quien consulta y quien recibe la asesoría es distinta?

¿Qué requisitos debe incluir la información confiada? ¿Debe ser una confidencia o abarca todo? Si es que se exige que sea confidencia, ¿qué pasa si hay más personas presentes? ¿Qué pasa si se revela? ¿Qué sucede si la revelación ocurre no obstante haber tomado cuidados?

No hay base alguna para contestar las respuesta anteriores, distintas al criterio subjetivo de quien las conteste —caldo de cultivo de diferencias de opinión—. ¿Acaso logra ello predecibilidad? La incertidumbre es total.

Cómo se verá en la §3 de este ensayo, esta materia está plagada de sutilezas (pues versa sobre un cuerpo de conocimiento rico, complejo y dinámico). Tales, que distintas jurisdicciones han decidido en forma distinta.

²⁸ Artículo 2o. de las DR de Asesoría Legal.

²⁹ Artículo 3o. de las DR de Asesoría Legal.

³⁰ Artículo 9o. de las DR de Asesoría Legal.

2.4. EJERCICIO PROFESIONAL

El artículo 36 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal establece que:

Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.

En adición al régimen legal, existe un régimen que la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, S.C. ha recientemente (2017) establecido, y que merece comentario. El capítulo quinto del nuevo Código de Ética de la BMA hace una regulación sobre el secreto profesional. Contiene cinco artículos, a saber:

Artículo 22. Constituye un deber y un derecho del abogado guardar el secreto profesional respecto de todos los hechos o noticias que conozca por su actuación profesional. En caso de tener que declarar o informar puede, con independencia de criterio, negarse si con ello incumple el deber de guardar el secreto profesional.

Artículo 23. Ante cualquier decisión de autoridad que le ordene declarar sobre materias objeto del secreto profesional, debe realizar las actuaciones razonables para impugnarlas.

Artículo 24. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario y de terceros que puedan afectar al cliente. Este deber permanece aun después de que haya dejado de prestarle sus servicios.

Artículo 25. Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o terceros no deben ser grabadas sin la conformidad de todos los que en ellas intervengan y quedan amparadas por el secreto profesional.

Artículo 26. El abogado debe hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional.

Este régimen es loable y constituye el régimen más detallado que existe en nuestro sistema jurídico. Lo resumiría en:

- (1) Alcance: “todos los hechos o noticias que conozca por su actuación profesional”.³¹ Incluye las confidencias y propuestas del cliente, adversario y terceros que puedan afectar al cliente. Es además permanente, aun después de que haya dejado de prestar servicios.

³¹ En una decisión reciente de la Junta de Honor de la BMA se sostuvo que la información a la que un abogado tiene acceso como parte de su representación está amparada por el secreto profesional. Su divulgación con miras a denostar a los autores de la decisión que no asistía a sus intereses consistía por ende una falta al deber de guardar el secreto profesional. (Queja 01/2018. Resolución de 3 de julio de 2019. Resolución de Reconsideración de 5 de noviembre de 2019).

- (2) Efectos: el abogado debe (i) negarse a declarar, (ii) impugnar razonablemente actos de autoridades que los desdigan, y (iii) hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore profesionalmente con el abogado.

Se trata por ende de una de las muchas actividades encomiables que la BMA ha realizado por mejorar el sistema jurídico mexicano. Con todos sus méritos, el régimen deja dudas sin resolver. Por ejemplo:

- (1) Aplicabilidad: Comencemos por su aplicabilidad: aplica únicamente a quienes son miembros de dicho Colegio. No obstante que la BMA es el colegio de mayor membresía en México, su manto de aplicabilidad dista de abarcar todo el gremio legal mexicano.
- (2) Naturaleza: se trata de un régimen privado. De autorregulación.³² Al no provenir de ley, su resultado es que cede ante disposiciones de orden público. La certeza que confiere es por ende endeble.
- (3) Alcance: son muchas las dudas que no contesta. Por ejemplo:
- (a) *Vida*: ¿Cuándo nace? ¿Cuándo fenece?
- (b) *Requisitos*: ¿*Todo* está protegido? ¿Se protege la comunicación o el contenido? ¿Tiene que ser confidencia o aplica a todo? ¿Qué sucede si se revela?
- (c) *Grabaciones*: El Código de Ética de la BMA es claro en que no se debe grabar conversaciones sin autorización, pero la última parte del artículo 25 alude al secreto profesional de manera ambigua; y dado que versa sobre conversaciones con terceros —que en principio no estarían amparadas por el secreto profesional— existe ambigüedad.

Muchas de las preguntas hechas al final de la §2.3, *supra*, subsisten.

Mi objetivo con lo anterior no es criticar, es ilustrar. Los redactores del nuevo Código de Ética merecen el reconocimiento y agradecimiento de nuestro gremio por su excelsa labor de mejorar esta disciplina. Sin embargo, existe una necesidad que, aun con los loables esfuerzos de la BMA, permanece insatisfecha.

2.5. COMENTARIO GENERAL SOBRE RÉGIMEN EXISTENTE

El régimen existente es disperso, lacónico y poroso. Existen una infinidad de temas que no aborda, y mucho menos resuelve. Como resultado, prevalece la incertidumbre. Dadas sus implicaciones en el derecho fundamental a la intimidad y el derecho fundamental a un proceso debido, el Poder Judicial ha tenido que colmar lagunas caso por caso. Ello es

³² Y si se mantiene como “Criterio Interpretativo” su fuerza es inferior. (Ver comentario en §3.4, *infra*).

encomiable en cuanto a *actitud*,³³ pero lamentable en cuanto a origen y resultado. En cuanto a *origen*, debería de existir un régimen exhaustivo; de preferencia una ley especial que lo regule. En cuanto a *resultado*, el que este derecho esté siendo confeccionado de forma pretoriana es subóptimo en que no todos los problemas se litigan. Y ante los huecos, aun cuando se prospera judicialmente, ya existe daño. Ya se divulgó la información —y una vez liberada, no puede ser protegida de nuevo: no se puede rehacer confidencial algo que ya se dio a conocer públicamente.

Un caso particular que este autor ha vivido y que ha arrojado experiencia digna de comentario es en arbitraje. En casos arbitrales en que este autor ha participado ha existido asimetría regulatoria respecto de esta cuestión—misma que no solo genera diferencias y desequilibrios procesales, sino que da oportunidad para su aprovechamiento por partes que desean obtener ventajas sobre sus adversarios—. Piénsese por ejemplo en la situación en que *A* sostiene comunicados con sus abogados respecto de hechos que se tornan relevantes en un proceso arbitral. *B* podría intentar —y en algunos casos se intentó— hacerlos revelables vía, por ejemplo, el mecanismo de *Intercambio Documental* que crecientemente se utiliza en arbitraje, inclusive en casos que involucran a partes cuyo sistema jurídico no contemplan tal figura.³⁴ Hasta aquí no hay nada nuevo: los procesos de intercambio documental arrojan estas situaciones en forma habitual, y no hay nada en ello que merezca comentario independiente o reproche. Lo que sucede ante la diversidad regulatoria —cotejada con el lacónico régimen mexicano— sin embargo sí.

Una aplicación sencilla de conflicto de leyes arroja la conclusión que lo revelable por cada parte depende del régimen deontológico (incluyendo secreto profesional) aplicable a dicha parte o sus abogados. Cuando diverso, ello necesariamente quiere decir que existe material revelable de una de las partes que es distinto al de la otra. Siguiendo nuestro ejemplo, si *A* proviene por ejemplo de Estados Unidos y *B* de México, ello querrá decir que hay cosas que *A* puede obtener de *B* pero que *B* no puede obtener de *A*. Ello propicia una asimetría procesal que genera no sólo injusticias, sino compromete la legalidad y legitimidad del proceso.³⁵

La disparidad en este caso —que no es teórico— ha propiciado una situación de desventaja a las partes cuyos abogados están regidos por derecho mexicano. Dicha disparidad es especialmente lamentable en que obedece al laconismo mexicano aquí denunciado. La respuesta que la praxis arbitral ha confeccionado es un régimen tildado

³³ El Poder Judicial merece aplauso en la tutela conferida en esta materia.

³⁴ Ya no es raro observar que partes mexicanas, actuando en base a derecho mexicano, con árbitros mexicanos, y cuya materia está en México, pactan, siguen y cumplen procesos de intercambio documental con sofisticación similar a la que se sigue en jurisdicciones de *common law*. La praxis trasnacional arbitral ha decantado la aceptabilidad de dicho instrumento procesal a tal grado que inclusive practicantes civilistas la siguen sin chistar.

³⁵ El principio de igualdad y debido proceso es la Carta Magna del arbitraje (artículo 1434 del Código de Comercio).

coloquialmente como “cláusula de nación más favorecida”: si una parte esgrime un privilegio, debe estar dispuesto a que se extienda a favor de la otra, aun si no deviene *ex lege*. De la *lex causae*. Así se guarda la simetría procesal, resguardando el debido proceso.

La última aseveración merece consideración. El aspecto más importante de todo este tema es el de debido proceso —lo cual tiene asidero constitucional y convencional—. Constitucionalmente, los artículos 14 (debido proceso), 16 (privacidad) y 17 (tutela judicial efectiva) exigen la tutela de la relación cliente-abogado. Convencionalmente, el artículo 80. de la Convención Americana de Derechos Humanos incluye cuatro derechos que sirven de asidero a esta noción: el derecho a (i) ser oído en un proceso *con las debidas garantías*, (ii) medios adecuados para la preparación de su defensa, (iii) comunicarse libre y privadamente con su defensor, y (iv) no ser obligado a declarar en contra de sí mismo (auto incriminarse). Como lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso³⁶ el secreto profesional es inherente a la prestación de servicios legales y forma parte del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, abarcando las comunicaciones entre el abogado y su cliente. En sus palabras:³⁷

La Corte considera que la conversación telefónica entre [el cliente y su abogado] era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional.

3. PROPUESTA: DEMOS LUZ A UNA NUEVA DISCIPLINA

Habiendo expuesto el régimen existente, haciendo ver sus carencias, propongo que demos luz a un nuevo régimen que sea independiente, especializado y robusto. Uno que tome con seriedad lo sutil y complejo de esta materia, y sobre todo la necesidad a satisfacer. Para ello, a continuación hago una exposición y descripción de lo que considero que son los temas que dicho régimen debe contener, haciendo una propuesta de régimen a adoptar en el contexto de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (que por concisión llamaré *Propuesta*). La *Propuesta* se basa en un trabajo realizado por un grupo de trabajo compuesto por el (entonces) presidente de la BMA José Mario de la Garza Marroquín.³⁸

³⁶ Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, No. 193.

³⁷ Id. ¶75. El contexto fue el artículo 11 de la CADH: protección a la vida privada. Y sobre ello, la CIDH dijo (¶55): “La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.”

³⁸ El grupo de trabajo fue encabezado por este autor. Incluyó a Cuauhtémoc Reséndiz, Gonzalo Alarcón y Francisco Riquelme. Deseo agradecer a dichos colegas su profesionalismo, esmero y paciencia en la revisión y comentarios a los diversos proyectos que les propuse. Corroboré y reiteré sus habilidades legales, sabiduría y deseo sincero y bien intencionado de trabajar para nuestro Colegio y país. Fue un placer, además de privilegio, trabajar con ellos. (Este ensayo sin embargo refleja únicamente mi opinión. Ningún error les es imputable).

Esta disciplina debe comprender dos grandes temas: Secreto Profesional (§3.2) y Producto del Trabajo Jurídico (§3.3). A continuación los comento, no sin antes dar algunos antecedentes (§3.1).

3.1. ANTECEDENTES

La elaboración de la *Propuesta* tuvo como trasfondo reconocer que hay mucho que aprender. Si, necesitamos un régimen propio. Uno que tome en cuenta las características de nuestro sistema. Pero no tenemos por qué adoptarlo con los ojos cerrados. Existe una enorme cantidad de experiencia que puede ser capitalizada en la elaboración de nuestro régimen. Luego entonces, se buscó encontrar un punto medio adecuado entre dos objetivos: crear e inventar. No comenzar a partir de una *tabula rassa* sino aprender de la experiencia extranjera. Eso, considero, es uno de los grandes beneficios del derecho comparado: cotejar para mejorar.³⁹ Tomar lo que ha servido en otras jurisdicciones, desechando lo que no, para, *mutatis mutandis*, crear un régimen propio que considere y respete las necesidades de nuestro sistema jurídico y país.

Las jurisdicciones que sirvieron de modelo fueron Estados Unidos de América, Reino Unido, Alemania, Francia, Suiza y el régimen Europeo (particularmente de competencia económica).

El ejercicio fue estimulante, pero difícil. Existe una enorme diversidad —a veces discrepancia— entre las posturas tomada por distintas jurisdicciones. Esta fue estudiada, digerida y decantada. Las propuestas que aquí se hacen tienen un ánimo no sólo sintético sino propositivo y progresivo: tildar la balanza del lado de lo que la experiencia, la lógica y las realidades del sistema jurídico mexicano necesitan, con miras a contar con la mejor norma posible.

Hecho el esfuerzo, estoy convencido que la materia exige un régimen jurídico especializado, que descansa en una filosofía, que contenga conceptos jurídicos ponderados y detallados, que satisfagan la necesidad que existe, dejando atrás el régimen *champiñoneado* vigente, que dista de ser cabal.

3.2. SECRETO PROFESIONAL

3.2.1. *Concepto*

No existe *un* concepto uniforme de secreto profesional. Salvo una cuestión (el *motif*) la diferencia en aproximación versa sobre todos los aspectos del concepto.

³⁹ De hecho, propondría que es una ventaja competitiva que tenemos como país y no hemos explotado. El que otros nos hayan precedido significa que podemos ahorrarnos sus errores —no hay esfuerzo humano perfecto. No hay acción que no propicie implicaciones imprevistas— y capitalizar el resultado de los mismos haciendo nuestro el estado más avanzado de la reflexión y praxis existente.

3.2.1.1. Nomenclatura

Comencemos con la nomenclatura. Mientras que algunos hablan de “protección”, otros hablan de “privilegio”⁴⁰ el “*privilegio* cliente-abogado” es el término de arte del *common law*. *Black’s Law Dictionary* lo define como:

[a]special legal right, exemption, or immunity granted to a person or class of persons; an exception to a duty

[un derecho legal especial, una exención, o inmunidad otorgada a una persona o a una colectividad; una exención a un deber]

La traducción conceptual de lo anterior podría ser tanto “protección” como “privilegio” pues lo que logra el secreto es justamente eso: tanto una protección y un privilegio: se *protegen* las comunicaciones entre un cliente y su abogado. Se confiere un *privilegio* en su acepción común y corriente: una “*exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia*”.⁴¹ Ello pues lo que permite el Secreto Profesional es justamente eso: una *exención* a una *obligación* por cierta *circunstancia*. La *obligación*: divulgar. La *circunstancia*: por existir una relación cliente-abogado.

Luego entonces, es válido tanto *semántica* como *conceptualmente* hablar tanto de “protección” como de “privilegio”.

3.2.1.2. Tipos

Aunque en este ensayo me enfocaré en el privilegio derivado de la relación cliente-abogado, la materia puede —debe— extenderse a otras áreas donde existe la misma cuestión a tutelar. Por ejemplo, la relación doctor-paciente, guía espiritual-fiel, periodista-fuente, y entre cónyuges.⁴² En todos dichos casos, existe un interés tanto individual como colectivo que resguardar, tal que se justifica tutela. Veámoslos:

- Doctor-paciente: existe un interés *individual* en que un paciente tenga la confianza que, si revela una confidencia a su doctor, el doctor no la revelará sin su autorización. Existe un interés *colectivo* en que los médicos reciban toda la información relevante para dar la atención médica correcta. Dicho interés existe siempre pero se magnifica cuando el servicio deriva del sistema de salud pública, o cuando ante enfermedades contagiosas. La salud nos concierne a todos.

⁴⁰ Ver por ejemplo el criterio contenido en el Registro 2013587 (“SECRECÍA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE UN ABOGADO Y SU CLIENTE. ES APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA”) que expresamente utilizan la palabra “privilegio”. En sus palabras “El *privilegio* de la secrecía de las comunicaciones entre un abogado y su cliente. [...]”.

⁴¹ Diccionario de la Real Academia Española.

⁴² Algunos proponen que también exista entre el contador y su cliente.

- Guía espiritual-fiel: existe un interés *individual* en que el fiel que se acerca a un guía espiritual para obtener orientación espiritual no vea su confianza desdicha mediante la divulgación de aquello que se confió para obtener la orientación deseada. Existe además un interés *colectivo* en que se respete el ejercicio de las libertades religiosas.
- Periodista-fuente: existe un interés *individual* en que una persona que confía información a un periodista no pueda ver su confianza traicionada, especialmente cuando hacerlo implica riesgo.⁴³ El interés *colectivo* involucrado es que fomenta la libertad de expresión y el derecho a la información.
- Entre cónyuges: existe un interés *individual* en que lo revelado a un cónyuge no pueda ser usado en su contra forzando al cónyuge a divulgarlo. El interés *colectivo* reside en no lastimar la figura del matrimonio, que es de interés social: es la célula de la organización de la sociedad.

Todas dichas relaciones merecen protección. En este ensayo; sin embargo, me enfoco en la legal. (Idealmente el cuerpo normativo que se confeccione podría establecer comunes denominadores y diferencias que deriven del estatus correspondiente).

3.2.1.3. Alcance

El alcance es materia de diferencia. Mientras que algunos sistemas jurídicos abarcan *todo* lo que un abogado aprenda en el ejercicio de su mandato, otros lo restringen a que lo comunicado sea *en confidencia*. Mientras que algunos protegen el *medio* de comunicación, otros protegen el *contenido*.

3.2.2. Propósitos

Existe tanto dispersión (§3.2.2.1) como consenso (§3.2.2.2) respecto de los propósitos que animan el régimen. Veámoslos.

3.2.2.1. Diferencias

Respecto de los fines del secreto profesional, la experiencia comparada muestra comunes denominadores y diferencias. Mientras que en Estados Unidos e Inglaterra la protección (*privilege*) juega un papel importante,⁴⁴ y es en buena medida fruto de desarrollo pretoriano,⁴⁵ en Alemania ha recibido menos atención judicial. Su cuerpo normativo es

⁴³ Piénsese por ejemplo en casos en que la información involucra a personas con poder. Piénsese en situaciones en que identificar el testigo pondría su seguridad o vida en peligro.

⁴⁴ Más en Estados Unidos que en Inglaterra.

⁴⁵ Se trata de una disciplina desarrollada en forma independiente al deber de confidencialidad. Su alcance es inferior que el deber de confidencialidad.

derecho escrito y está contenido en los códigos procesales. Es entendido como el corolario necesario del deber de confidencialidad del abogado.

En Estados Unidos históricamente el propósito original del secreto profesional era proteger el honor del abogado al no ser obligado a revelar un secreto de su cliente. Hoy en día el propósito es distinto. El *leitmotiv* del secreto profesional es propiciar la comunicación franca entre quien confía una confidencia y su destinatario pues ello promueve el interés público de observancia del derecho y la administración de justicia. Ello merece tutela por dos motivos. Primero, por que coadyuba con la justicia. Es necesario cerciorar asesoría adecuada para cerciorar que la justicia es lograda. Segundo pues, en su ausencia, sería difícil —en casos extremos, imposible— obtener asesoría jurídica necesaria para cumplir adecuadamente con el régimen existente.⁴⁶ Dicho cometido genérico tiene aplicaciones específicas diversas. Por ejemplo, cómo planear actividad diversa de tal forma que se acate el régimen legal aplicable. El objetivo perseguido por el secreto profesional en Estados Unidos es explicado la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos así:⁴⁷

the purpose is to encourage full and frank communications between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of the law and administration of justice. The privilege recognizes that sound legal advice or advocacy serves public ends and that such advice or advocacy depends upon the lawyer's being fully informed by the client

[el propósito es alentar comunicaciones completas y francas entre los abogados y sus clientes y por ende promover el interés público mayor en la observancia de la ley y la administración de justicia. El privilegio reconoce que la asesoría o defensa jurídica sirve para un fin público y que dicha asesoría o defensa dependen de que el abogado esté totalmente informado por el cliente]

Expuesto negativamente:⁴⁸

The purpose of the privilege is to encourage clients to make full disclosure to their attorneys. As a practical matter, if the client knows that damaging information could more readily be obtained from the attorney following disclosure than from himself in the absence of disclosure, the client would be reluctant to confide in his lawyer and it would be difficult to obtain fully informed legal advice

[El propósito del privilegio es alentar a los clientes a revelar de manera total la información a sus abogados. Como cuestión práctica, si el cliente sabe que la información que le es

⁴⁶ Un tercer cometido a veces utilizado es proteger el interés del cliente en poder decidir por sí mismo si debe divulgarse información confidencial—y en su caso qué debe divulgarse.

⁴⁷ *Upjohn Co v US*, 449 US 383, 389 (1981). Dicha visión es añeja. Por ejemplo, en *Hunt v Blackburn* (128 US 464 (1888)) se dijo: “The rule which places the seal of secrecy upon communications between client and attorney is fonder upon the necessity, in the interest and administration of justice, of aid of persons having knowledge of the law and skilled in its practice, which assistance can only be safely and readily availed of when free from the consequences or the apprehension of disclosure.”

⁴⁸ *Fisher v US*, (425 US 391).

prejudicial puede ser obtenida del abogado después de que se la compartió, el cliente sería renuente a confiar en sus abogados y será difícil obtener una asesoría legal informada

Y respecto de la perspectiva individual:⁴⁹

The client-privilege rests on the need for the advocate and counsellor to know all that relates to the client's reasons for seeking representation if the professional mission is to be carried out

[El privilegio del cliente descansa en la necesidad del abogado o asesor de saber todo lo que se relaciona con los motivos del cliente para solicitar representación, y para que dicha misión profesional se lleve a cabo]

La visión expuesta en los casos citados colisiona con un objetivo importante: En averiguar la verdad. En Estados Unidos dado que el privilegio complica la determinación de la verdad, se interpreta estrictamente.⁵⁰ Algo semejante puede decirse de Europa en el contexto de las investigaciones de competencia económica: al considerarse violaciones a los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea, se entienden como transgresiones serias al mercado europeo. Aunado a la dificultad de su detección, como resultado, la Corte de Justicia Europea ha decidido interpretarlas en forma estricta.

Algunas jurisdicciones llevan esto un paso más adelante. En Alemania por ejemplo, se considera que el abogado es un “agente de la administración de justicia”,⁵¹ lo cual implica que es co-responsable por su buen funcionamiento. Para ello, la confianza es necesaria: únicamente la asesoría franca, competente y bien realizada puede lograr el propósito, para lo cual debe revelarse toda la información. Sin confianza ello no es realizable. Imponer la obligación al abogado de divulgar información confiada por su cliente pondría en peligro el funcionar del trabajo a ser realizado por el abogado y por poner en peligro la administración de justicia.

3.2.2.2. Semejanzas

No obstante las diferencias en las aproximaciones, existe consenso sobre propósito: las comunicaciones entre el cliente y su abogado son dignas de protección pues ello fomenta conversaciones francas que permiten asesoría cabal. La suposición que existe es que el cliente no daría toda la información necesaria a un abogado para que confiera asesoría jurídica si el cliente no puede estar seguro que lo que divulgue no será revelado. Y dicho propósito *individual* trae aparejado un propósito *general*: la correcta administración de justicia.

⁴⁹ *Trammel v US*, (445 US 40 (1980)). *Upjohn Co v US*, (449 US 383 (1981)).

⁵⁰ *Westinghouse Elec Corp v Republic of Philippines*, 951 F2d 1414 (3rd Cir 1991); *US v Wells*, 929 F Supp 423 (SD Ga 1996).

⁵¹ Sección 1 de la *Bundesrechtsanwaltsordnung* (Ley Federal sobre Abogados).

3.2.2.3. *Propuesta*

Tomando en cuenta lo anterior, propongo que la *ratio legis* sea proteger la comunicación del cliente con su abogado por ser ello individual y colectivamente deseable. Al respecto, la *Propuesta* dice:

I. PROPÓSITO

1. El propósito del secreto profesional es proteger la comunicación abierta y franca entre el cliente y el abogado, para propiciar el adecuado asesoramiento y, en su caso, el planteamiento de los medios correspondientes para la solución de los conflictos o la defensa de los intereses del cliente. Es condición indispensable para el adecuado ejercicio profesional del abogado, en servicio del derecho y para coadyuvar en la realización de la justicia.
2. En ausencia del secreto profesional el cliente no brindaría al abogado toda la información necesaria para que el abogado le brinde asesoría jurídica efectiva. Ello ocurriría si el cliente no tuviera certeza de que lo que revele a su abogado no será revelado.

3.2.3. *Titularidad*

El secreto profesional pertenece al cliente. Nadie cuestiona dicho principio. Lo que es materia de diferencia es el papel del obligado a guardarlo (el abogado) respecto del mismo: cómo, cuándo y porqué esgrimirlo. Por ejemplo, mientras que en Estados Unidos sólo el cliente puede invocarlo, en Alemania, aunque el privilegio pertenece al cliente, sólo el abogado puede invocarlo.⁵² En otros sistemas lo pueden invocar ambos, de allí que algunos digan que el secreto profesional pertenece tanto del cliente como del abogado, quien puede esgrimirlo como escudo respecto de una solicitud de revelación de información.

Propongo que distingamos *titularidad* de *invocabilidad*. Mientras que el secreto le pertenece al cliente (quien es el amo del mismo), puede ser invocado *qua* defensa tanto por el cliente como el abogado. Por ello, es conveniente concebir el secreto profesional como una espada y como un escudo. Es *espada* del cliente y *escudo* del abogado. Mientras que el cliente puede esgrimirlo para defenderse, el abogado puede escudarse de una orden que busque obligarlo a divulgar el secreto profesional. Por lo anterior, considero que la mejor visión de esta cuestión es que el secreto profesional:

- Titularidad: le pertenece al cliente, y sólo al cliente. Decir que le pertenece al abogado confunde y abre discusiones que es mejor evitar.
- Invocación: puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado, quien deberá hacerlo inclusive cuando el cliente no lo haga (sea por que lo ignore o no

⁵² Secciones 383(1) No. 6 y 142(2) del Código de Procedimiento Civil alemán.

esté en condiciones de ejercerlo⁵³). Y la obligación del abogado a resguardarlo es una obligación *de medios*, no *de resultados*, que exige emplear todos los medios que sean razonablemente aceptables para preservarlo.

Por lo anterior, mientras que el cliente es el “amo” del secreto; el abogado el “esclavo” del mismo.

La *Propuesta* dice al respecto:

II. TITULARIDAD E INVOCACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

3. El secreto profesional es un derecho del cliente. Es también un derecho del abogado invocar para su protección.

4. El secreto profesional puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado. Si el cliente lo invoca, el abogado está obligado a acatarlo. Es un deber del abogado hacer uso de los medios legales razonables para preservarlo.

La segunda oración del punto 3 fue resultado del consenso del grupo de trabajo. En mi opinión hubiera sido más preciso decir “*El secreto profesional es un derecho del cliente. Es obligación del abogado invocar para su protección.*”

3.2.4. *Ámbito subjetivo, ratione personae*

No cualquier comunicación está protegida por el secreto profesional. Debe involucrar a un *cliente* (§3.2.4.1) y a un *abogado* (§3.2.4.2). Veamos cada uno por separado.

3.2.4.1. *Cliente*

Es necesario ser “cliente”. Es decir, no cualquier relación puede estar cobijada por el secreto profesional, debe tratarse de una relación en la que el profesional prestará (actual o potencialmente) un servicio profesional, *qua* profesional.

Cuando la relación del abogado es con una *persona física* suele no existir duda sobre quién es el cliente. Pero cuando la relación es con una *persona moral*, la duda que surge es el alcance del “cliente”. No es infrecuente que un abogado interactúe con múltiples personas físicas que encarnan puestos diversos dentro de la organización que constituye la persona moral. Ante ello, surge la duda sobre quién cuenta como “cliente”. ¿Quién habla por el cliente? ¿Quién es el interlocutor válido? ¿Hasta dónde se debe entender que está comprendido el manto del concepto “cliente”?

Mientras que existe acuerdo sobre los *extremos*, existe diferencia en los puestos *medios*. Por ejemplo, está claro que el presidente o director general sería interlocutor válido.

⁵³ Por ejemplo, por no estar consciente, estar en estado de interdicción, o inclusive por haber fallecido. El deber de guardar el secreto profesional subsiste inclusive cuando su titular ha fallecido (a menos que el sucesor del bien tutelado por el mismo lo renuncie).

También está claro que la recepcionista o guardia de la recepción *no* habla por el cliente. Dentro de dichos extremos, ¿dónde estaría el punto medio correcto? ¿Dentro de la estructura orgánica de una empresa, hasta qué nivel jerárquico puede hablarse de directivos o personal que habla por la persona moral?

La pregunta recibe respuestas en jurisdicciones distintas. Aunque todos protegen comunicaciones entre el cliente y su abogado, el alcance de lo que se entenderá como “cliente” varía. Mientras que en Alemania no importa si el abogado recibe la información del cliente o un tercero, siempre que la información verse sobre el mandato del cliente. En Reino Unido se ha sostenido que sólo los funcionarios de alto nivel están autorizados para comunicarse con abogados por parte del cliente.⁵⁴ En Estados Unidos se ha adoptado una postura más amplia: la protección se extiende a empleados de la persona moral *siempre que las comunicaciones tengan lugar como parte del ámbito de responsabilidad del empleado en cuestión*. (Es decir, ha rechazado lo que se había conocido como el “control group test”⁵⁵).

Tomando en cuenta todo lo anterior, después de análisis y discusión, el grupo que trabajó en la *Propuesta* decidió proponer una solución profiláctica: será “cliente”, y hablarán por él, los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral en cuestión.

La *Propuesta* adopta una segunda regla que busca esclarecer situaciones ambiguas: El secreto profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a los incluidos en la regla general (los más altos directivos, empleados de confianza y director jurídico) cuando (i) actúen dentro del ámbito de sus competencias y (ii) la información amparada por el Secreto Profesional sea *necesaria* para el desempeño de sus funciones.

Es por todo lo anterior que la *Propuesta* establece:

8. La protección del secreto profesional, respecto de personas físicas, abarca confidencias compartidas a un abogado por el cliente mismo, o por persona que lo haga a su ruego.
9. Respecto de personas morales, es necesario que quien transmita la información que se desea que esté cubierta por el secreto profesional cuente con facultades de representación para hacerlo. Se entenderán comprendidos dentro de lo anterior los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral.
10. El secreto profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a la descrita en el párrafo anterior, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias dentro de la empresa y dicho ámbito de competencias involucre el conocimiento de la información materia del secreto profesional.

⁵⁴ El caso que arrojó la regla (*Three Rivers (No 5)*) involucró un banco.

⁵⁵ *Upjohn Co. v US*, 449 US 383 (1981).

3.2.4.2. Abogado

La relación cliente-abogado debe necesariamente involucrar a un “abogado”. Ello resuena a verdad de Perogrullo. Sin embargo, existen tres cuestiones que derivan de ello y que no son evidentes: el estatus de “abogado” (§i), los miembros del equipo del abogado (§ii), y los abogados de empresa (§iii).

(i) Estatus de “abogado”

Para ser “abogado” en la relación cliente-abogado, hay que ser abogado; es decir, un profesional calificado como tal conforme al régimen académico y profesional aplicable. De no reunir los requisitos para ser considerado “abogado”,⁵⁶ no nace el privilegio de protección de la relación cliente-abogado.

Lo anterior torna relevante (y peligrosa) la práctica no infrecuentemente vista de abogados que nunca concluyeron los trámites para finiquitar sus estudios y obtener su grado profesional, pero que no obstante ello son profesionales activos —a veces prominentes—.

¿Qué hacer al respecto?

Dados los fines de este ensayo, me ciño a hacer ver que la situación descrita puede detonar responsabilidad civil (profesional o por hecho ilícito) de personas que se ostentan como abogado y no lo son del todo. Si, confiando en que conversa con un abogado y por ende lo confiado estaría protegido, una persona divulga algo delicado que es eventualmente forzosamente revelado por no existir *en verdad* la protección del secreto profesional, ello podría ser considerado mala praxis o hecho ilícito del género generar responsabilidad civil a cargo del (pseudo) abogado obligado a revelar. El ilícito sería ostentarse falsa o inexactamente como abogado ante el cliente.

(ii) Equipo del abogado

¿Qué hay de los miembros del equipo o personal administrativo del abogado? ¿Deben gozar el mismo privilegio? La respuesta es menos evidente de lo que parece a primera impresión. Por un lado, no son “abogados”. ¿Por qué deberían entonces gozar del privilegio conferido a abogados?—que dicho sea de paso podría entenderse de interpretación estricta—. ⁵⁷ Por otro, las abogados suelen no actuar solos. No extender la protección a quienes colaboran con él podría implicar porosidad inadvertida y peligrosa.

La respuesta que se propone en la *Propuesta* es positiva. El motivo es triple. El abogado es contratado por su profesionalismo, lo cual incluye el del equipo que encabeza o del que

⁵⁶ Mientras que existen instituciones educativas que emiten títulos de “Licenciado en Derecho”, otras emiten títulos de “Abogado”. Todas deben ser respetadas, siempre que sean aceptadas por la autoridad educativa competente.

⁵⁷ Como lo hacen en, por ejemplo, Estados Unidos de América al entenderse como una excepción al principio de búsqueda de la verdad.

forma parte. Ello incluye profesionales en ciernes que lo conforman. Segundo, si el personal administrativo estuviera descubijado, el secreto profesional sería poroso; fácil de burlar. Tercero, se obligaría al abogado a tomar protecciones onerosas e innecesarias, lo cual incluiría realizar tareas administrativas que generarían sobrecostos que serían desperdicio.

(iii) *Abogado interno de la persona moral*

La cuestión de la existencia de protección por secreto profesional a las labores del abogado interno de personas morales es una de las que más diferencia de respuesta recibe. Aunque existe unísono en el derecho comparado que las comunicaciones con abogados *externos* son las protegidas, las *internos* no. Mientras que en Estados Unidos e Inglaterra la protección también se extiende al abogado *interno*,⁵⁸ Europa ha negado dar protección al abogado interno razonando que no tienen el mismo nivel de independencia. Desde el caso *AM& S Europe Limited v Commission*⁵⁹ en el que se sostuvo que las comunicaciones intercambiadas entre abogado y cliente estaban protegidas siempre que dichas comunicaciones “emanen de abogados independientes, es decir, abogados que no están vinculados al cliente mediante un vínculo de empleo”, ha existido un debate intenso sobre si las comunicaciones de los abogados *internos* deben merecer la misma protección.⁶⁰ Y el resultado del debate es, al día de hoy, negativo: la Corte de Justicia de la Unión Europea ha rechazado que las comunicaciones con abogados internos merezcan la protección de secreto profesional argumentando que el abogado interno “no cuenta con la independencia de su patrón como la que tiene el abogado externo. Como resultado, el abogados internos tienen menos habilidad para manejar efectivamente los conflictos entre sus obligaciones profesionales y los propósitos del cliente”.⁶¹ Como puede observarse, el paradigma europeo es limitado: los abogados internos están en una posición fundamentalmente distinta a los abogados externos.

En Reino Unido la saga *Three Rivers*⁶² ha arrojado como regla que “cliente” es la persona que solicita asesoría jurídica. Sólo las comunicaciones que involucran a los individuos expresa o implícitamente autorizados por la entidad que conforma el cliente a dar instrucciones (es decir, que tienen la tarea de obtener asesoría jurídica) al abogado externo y

⁵⁸ Sin embargo, el abogado debe estar contratado como abogado. No en capacidades diversas, como asesor de otras materias o simplemente empleado.

⁵⁹ Case 155/79 *AM& S Europe Limited v Commission* _1982_ ECR 01575.

⁶⁰ Un argumento interesante al respecto es la aseveración que la independencia de un abogado debe determinarse mediante referencia a las obligaciones éticas y profesionales a las que un abogado está sujeto al estar admitido a la barra, y no a la relación laboral.

⁶¹ Case C-550/07 *P Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v Commission* _2010_ ECR I-08301, Opinion of AG Kokott, ¶55 *et seq.*

⁶² *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 4) _2002_ EWCA Civ 1182, _2003_ 1 WLR 210. *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 5) _2003_ QB 1556 (CA). *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 6) _2005_ QB 916 (CA). *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No 6) _2005_ A AC 610 (HL).

recibir la asesoría del abogado externo (que pueden ser distintas) podrán estar protegidos por el privilegio legal.⁶³

Esta cuestión generó debate en el grupo de trabajo. Después de analizar las implicaciones de todas las visiones, se decidió por dejar claro que, si el abogado actúa como abogado, contará con el privilegio. El que sea el abogado interno no cambia dicha situación. En cambio, tomar la postura contraria implicaría que el papel más importante por el que una persona moral suele tener un abogado interno sería diluido.

Por todo lo anterior, la *Propuesta* indica al respecto:

5. Es necesario que el profesional al que el cliente le confía algo que desea mantener confidencial sea abogado habilitado para el ejercicio profesional del derecho.
6. El deber del secreto profesional se extiende a personas bajo el control o supervisión del abogado.
7. El secreto profesional se extiende a otros profesionales cuando el servicio que prestan versa sobre el ejercicio de derechos que incluyen el deber de guardar el secreto profesional.

3.2.5. *Ámbito ratione materia*

El alcance del secreto profesional es variado. A continuación se explicarán los aspectos de diferencia en base con lo protegido (§3.2.5.1), el medio o contenido (§3.2.5.2), y su distinción (§3.2.5.3) para luego explicar la *Propuesta* (§3.2.5.4).

3.2.5.1. *Confidencia*

En todas las jurisdicciones se protegen las confidencias. Pero donde empieza la diferencia es si la protección se ciñe a confidencias. Y al respecto el panorama es variopinto. Mientras que algunos consideran que abarca todo, otros consideran que la protección no se extiende a *peccata minuta* y otro tipo de cuestiones. Ejemplifican los primeros Suiza, donde el secreto profesional se extiende a todo lo que el abogado aprenda en el ejercicio de su

⁶³ El caso involucró el colapso de 1991 de BCCI y la subsecuente investigación al respecto. Para ello se creó la *Bingham Inquiry Unit* (conformado por tres funcionarios bancarios encaminados a manejar todas las comunicaciones entre el banco y el esfuerzo de investigación encabezado por el <<reconocido>> Lord Justice Bingham. El banco obtuvo asesoría de un despacho prominente <<Freshfields>>. Durante la misma, se dio asesoría sobre cómo preparar y presentar la evidencia del banco a quienes realizaban la investigación). Los liquidadores de BCCI demandaron a Bank of England por parte de los acreedores de BCCI basándose en el informe derivado del Bingham Inquiry (el *Bingham Report*). En dicho contexto se solicitó la revelación de documentos preparados por el banco y transmitidos al Bingham Inquiry Unit. Siendo que la investigación no era adversarial, no se pudo esgrimir el privilegio del trabajo jurídico (*litigation privilege*) sino el equivalente al secreto profesional: *legal advice privilege*.

mandato.⁶⁴ Ejemplifican los segundos Alemania, Estados Unidos y Reino Unido. En Alemania, la información sobre la identidad del cliente y hora de las juntas está protegida si el cliente así lo desea. En Estados Unidos y Reino Unido ello no se protege pues no se entiende que forma parte de la *comunicación* entre el cliente y abogado.

Un aspecto de coincidencia es el propósito: la comunicación debe tener como finalidad *obtener asesoría o asistencia jurídica*. De lo contrario, la protección no acaece.

La duda ha surgido sobre el alcance de la protección ante asesoría diversa. Es decir, su alcance ante diversos tipos de asesoría o una charla que incluye muchas cosas. Siendo que mucho puede ocurrir durante una conversación, las discusiones de grado han sido resueltas en Estados Unidos y Reino Unido exigiendo que la asesoría jurídica sea el *propósito predominante* de la consulta. Alemania por el contrario no distingue entre asesoría legal, económica, financiera o de negocios. Lo único que pide es que el abogado sea contactado *en su capacidad de abogado*, no particular. Subyace el razonamiento que puede ser difícil discernir y artificial dividir, y que detrás de la asesoría pueden existir consideraciones económicas, financieras o de negocio.

3.2.5.2. ¿Comunicación o contenido?

Una de las grandes divisiones sobre esta cuestión consiste en si lo que se protege es la comunicación o el contenido de la misma. Mientras que en Estados Unidos de América y Reino Unido protegen la *comunicación* mas no la *información*, en Alemania la protección es a la *información* subyacente, no el *medio de comunicación*.

La cuestión es importante pues acarrea implicaciones diversas. Si lo que se protege es el *medio*, no el *contenido*, ello necesariamente implicará que:

- (1) La protección no se pierde por el hecho que el contenido se haya revelado a un tercero o se haga público.
- (2) El contenido puede tener una protección independiente del secreto profesional (por ejemplo, estar amparado por un deber de confidencialidad o ser un secreto industrial).
- (3) Los documentos pre-existentes no se convierten en “privilegiados” por que hayan sido otorgados por el cliente al abogado.
- (4) No existe renuncia al secreto profesional si son inadvertidamente revelados. Por ejemplo, si una parte espía, roba documentos, graba ilícitamente, o escucha de forma no autorizada la conversación (siempre que se hayan tomados las medidas razonables para prevenirlo).

⁶⁴ ATF 117 Ia 341 Me B. et X., du 11 septembre 1991. Bohnet, François *Les grands arrêts de la profession d'avocat*, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, 3e édition, 2015, p.276.

En Europa la protección de las comunicaciones entre el cliente y el abogado existe sin importar quién (abogado o cliente) redactó el documento o el formato en que esté elaborado o almacenado.⁶⁵ Los correos electrónicos tienen el mismo tratamiento que documentos hechos por escrito en papel. A su vez, la protección se extiende a comunicaciones orales. Por lo anterior, es válido decir que, cuando lo que se protege es el medio, ello abarca *cualquier* medio. No importa que sea físico (papel; dossier), electrónico (un correo electrónico o *chat* en Whatts App) o verbal (una conversación).

3.2.5.3. *Confidencia, secreto y confidencialidad*

El secreto profesional y el deber de confidencialidad son distintos. Si bien se asemejan en que el destinatario de la obligación está obligado a no revelar lo que conoce, existen diferencias. Por ejemplo:

- El deber de confidencialidad es más amplio que el secreto profesional.
- El deber de confidencialidad es sustantivo, el secreto profesional más procesal. (Suele ser una regla procesal evidencial. Probatoria. Sin embargo, a veces existe regulación sustantiva).
- Mientras que el secreto profesional deviene de ley, los deberes de confidencialidad suelen tener fuente diversa —a veces legal; a veces contractual—.
- El deber de confidencialidad puede ceder ante otros imperativos legales. El secreto profesional es absoluto.

3.2.5.4. *La Propuesta*

Por todo lo anterior, la *Propuesta* contempla lo siguiente:

12. La protección de secreto profesional incluye aquello que:

- (a) Revele las confidencias del cliente;
- (b) El cliente identifique expresamente como tal;
- (c) El abogado confiera al cliente, si el abogado es contratado para dar asesoría jurídica.

13. Las opiniones que el abogado dé al cliente estarán protegidas por el secreto profesional.

14. La protección se extiende a la comunicación misma, no al contenido. La protección del contenido es contingente en la naturaleza misma de la información. La protección del secreto profesional es independiente de la protección que el contenido de la información transmitida por el cliente encuentre de conformidad con alguna disposición jurídica.

⁶⁵ Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* _1982_ ECR 01575, ¶22.

15. La protección de secreto profesional existe al margen del medio de comunicación empleado.

17. El secreto profesional no se extiende a información trivial.

3.2.6. *Ámbito ratione temporis*

La temporalidad del secreto ha propiciado diferencias. Las abordaré comenzando con las relaciones actuales y potenciales (§3.2.6.1), la situación una vez concluida la relación profesional (§3.2.6.2), con miras a dar contexto a la *Propuesta* (§3.2.6.3).

3.2.6.1. *Actual o potencial*

Mientras que el escenario “actual” requiere menos explicación —si se entabla una relación cliente-abogado, aplicará la protección del Secreto Profesional— la situación “potencial” busca abarcar situaciones en que se está contemplando entablar una relación profesional, pero no se materializa. Piénsese por ejemplo en una entrevista entre un cliente y un abogado con la finalidad de que el cliente decida si desea contratar los servicios de un abogado. O un “*beauty-contest*”: cuando se invitan a equipos diversos a hacer propuestas para ser consideradas competitivamente.

Si en el contexto de una conversación en la cual un cliente *potencial* está contemplando contratar a un abogado, el cliente le revela al abogado una confidencia, ¿está amparada dicha confidencia por el secreto profesional si nunca se consuma la relación profesional? ¿Qué sucede si no solo no hay relación profesional sino que no hay remuneración alguna? ¿O si el cliente incumple con su obligación de pago?

La respuesta no es variada en el derecho comparado. En todas las jurisdicciones consultadas la protección se extiende a las comunicaciones entre el abogado y un cliente *prospectivo*. Es irrelevante el que el abogado sea eventualmente contratado.

Luego entonces, conforme al régimen que creemos en México, la protección del secreto profesional debe existir aun si no se materializó una relación profesional cliente-abogado.

3.2.6.2. *Post-relación profesional*

La protección de secreto profesional existirá en comunicaciones entre el cliente y el abogado, y cesará una vez que dicha relación concluya (por cualquiera de los dos). Ello no quiere decir que cesa la protección respecto de lo ya confiado, quiere decir que la protección no nace respecto de lo que pueda ocurrir después. La protección continuará respecto de las comunicaciones que ocurrieron mientras existió la relación cliente-abogado, inclusive después de que esta haya concluido.

En esta cuestión existe unísono en el derecho comparado. Por ejemplo, en Europa la protección cliente-abogado aplica al margen de cuándo ocurrió la comunicación: sea que

haya ocurrido antes o después del inicio de procesos. Siempre que exista una “relación” entre la materia y la investigación efectuada por la Comisión Europea, estará protegida.⁶⁶ En Alemania, Estados Unidos y Reino Unido el privilegio es ilimitado en tiempo. No cesa de existir una vez concluida la relación cliente-abogado, o que haya muerto el cliente. (Aunque en Alemania se considera que deja de existir privilegio si el interés del *de cuius* ha cesado con la muerte). Estados Unidos establece una excepción: si los herederos atacan el testamento.

3.2.6.3. Propuesta

En considerando todo lo anterior que la *Propuesta* contempla lo siguiente:

V. ÁMBITO TEMPORAL

A. VIGENCIA

18. El secreto profesional es *ad perpetuam*. Sobrevive la relación cliente-abogado. Sobrevive la vida del cliente.

B. CLIENTE PROSPECTIVO

19. El secreto profesional se extiende a las comunicaciones entre el abogado y el cliente prospectivo cuando las comunicaciones ocurran buscando algunos de los objetos del secreto profesional detallados en el lineamiento 12, al margen de que el abogado haya sido finalmente contratado o no.

El mensaje es claro: no existe consideración competitiva (*countervailing consideration* como se ha razonado) que desplace el deber del secreto profesional.⁶⁷

3.2.7. Excepciones

Existe una excepción generalmente aceptada al secreto profesional: la comisión de un delito *futuro*. Es decir, la asesoría *para* cometer un delito, en contraposición a la asesoría por cometer un delito. Mientras que el segundo caso involucra tutelar asesoría *en defensa* de un procesado por un delito *ya cometido*, la primera situación versa sobre asesoría *en preparación* de un delito *futuro*; para propiciar el éxito en su consumación. Mientras que la segunda debe ser protegida, la primera no. El razonamiento es que el interés social de contar con asesoría jurídica cesa cuando el propósito es cometer delitos: no hay interés social en proteger dicha actividad. Además el abogado no puede contar con protección cuando cómplice de un delito.⁶⁸

⁶⁶ Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission*, _1982_ ECR 01575, ¶23.

⁶⁷ La única duda que ha surgido de experiencia reciente a esta tajante aseveración es cuando ante terrorismo. El estado de mi investigación es que ello es un tema no resuelto. Y no estando resuelto, la visión que prevalece es que la protección es absoluta. Sin embargo, el tema es interesante. Podría erigirse en la única excepción al principio de protección absoluta del Secreto Profesional.

⁶⁸ Existe opinión en Estados Unidos y Reino Unido que no abarca “fraud”, entendido no solo en su acepción penal, sino también civil: como cualquier forma de engañar o de deshonestidad, incluyendo inducir al incumplimiento de un contrato.

Es tomando en cuenta lo anterior que la *Propuesta* contempla:

VII. Excepciones

30. La protección del secreto profesional es absoluta.

31. La protección del secreto profesional por trabajo jurídico concluye con la conclusión del servicio profesional que le da origen.

Como puede observarse, la versión final de *Propuesta* omitió la excepción de delito. Ello seguramente es omisión mía. Para remediarlo y contar con un texto que no descuida esta cuestión, propongo que al texto final que se añada:

El secreto profesional no abarca delitos futuros.

3.2.8. Pérdida y renuncia

El Secreto Profesional es un derecho que puede perderse o renunciarse. Los motivos son los siguientes:

(1) Revelación: cuando la confidencia se divulgue a terceros, deja en verdad de ser un 'secreto'. Ante ello, deja de existir la protección correspondiente.

Este razonamiento no es universalmente compartido, sin embargo, mientras que en Alemania la revelación accidental no implica renuncia a la protección, en Europa,⁶⁹ si el cliente envía documentos amparados por secreto profesional a terceros, pierde la protección.⁷⁰ En Estados Unidos la revelación resta carácter confidencial —a menos que sea accidental—, en cuyo caso no habrá renuncia si se tomaron pasos razonables para prevenirlo o rectificar el error. En Reino Unido la revelación accidental no resta protección siempre que exista corrección previa a la inspección por la autoridad competente. De lo contrario, puede ser usado por las autoridades que lo encuentren.

(2) Renuncia: el secreto profesional es un derecho del cliente. Puede por ende ser renunciado por el cliente —pero solo por el cliente—. En esto existe unisono: en todas las jurisdicciones examinadas puede ser renunciado por el cliente y solo por el cliente. Algo distinto ocurre con la protección del Producto Trabajo Jurídico, que pertenece tanto al abogado como al cliente por lo que ambos pueden renunciarlo. (Se considera que existe un interés *del abogado* a la secrecía del material que él generó y que es protegido como 'trabajo jurídico', como explicó en §3.3, infra.)

(3) Demanda: en Estados Unidos y Reino Unido se pierde el privilegio si el cliente demanda a su abogado por responsabilidad profesional (*malpractice*). En Alemania se considera una excepción a la protección del secreto profesional.⁷¹ Cuando ello sucede, la protección se pierde respecto de las comunicaciones entre el abogado y el cliente que son

⁶⁹ Case 155/79 *AM & S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 01575, ¶281.

⁷⁰ Por ende, si estos se encuentran en oficinas de terceros, se tiene por perdida la protección.

⁷¹ Lo cual es distinto pues, mientras que la renuncia implica que de allí en adelante ya no hay protección, la excepción implica que nunca existió protección.

necesarias para determinar la razonabilidad de la actuación del abogado y, por ende, sí existe responsabilidad.

Es tomando en cuenta lo anterior que la *Propuesta* dice:

16. El secreto profesional se pierde si:

- (a) El cliente revela a terceros la información;
- (b) Existen terceros ajenos al cliente o al abogado (y su equipo profesional o personas bajo supervisión del abogado) que están presentes al momento en que se confía la información correspondiente.

De nuevo, observo que la *Propuesta* omite algo: el caso de demanda al abogado. Propondría por ello que se añada una tercera hipótesis:

“(c) Si el cliente demanda al abogado y en la medida que la información sea atinente a los hechos relevantes.”

3.3. PRODUCTO DEL TRABAJO JURÍDICO

El secreto profesional ofrece una protección parcial. Incompleta. Es ante ello que se ha creado el concepto “Producto del Trabajo Jurídico”, para abarcar y colmar espacios dignos de tutela consistente en el resultado de la preparación para litigio. A continuación explico su razonamiento (§3.3.1) y alcance (§3.3.2) como antecedente de lo incluido en la *Propuesta* (§3.3.3).

3.3.1. *Objetivos*

El razonamiento que subyace a la protección del Producto del Trabajo Jurídico es tutelar el esmero. Resguardar los beneficios de la inteligencia. De la experiencia. Que la habilidad más valiosa del abogado —el conocimiento, la inteligencia y sus destrezas forenses— no sean apropiadas por otro, particularmente el adversario.

La preparación para litigio necesariamente exige estudio, trabajo, análisis. Decantar lo relevante de lo irrelevante; generar una teoría del caso, una estrategia. Y todo ello de preferencia en ausencia de interferencia. El resultado se vierte en material diverso como opinión, entrevistas, manifestaciones, memoranda, correspondencia, escritos, impresiones mentales, percepciones individuales. Ello arroja resultados tangibles e intangibles, todo lo cual se conoce como “*Attorney Work Product*” en Estados Unidos, “*Litigation Privilege*” en Reino Unido, y que hemos traducido “*Producto del Trabajo Jurídico*”.

En Estados Unidos y Reino Unido el razonamiento es protección del material preparado en anticipación a litigio o para litigio. Sin el mismo, los abogados estarían desincentivados a prepararse intensamente para litigio pues podrían ver que otro apropia el fruto de su labor, inteligencia y experiencia. Sirve para que el cliente y abogado se preparen con la seguridad de que otros no podrán obtener el fruto de su esmero.

De no existir este concepto, lo que ocurriría es ineficiencia, injusticia y prácticas agresivas en la preparación de los casos y en el contexto de ofrecer opiniones. El efecto sería desmoralizar. Como resultado, existe un interés tanto individual como agregado en resguardarlo: los intereses tanto de los clientes como de la justicia serían desfavorecidos sin el mismo.

3.3.2. Alcance

Aunqu existe común denominador en cuanto a *filosofía*, el *alcance* varía.

En Alemania el privilegio no se extiende al trabajo jurídico, sólo a los hechos confiados por el cliente.⁷² En Estados Unidos se extiende a intangibles como pensamientos y memorias del abogado. En Reino Unido también es amplio: no solo comunicaciones cliente-abogado sino con terceros en preparación para litigio.

Mientras que en Estados Unidos y Reino Unido abarca material preparado *para litigio*; en Alemania existe dicha protección sin importar si es para representación en procesos.

Mientras que en Alemania la protección está atada al abogado, por lo que sólo existe si la preparó el abogado (y su asistente), en otras jurisdicciones no se exige que tenga que ser preparado por el abogado mismo; puede ser preparado por su equipo.

La protección no se pierde por ser revelado a terceros. Siempre puede exigirse que no se le revele al adversario. A diferencia del secreto profesional (que nadie puede ver), esta protección se ciñe a que no lo vean los representantes del interés opuesto en un proceso.

En Reino Unido el privilegio es absoluto; en Estados Unidos es una protección contra *discovery*. La intensidad del privilegio varía dependiendo del tipo de producto del trabajo jurídico: el trabajo jurídico normal puede ser desplazado por la necesidad sustancial de que la otra parte cuente con ello. La *opinion work product* sin embargo cuenta con protección absoluta o casi absoluta. Tiene una protección mayor que el producto normal del trabajo jurídico (el *ordinary work product*) pues, como se dijo en un caso:⁷³

Any slight actual content that such items may have is generally outweighed by the adversary's system's interest in maintaining the privacy of an attorney's thought processes

[Cualquier escaso contenido actual que dichos elementos puedan tener es generalmente superado por interés del sistema adversarial en mantener la privacidad de los procesos mentales del abogado]

Se distingue del secreto profesional en que:

- (1) Versa sobre lo creado, no lo confiado.

⁷² Möckesch Annabelle, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2017, p. 105.

⁷³ *Sporck v Peil*, 759 F2d 312 (3rd Cir. 1985).

- (2) Mientras que la protección que confiere el secreto profesional es absoluta, la protección del Producto del Trabajo Jurídico es relativa. Limitada: puede exigirse que sea revelada cuando existe una necesidad *sustancial* de la misma y no se puede obtener por otros medios; particularmente cuando no se generaría daño. Es decir, sigue un análisis de ponderación. (En Estados Unidos se sigue el *substantial hardship test*).
- (3) No exige confidencialidad. Lo que se busca es proteger que sea visto por la parte contraria. Por ende, esta protección se pierde cuando se revela a adversarios (mas no a terceros).

3.3.3. Propuesta

Tomando en cuenta lo anterior, la *Propuesta* contiene lo siguiente:

VII. PRODUCTO DE TRABAJO JURÍDICO

25. El Producto del Trabajo Jurídico realizado por el abogado para el cliente está protegido por el secreto profesional.

26. Se entiende que el resultado del trabajo jurídico es Producto de Trabajo Jurídico si es realizado en relación, o con anticipación, a cualquier medio de solución de controversias o litigio, sea actual o potencial.

27. El contenido del Producto del Trabajo Jurídico no puede ser requerido ni divulgado por los abogados o funcionarios contrarios del cliente en el litigio. Si fuera divulgado en contravención a lo dispuesto en estos criterios, no será admisible ni tomado en consideración por el juzgador o árbitro.

28. La protección del Producto del Trabajo Jurídico dura mientras dure el trámite del medio de solución de controversias o el litigio.

29. El secreto profesional sobre el Producto del Trabajo Jurídico le pertenece tanto al cliente como al abogado. Puede ser renunciado por ambos.

El régimen tiene una impureza que deseo hacer notar para que, de acogerse esta iniciativa, se refine: confunde secreto profesional con la protección conferida por el Producto del Trabajo Jurídico. Se trata de protecciones diversas. Lo mejor sería identificarlas de esa manera en la *Propuesta*.

3.4. FORMA: ¿LEY, LINEAMIENTO, MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE ÉTICA?

Un tema que generó diferencia de opinión en el grupo de trabajo fue la forma que debe revestir el resultado del esfuerzo realizado. Los motivos eran diversos. Para empezar, el Código de Ética de la BMA había sido recientemente modificado bajo la (fructuosa) presidencia de Don Ricardo Ríos Ferrer, quien, de entre sus muchas labores por la BMA, tuvo el tino de poner al día nuestro Código de Ética, eligiendo para ello un grupo de profesionales generalmente respetados y admirados.

Un segundo motivo de duda era que, suponiendo que se quisiera adoptar como parte del régimen deontológico de la BMA, no quedaba claro quién debía aprobarlo y cómo. ¿El Consejo Directivo? ¿La Junta de Honor? ¿La Asamblea?

Finalmente, ¿cómo debía adoptarse? ¿Cómo una modificación? ¿Cómo un texto adicional que forma parte del acervo de instrumentos deontológicos de la BMA?

La decisión (por mayoría) del grupo de trabajo fue que se adoptaran como “Criterios de Interpretación del Código de Ética de la BMA”. La decisión fue tomada con mi disidencia. El motivo fue triple.

Primero, en mi opinión, la expresión adoptada le resta fuerza a dichas normas. Idealmente se adoptarían como normas obligatorias, no hortatorias. Coercitivamente exigibles. Cualquier resultado de fuerza jurídica inferior generaría en mi opinión un régimen subóptimo. Un anticlímax —posiblemente traición— de las expectativas de quien confía algo delicado a un abogado.

Segundo, hablar de “criterio interpretativo” parece inexacto. “Interpretar” es desentrañar el sentido oculto de una norma vaga; que admite diferencia de opinión en cuanto a su contenido o alcance. El texto de la Propuesta no hace eso. No *interpreta*, *crea* un régimen *adicional* a lo que actualmente es una laguna.

Finalmente, en mi opinión, deben adoptarse de la forma más robusta posible para luego crear un proyecto de ley e iniciativa a ser presentada ante nuestro Poder Legislativo para que exista un régimen que abarque todas las áreas del quehacer humano que merecen esta protección y actualmente están descobijadas. (Ya mencioné la relación doctor-paciente, fuente-periodista, fiel-guía espiritual). Sigo pensando lo mismo, pero comprendo (y acepto) que fui parte de un grupo de colegas que respeto intelectual y profesionalmente, además de que aprecio personalmente. Hago votos; sin embargo, que si se acepta la idea aquí defendida, sea llevada a su máxima expresión pues redundará en lograr la mayor eficacia posible sobre este tema.

4. CONCLUSIÓN

Una interesante obra inglesa sobre este tema empieza, en su primera oración, diciendo que:⁷⁴

Every developed system provides special protection to the communications between lawyers and their clients.

[Todos los sistemas desarrollados contemplan una protección especial a las comunicaciones entre abogados y sus clientes]

México parece ser una (matizada pero vergonzosa) excepción. Pongamos fin a dicho vacío. Attendamos esta necesidad. De hacerlo, estaremos tomando en serio el papel del abogado en la impartición de justicia y fomentando el Estado de Derecho.

⁷⁴ Thanki, Bankim QC (ed), *The law of privilege*, Oxford University Press, UK, 2018, p. 1.

En las dos presentaciones que hice ante la BMA (19 de octubre de 2017 y 21 de febrero 2019) sobre este tema defendí la siguiente idea:

El secreto profesional es importante. Tanto en principio como pragmáticamente.

El régimen mexicano del tema es lacónico.

La BMA haría un servicio importante al Estado de Derecho si toma el liderazgo de este tema actualizando su Código de Ética y haciendo una iniciativa de ley.

Este es el propósito que anima, no solo de este ensayo en particular, sino todo el esfuerzo en general, mismo que culminó en el documento adjunto. Hago votos por que alguien me escuche. Que esta iniciativa caiga en tierra fértil. Y que así deje de ser una *vox clamantis in deserto*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bohnet, François *Les Grands Arrêts de la Profession D'avocat*, Université de Neuchatel, Helbing Lichtenhahn, 3e edition, 2015.
- González de Cossío Francisco, *Competencia*, Ed. Porrúa, México, 2a. ed., 2017.
- Möckesch Annabelle, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford, 2017
- Registro 350403, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, tomo LXXIX, p. 2491.
- Tesis I.2o.P.148 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVI, julio de 2007, p. 2721.
- Tesis: I.3o.C.698, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 1411.
- Tesis I.1o.A.E.193 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, enero de 2017, p. 2475.
- Tesis: I.1o.A.E.194 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, Libro 38, enero de 2017, p. 2721.
- Tesis: PC.XXXIII.CRT J/12 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, Libro 51, febrero de 2018, p. 892.
- The Heritage Foundation, 2019 *Index of Economic Freedom*, 25th Anniversary Edition, Terry Miller, Anthony B. Kim, James M. Roberts, 2019.
- Thanki, Bankim QC (ed), *The Law of Privilege*, Oxford University Press, UK, 2018.

ANEXO
CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN
DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA BARRA MEXICANA,
COLEGIO DE ABOGADOS
RESPECTO DEL SECRETO PROFESIONAL

PREÁMBULO

Con el propósito de contribuir a la mejor comprensión y la debida aplicación de las normas correspondientes, de conformidad con lo establecido por el artículo 36, fracción I de los Estatutos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., se emiten los siguientes “Criterios de Interpretación” del Código de Ética, en materia de secreto profesional.

I. PROPÓSITO

1. El propósito del secreto profesional es proteger la comunicación abierta y franca entre el cliente y el abogado, para propiciar el adecuado asesoramiento y, en su caso, el planteamiento de los medios correspondientes para la solución de los conflictos o la defensa de los intereses del cliente. Es condición indispensable para el adecuado ejercicio profesional del abogado, en servicio del derecho y para coadyuvar en la realización de la justicia.
2. En ausencia del secreto profesional el cliente no brindaría al abogado toda la información necesaria para que el abogado le brinde asesoría jurídica efectiva. Ello ocurriría si el cliente no tuviera certeza de que lo que revele a su abogado no será revelado.

II. TITULARIDAD E INVOCACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

3. El secreto profesional es un derecho del cliente. Es también un derecho del abogado invocarlo para su protección.
4. El secreto profesional puede ser invocado tanto por el cliente como por el abogado. Si el cliente lo invoca, el abogado está obligado a acatarlo. Es un deber del abogado hacer uso de los medios legales razonables para preservarlo.

III. ÁMBITO PERSONAL

A. ABOGADO

5. Es necesario que el profesional al que el cliente le confía algo que desea mantener confidencial sea abogado habilitado para el ejercicio profesional del derecho.
6. El deber del secreto profesional se extiende a personas bajo el control o supervisión del abogado.
7. El secreto profesional se extiende a otros profesionales cuando el servicio que prestan versa sobre el ejercicio de derechos que incluyen el deber de guardar el secreto profesional.

B. CLIENTE

8. La protección del secreto profesional, respecto de personas físicas, abarca confidencias compartidas a un abogado por el cliente mismo, o por persona que lo haga a su ruego.
9. Respecto de personas morales, es necesario que quien transmita la información que se desea que esté cubierta por el secreto profesional cuente con facultades de representación para hacerlo. Se entenderán comprendidos dentro de lo anterior los más altos directivos, empleados de confianza y el director jurídico de la persona moral.
10. El secreto profesional se extenderá a la información que transmitan los funcionarios de jerarquía inferior a la descrita en el párrafo anterior, siempre que actúen dentro del ámbito de sus competencias dentro de la empresa y dicho ámbito de competencias involucre el conocimiento de la información materia del secreto profesional.

C. TERCEROS

11. El secreto profesional se extenderá a información comunicada al abogado por terceros cuando ello ocurra como parte del mandato del cliente.

IV. ÁMBITO MATERIAL

12. La protección de secreto profesional incluye aquello que:
 - (a) Revele las confidencias del cliente;
 - (b) El cliente identifique expresamente como tal;
 - (c) El abogado confiera al cliente, si el abogado es contratado para dar asesoría jurídica.
13. Las opiniones que el abogado dé al cliente estarán protegidas por el secreto profesional.
14. La protección se extiende a la comunicación misma, no al contenido. La protección del contenido es contingente en la naturaleza misma de la información. La protección del secreto profesional es independiente de la protección que el contenido de la información transmitida por el cliente encuentre de conformidad con alguna disposición jurídica.
15. La protección de secreto profesional existe al margen del medio de comunicación empleado.
16. El secreto profesional se pierde si:
 - (a) El cliente revela a terceros la información;
 - (b) Existen terceros ajenos al cliente o al abogado (y su equipo profesional o personas bajo supervisión del abogado) que están presentes al momento en que se confía la información correspondiente.
17. El secreto profesional no se extiende a información trivial.

V. ÁMBITO TEMPORAL

A. VIGENCIA

18. El secreto profesional es *ad perpetuam*. Sobrevive la relación cliente-abogado. Sobrevive la vida del cliente.

B. CLIENTE PROSPECTIVO

19. El secreto profesional se extiende a las comunicaciones entre el abogado y el cliente prospectivo cuando las comunicaciones ocurran buscando algunos de los objetos del secreto profesional detallados en el lineamiento 12, al margen de que el abogado haya sido finalmente contratado o no.

VI. RENUNCIA

20. La protección del secreto profesional es un derecho del cliente y un deber del abogado.
21. La protección del secreto profesional puede ser renunciada por el cliente, no por el abogado.
22. La determinación de la existencia de una renuncia exige elementos objetivos y un umbral alto probatorio. Las dudas deben despejarse a favor de la no-renuncia.
23. La divulgación accidental no implica renuncia, si el cliente tomó medidas razonables para prevenir la divulgación accidental y para rectificar el error.
24. Se entiende renunciada la protección del secreto profesional, si el cliente demanda al abogado por responsabilidad profesional.

VII. PRODUCTO DE TRABAJO JURÍDICO

25. El Producto del Trabajo Jurídico realizado por el abogado para el cliente está protegido por el secreto profesional.
26. Se entiende que el resultado del trabajo jurídico es Producto de Trabajo Jurídico si es realizado en relación, o con anticipación, a cualquier medio de solución de controversias o litigio, sea actual o potencial.
27. El contenido del Producto del Trabajo Jurídico no puede ser requerido ni divulgado por los abogados o funcionarios contrarios del cliente en el litigio. Si fuera divulgado en contravención a lo dispuesto en estos criterios, no será admisible ni tomado en consideración por el juzgador o árbitro.
28. La protección del Producto del Trabajo Jurídico dura mientras dure el trámite del medio de solución de controversias o el litigio.
29. El secreto profesional sobre el producto del trabajo jurídico le pertenece tanto al cliente como al abogado. Puede ser renunciado por ambos.

VIII. EXCEPCIONES

30. La protección del secreto profesional es absoluta.
31. La protección del secreto profesional por trabajo jurídico concluye con la conclusión del servicio profesional que le da origen.

BREVE ANÁLISIS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

*Gerardo Ostos Rincón Gallardo,
especialista en Derecho Penal,
Sistema Acusatorio Adversarial
y Juicio de Amparo*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios Generales del Juicio de Amparo. 2.1. Principio de Instancia de Parte Agraviada. 2.1.1. Interés jurídico. 2.1.2. Interés legítimo. 2.2. Principio de Estricto Derecho. 2.2.1. Suplencia de la deficiencia de la queja. 2.3. Principio de Definitividad. 2.3.1. Excepciones en materia penal. 2.4. Principio de Relatividad. 2.4.1. Excepciones al principio de relatividad. 2.4.1.1. Omisiones legislativas absolutas. 2.4.1.2. Declaratoria General de inconstitucionalidad. 3. Principios Generales del Proceso Penal Acusatorio. 3.1. Principio de Publicidad. 3.2. Principio de Contradicción. 3.3. Principio de Concentración. 3.4. Principio de Continuidad. 3.5. Principio de Inmediación. 4. Amparo contra Normas Generales. 4.1. Procedencia del Juicio de Amparo. 4.1.2. Normas autoaplicativas. 4.1.3. Normas heteroaplicativas. 4.2. Test de Proporcionalidad. 4.3. Principio de Taxatividad. 4.4. Principio de Proporcionalidad. 5. Amparo contra Actos Ocurredos en la Etapa de Investigación. 5.1. Investigación Inicial. 5.1.1. Omisiones ministeriales. 5.1.2. Técnicas de investigación. 5.1.2.1 Aseguramiento de bienes. 5.2. Investigación Complementaria. 5.2.1. Orden de aprehensión. 5.2.2. Auto de vinculación a proceso. 5.2.3. Medidas cautelares. 6. Amparo contra Actos Ocurredos en la Etapa Intermedia. 6.1. Análisis de procedencia contra la admisión de prueba ilícita. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Al escribir estas líneas no pretendo abarcar todos los supuestos ni todas las posibilidades en que puede tener cabida el Juicio de Amparo en el marco del Sistema de Justicia Acusatorio Adversarial, implementado a partir de la reforma constitucional de fecha 18 de junio de 2018, ya que ello, necesariamente, sería materia de un estudio más profundo y exhaustivo; sin embargo, espero poder concretar, de manera general, las reglas que habrán de observarse por el operador jurídico al analizar la procedencia del Juicio de Amparo indirecto dentro del contexto del Sistema de Justicia de corte Acusatorio Adversarial, con la esperanza académica de que el lector pueda encontrarlo útil para fines pragmáticos en su ejercicio profesional.

El Juicio de Amparo en materia penal es un amparo de reglas excepcionales, a manera de ejemplo, y aunque el análisis que aquí me ocupa se constriñe únicamente a su tramitación en la vía indirecta o biinstancial, el artículo 17, fracción II de la Ley de Amparo, contiene una excepción al establecer un plazo específico de 8 años cuando se reclame la sentencia definitiva condenatoria en un proceso penal en la que se imponga pena de prisión, y no el genérico de 15 días.

De ahí que, por tratarse de una materia de excepción en atención a los bienes jurídicos en juego, me interesa tratar de explicar las particularidades que rigen el Juicio de Amparo indirecto en materia penal, en tanto constituye, en mi opinión, la herramienta de defensa más efectiva al alcance de las partes en el proceso penal, para la salvaguarda y protección de sus derechos, y por ello, espero contribuir a la comunidad jurídica con una guía práctica que permita facilitar la tramitación de este medio de control constitucional en ocasiones de difícil acceso, por su elevado nivel de tecnicidad.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL JUICIO DE AMPARO

2.1. PRINCIPIO DE INSTANCIA DE PARTE AGRAVIADA

Podrá promover el Juicio de Amparo la persona física o moral, oficial o particular, a quien el acto reclamado cause afectación en su esfera jurídica. Antes de la reforma constitucional de fecha 6 de junio de 2011, en México únicamente se reconocía el interés jurídico para acudir al amparo; sin embargo, a partir de la modificación al artículo 107, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹, se reconoció el interés legítimo como presupuesto habilitante para la promoción del Juicio de Amparo, ampliándose así la acción para reclamar violaciones a derechos fundamentales.

2.1.1. *Interés Jurídico*

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, es lo que se conoce con el nombre de Derecho Subjetivo. Supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia.² Tendrá interés jurídico quien aduzca ser titular de un derecho, siempre que el acto reclamado lo afecte de manera directa causándole un agravio personal. Para poder aducir interés jurídico, las afectaciones alegadas deben ser susceptibles de apreciarse en forma objetiva, de tal manera que no podrá hablarse de un

¹ El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo, individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

² Campuzano Gallegos Adriana, *Manual para entender el Juicio de Amparo*, 3a. ed. Thomsón-Reuters, p. 4

agravio personal y directo cuando los daños o perjuicios que una persona puede sufrir, no afecten real y efectivamente sus bienes jurídicamente amparados.³

En materia penal, la víctima u ofendido podrán tener el carácter de quejosos aduciendo interés jurídico, siempre que el acto reclamado afecte su esfera de derechos de manera real y actual. Antes de la reforma constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, de fecha 18 de junio de 2008, la participación de la víctima u ofendido en el proceso penal se encontraba limitada a su interés por obtener la reparación del daño, y por lo tanto únicamente podía acudir al Juicio de Amparo reclamando actos que estuviesen directamente vinculados con ese derecho; sin embargo, a partir de su reconocimiento expreso como parte en el proceso penal, como se desprende del artículo 20, apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y conforme a la reforma estructural de la Constitución Federal en materia de derecho humanos, de fecha 10 de junio de 2011, bajo una interpretación extensiva de los principios pro persona, progresividad, equilibrio procesal y acceso a la justicia, se le ha reconocido interés jurídico para acudir al Juicio de Amparo aunque el acto reclamado no afecte directamente su derecho a la reparación del daño, ya que también tiene derecho a conocer la verdad.

2.1.2. *Interés legítimo*

Es aquel interés que tiene determinada persona o conjunto de personas en que se cumpla el Derecho Objetivo, aunque el acto reclamado no afecte directamente su esfera jurídica, sino por su especial situación frente al ordenamiento jurídico. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha definido como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra.⁴

En materia penal, por regla general, únicamente podrá promover el Juicio de Amparo quien aduzca ser titular de un derecho subjetivo que se vea afectado de manera real y directa (interés jurídico), como se desprende inclusive del segundo párrafo, de la fracción I del artículo 107 constitucional,⁵ sin embargo puede presentarse algún supuesto dentro de la fase inicial de la etapa de investigación, conducida por el Ministerio Público sin intervención del Juez de Control, en la que determinado acto o técnica de investigación, no apegado al ordenamiento jurídico, pueda llegar a ser reclamado aduciendo interés legítimo.

³ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.168/2007 (9a.), de rubro “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.”, Primera Sala, novena época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 170500, www.sjf.scjn.gob.mx.

⁴ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.38/2016 (10a.), de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE.”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2012364, www.sjf.scjn.gob.mx.

⁵ Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

Piénsese, a manera de ejemplo, en un supuesto en que el Ministerio Público solicite a un tercero, ajeno a la investigación, información protegida por el derecho fundamental a la vida privada, como puede suceder tratándose de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin que previamente haya mediado autorización judicial. En este supuesto, un sujeto obligado en términos de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, en mi opinión podría promover un Juicio de Amparo en contra del acto de investigación, aduciendo un interés legítimo, con el fin de que se respete el Derecho Objetivo, en cuyo caso, los efectos del Amparo serían que la autoridad ministerial solicite autorización judicial para el desahogo de la técnica de investigación.

Lo anterior, en virtud de que el sujeto obligado tiene una relación jurídica relevante con el titular del derecho subjetivo, es decir, de aquella persona cuya información privada se pretende obtener con el acto de investigación, por lo cual el acto reclamado puede detonar también una afectación colateral en su esfera jurídica, ya que como sujetos obligados a la protección de datos personales, pueden incurrir en responsabilidad si proporcionan información fuera de los supuestos de excepción, amén que en un caso como el citado, debe necesariamente solicitarse autorización judicial, en términos del artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en virtud de que el acto de investigación afecta derechos reconocidos por el artículo 16 constitucional.⁶

2.2. PRINCIPIO DE ESTRICTO DERECHO

En virtud de este principio se obliga a la autoridad jurisdiccional que conozca del Juicio de Amparo, a analizar los conceptos de violación en los términos que fueron expresados por el quejoso, de manera tal, que aun y cuando pueda llegarse a advertir alguna violación no alegada por el quejoso, se encontrara vedada a su reparación oficiosa. Lo mismo ocurre si el quejoso expresa de manera insuficiente o ineficaz sus conceptos de violación. Este principio, si bien es cierto, exige al operador jurídico conocer la técnica del Juicio de Amparo, y de la materia específica de que se trate, y pudiera parecer, *prima facie*, como una limitante al derecho de acceso a la Justicia, obedece más bien a una cuestión de igualdad procesal, por virtud de la cual, el Juzgador de Amparo no puede sustituirse en el rol de alguna de las partes para declarar violado un derecho que no fue alegado en la demanda.

2.2.1. Suplencia de la Deficiencia de la Queja

Tal como lo exprese en las líneas introductorias, en materia penal, el Juicio de Amparo se sujeta a diversas reglas de excepción, una de tales, es la suplencia de la deficiencia de la queja, por virtud de la cual se faculta al órgano jurisdiccional a reparar las violaciones que advierta de oficio, aun ante la ausencia de conceptos de violación. Dicha excepción se

⁶ Artículo 252. Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del Juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución, así como los siguientes. [...]

encuentra prevista en el artículo 79, fracción III de la Ley de Amparo, en favor del a) inculpado o sentenciado, así como de b) la víctima u ofendido.

La suplencia de la queja opera como excepción al principio de estricto derecho, y constituye un mecanismo que permite al órgano jurisdiccional declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto reclamado cuando se advierta deficiencia en la expresión de los conceptos de violación, siempre y cuando el Juicio de Amparo sea procedente; es decir, la suplencia no es ilimitada y no puede invocarse para hacer procedente una demanda o un recurso que no lo sea⁷, sino que debe utilizarse como una fórmula integradora del Derecho, que favorezca al quejoso al momento de analizarse los conceptos de violación o agravios.

Con motivo de la entrada en vigor del Sistema Acusatorio Adversarial, se discutió si la institución de la suplencia de la queja resultaba contraria al principio de contradicción que más adelante se explicará, bajo la premisa de que afectaba la oportunidad de las partes de intervenir de cara al proceso en igualdad de circunstancias; sin embargo, con motivo de la contradicción de tesis 412/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Tesis 1a.CCL/2011 (9a.)⁸, en la que sostuvo que la oportunidad de las partes de intervenir directamente en el proceso no puede traer como consecuencia que en el caso de una defensa inadecuada, por una deficiente argumentación, se deje al imputado en estado de indefensión, concluyendo que tanto la suplencia de la deficiencia de la queja como el principio de contradicción procuran proteger ampliamente valores humanos de la más alta jerarquía.

Dicha tesis no constituye jurisprudencia en virtud de que no resolvió el tema de la contradicción planteada, sin embargo los Tribunales han adoptado este criterio haciendo una interpretación armónica y sistemática entre ambos principios con el fin de garantizar la protección más amplia en favor de quienes promueven el juicio de amparo, ya sea como imputados, o bien como víctimas u ofendidos, por lo que la suplencia de la deficiencia de la queja tiene plena operatividad en los juicios de amparo en que se reclamen actos derivados de un proceso penal acusatorio, aun ante la ausencia total de conceptos de violación.

2.3. PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD

El Juicio de Amparo es un medio extraordinario de defensa que tiene como finalidad cuestionar la constitucionalidad de los actos reclamados, por virtud del cual, el quejoso

⁷ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.79/2012 (10a.), de rubro “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL RECURSO DE REVISIÓN. NO OPERA POR LA SOLA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL ACTO RECLAMADO LO CONSTITUYA LA FALTA O EL ILEGAL EMPLAZAMIENTO AL JUICIO DE ORIGEN SI LA AUTORIDAD DE AMPARO NO ESTUDIÓ EL FONDO DEL ASUNTO.”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2001788. www.sjf.scjn.gob.mx.

⁸ De rubro “SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO, INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 160186.

hace valer violaciones a sus derechos fundamentales; por esta razón, uno de los principios que rigen su procedencia es el de Definitividad, por virtud del cual, antes de acudir al Juicio de Amparo, el quejoso se encuentra obligado a agotar todos los recursos o medios ordinarios de defensa que la ley prevea para combatir determinado acto, por medio de los cuales, este pueda ser modificado, revocado o nulificado.

El principio de Definitividad se encuentra previsto de manera implícita en el artículo 61 de la Ley de Amparo, relativo a las causales de improcedencia, específicamente en la fracción XVIII, de cuya interpretación *a contrario sensu* se obtiene la obligación del quejoso de agotar todos los recursos y medios ordinarios de defensa, ya que de lo contrario el amparo sería improcedente.

2.3.1. Excepciones en materia penal

El propio artículo 61, fracción XVIII de la Ley de Amparo, establece excepciones al principio de Definitividad, que implican, que en supuestos específicos no es necesario agotar los medios ordinarios de defensa que la ley prevé para combatir determinado acto, sino que puede acudir directamente al Juicio de Amparo. Tales excepciones, en materia penal, operan en los supuestos que se reclamen:

a) actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, b) órdenes de aprehensión o reaprehensión, c) autos que impongan providencias precautorias o medidas cautelares restrictivas de libertad, d) la resolución que niegue la libertad bajo caución o establezca requisitos para su disfrute, e) resolución que decida sobre el incidente de desvanecimiento de datos, f) orden de arresto o cualquier otro que afecte la libertad del quejoso, siempre y cuando no se trate de la sentencia definitiva en el proceso penal, y g) el auto de vinculación a proceso.

2.4. PRINCIPIO DE RELATIVIDAD

Las sentencias que se dicten en los juicios de amparo solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse su demanda. Este principio implica que los efectos de una sentencia protectora no pueden hacerse extensivos en favor de terceras personas que no hayan acudido al Juicio de Amparo en su carácter de quejosos, aunque en el amparo haya sido materia de reclamo una norma general. Conocido como fórmula Otero, por su creador Mariano Otero.

2.4.1. Excepciones al principio de relatividad

El principio de relatividad en el Juicio de Amparo admite dos excepciones, la primera tratándose de omisiones legislativas absolutas en que los efectos de la concesión del amparo son generales, y la segunda, la declaratoria general de inconstitucionalidad.

2.4.1.1. *Omissiones legislativas absolutas*

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 54/2018 estableció que en el Juicio de Amparo no es procedente reclamar omisiones legislativas pues con ello se vulneraría el principio de relatividad, ya que una eventual sentencia se traduciría en la obligación de emitir una norma general; sin embargo, precisó que esta regla admitía una excepción tratándose de omisiones legislativas absolutas, derivadas del incumplimiento y violación a un mandato constitucional, pues lo que estaría en debate sería la vulneración al principio de supremacía constitucional ante la pasividad de las autoridades que no han acatado una orden directa y expresa del poder constituyente.

2.4.1.2. *Declaratoria General de Inconstitucionalidad*

Uno de los cambios más importantes que trajo consigo la reforma constitucional de fecha 6 de junio de 2011, fue la modificación al artículo 107, fracción II, a partir de la cual se incorporó en el texto fundamental una excepción al principio de relatividad de las sentencias, al establecerse que, cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión constitutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora para que en el plazo de 90 días supere el problema de inconstitucionalidad. Si transcurrido ese plazo no se supera el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, en la cual se fijarán los alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Resulta plausible la inclusión en el texto fundamental de una fórmula que permite dotar de efectos generales a las sentencias en que se resuelva por segunda ocasión la inconstitucionalidad de normas generales; la razón por la que su procedencia se constriñe únicamente al amparo indirecto en revisión, estriba en que las normas generales únicamente pueden ser reclamadas en la vía biinstancial, ya que si en un amparo directo se plantea la inconstitucionalidad de una norma general, ello únicamente será materia de los conceptos de violación, y de otorgarse el amparo, tal inconstitucionalidad será declarada en los considerandos, no así en los puntos resolutivos.

Sin embargo, en mi opinión el procedimiento establecido en la Constitución y desarrollado en la Ley de Amparo, requiere demasiados formalismos, y al exigirse una votación por mayoría calificada, complica la emisión de tales declaratorias. Considero que el principio de relatividad resulta anacrónico al nuevo modelo de amparo, y no tendría por qué dársele oportunidad a la autoridad emisora para que supere el problema de constitucionalidad, sino que tan pronto se resuelva por segunda ocasión la inconstitucionalidad de una norma general, la misma debería quedar sin efectos, mediante una declaratoria de invalidez con efectos *erga omnes*, como ocurre en las acciones de inconstitucionalidad.

Otra limitante, que en mi opinión debe ser criticada, es que como presupuesto a la declaratoria general de inconstitucionalidad, se requiere que la inconstitucionalidad de la norma general haya sido declarada al resolverse un amparo indirecto en revisión, lo que obedece a que dada la técnica que rige en el Juicio de Amparo, cuando el primer acto de aplicación de la norma se refleje en la sentencia, laudo o resolución que pone fin a juicio, su inconstitucionalidad deberá plantearse en amparo directo, sin que la norma en sí misma pueda señalarse como acto reclamado, sino que su impugnación únicamente puede plantearse en los conceptos de violación, y en caso de que estos resulten fundados, la inconstitucionalidad únicamente sería declarada en los considerandos, no así en los puntos resolutivos.

Como puede observarse, la propia técnica del Juicio de Amparo dificulta la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad, como ocurre por ejemplo con el artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, que limita la apelación de las sentencias definitivas a aquellas consideraciones que sean distintas a la valoración de la prueba, lo que resulta contrario al parámetro de regularidad constitucional por violar el artículo 8.2, inciso h), de la Convención Americana de Derechos Humanos, que contempla el derecho a un recurso judicial efectivo que garantice el examen integral de la decisión recurrida, y cuyo contenido ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo Directo en Revisión 6643/2018¹⁰ declaró la inconstitucionalidad del artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su porción normativa “distintas a la valoración de la prueba”, por vulnerar el derecho de toda persona condenada penalmente a contar con un recurso efectivo que posibilite la revisión integral de la sentencia, sin embargo dicha resolución resulta ineficaz como antecedente para una eventual declaratoria general de inconstitucionalidad, al haber sido materia de un amparo directo en revisión, lo que en mi opinión resulta cuestionable a la luz del desarrollo que ha tenido el control constitucional en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

3.1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Su finalidad es dotar al proceso de mayor transparencia. Opera como garantía de imparcialidad judicial, al permitir que la actuación de los jueces se encuentre sujeta al escrutinio de la opinión pública, al permitirse que ingresen a las audiencias no sólo las

⁹ Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 2 julio de 2004.

¹⁰ Engrose correspondiente a la sesión del día 14 de agosto de 2019, visible en www.scjn.gob.mx

partes que intervienen en el procedimientos sino también el público en general, incluidos los medios de comunicación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.¹¹ Lo anterior se busca proteger mediante el principio de publicidad, ya que inclusive las audiencias quedan registradas a través de medios electrónicos, facilitándose así la revisión integral de las decisiones judiciales por el Tribunal de Alzada.

Este principio no es absoluto, el artículo 64 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece las excepciones, por virtud de las cuales, atendiendo a una ponderación de derechos efectuada en sede legislativa, se optó por el desarrollo de las audiencias a puerta cerrada en supuestos específicos que obedecen a cuestiones de seguridad pública, la protección de la integridad personal, el interés superior de menores, entre otros.

3.2. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Se refiere a la posición antagónica que asumen las partes de cara al proceso, por virtud del cual se encuentran en una posición de igualdad para controvertir las pruebas y argumentos que presente la parte contraria. De este principio se derivan diversos derechos y cargas procesales, como por ejemplo: el derecho del imputado a tener acceso a los registros de investigación cuando se pretenda recabar su entrevista o sea sujeto de un acto de molestia,¹² o la obligación de las partes de darse a conocer los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio, a través del descubrimiento probatorio.¹³

La violación al principio de contradicción puede dar lugar a la reposición del procedimiento, o inclusive a la nulidad de un medio de prueba por contravenir las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales, piénsese, por ejemplo, en un peritaje irreproducible que se practique sin haber notificado previamente al defensor del imputado; en este caso, sería inadmisibles dicho medio prueba por contravención al principio de contradicción.

Por otro lado, el principio de contradicción implica una carga para que las partes hagan valer sus pretensiones y argumentos en cada etapa procesal, en el entendido de que las etapas del proceso penal se van agotando irreversiblemente, y por lo tanto, aquello que no haya sido planteado en el momento procesal oportuno, no podrá ser motivo de debate en la etapa posterior, tal como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo Directo en Revisión 669/2015, dando lugar a la Jurisprudencia

¹¹ Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005.

¹² Artículo 218, párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹³ Artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

de rubro “VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDAS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. NO SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO OCURREN EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL”¹⁴.

3.3. PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión. Su finalidad es dar celeridad al proceso penal para evitar que se prolongue indefinidamente, dotando con ello a su vez de seguridad jurídica a las partes en virtud de la prontitud que se busca entre el desahogo de las pruebas y su posterior valoración por el órgano jurisdiccional.

3.4. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Las audiencias se llevarán a cabo de manera continua, sucesiva y secuencial. Este principio se encuentra íntimamente ligado con el de concentración con el fin de evitar interrupciones y dilaciones en el desahogo de actos procesales, lo que obedece al derecho fundamental de acceso a una justicia pronta. Este principio constitucional disciplina al proceso penal en una lógica de cierre de etapas que ordena su desarrollo de manera continua, de tal forma que las etapas en las que se divide —investigación, intermedia y juicio— cumpla su función a cabalidad, y una vez que se hayan agotado, se avance a la siguiente sin que sea posible regresar a la anterior.

3.5. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Es uno de los principios más importantes del Sistema Acusatorio, desarrollado por las fracciones II, III y IV del artículo 20, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por virtud del cual todas las audiencias deben desarrollarse en presencia del juez, sin que pueda delegarse en persona alguna el desahogo y valoración de los medios de prueba, de tal suerte que solo se considera como prueba aquella que ha sido desahogada en la audiencia de juicio. Una vertiente del principio de inmediación, que garantiza la imparcialidad y objetividad de los jueces, es la que deriva de la fracción IV, en la que se establece que el juicio se llevará a cabo ante un juez que no haya conocido del caso previamente, siendo aplicable este subprincipio, también a los tribunales de alzada, lo que implica que las Salas o Tribunales Unitarios que hayan conocido de los recursos de apelación en etapas previas a Juicio Oral, no podrán conocer del recurso de apelación que se interponga en contra de la sentencia definitiva.

¹⁴ Tesis 1a./J.74/2018 (10a.), Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2018868. www.sjf.scjn.gob.mx

En un sistema de libre valoración de la prueba, como lo es el acusatorio, cobra especial relevancia el principio de inmediación, al permitir que las reglas de la sana crítica se apliquen sin influencias de intermediarios.

La inmediación también abarca a las partes por su estrecha conexión con el principio de contradicción (donde la inmediación es su presupuesto) y porque las facultades que los códigos procesales suelen asignar a las partes, se ejercen mediante una relación directa con los elementos de prueba. En este sentido, las manifestaciones de la inmediación son aquellas en virtud de las cuales el juez o tribunal recibe personal y directamente de las partes sus argumentos de hecho y de derecho.¹⁵

4. AMPARO CONTRA NORMAS GENERALES

El amparo contra normas generales es una de las herramientas de defensa más útil y eficaz con la que cuentan los particulares, sin embargo, sus exigencias técnicas son elevadas, por lo que antes de promoverlo habrán de observarse las reglas específicas que lo rigen, como se detallará en los siguientes apartados.

4.1. PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO

Los artículos 103, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y lo., fracción I de la Ley de Amparo establecen que el Juicio de Amparo tiene por objeto, entre otros, resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Pueden reclamarse en el Juicio de Amparo cualquier clase de normas, desde las contenidas en tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos, sin importar la denominación de la norma, siempre que tengan efectos generales, como pueden serlo leyes secundarias, reglamentos, circulares; inclusive, en esta categoría pueden incluirse ciertos actos administrativos con efectos generales.¹⁶

Cualquiera puede reclamar una norma general, siempre que con su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación le cause una afectación a su esfera jurídica, ya sea de manera directa (interés jurídico), o por su especial situación frente al orden jurídico (interés legítimo).

¹⁵ Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo Directo en Revisión 492/2017. www.scjn.gob.mx

¹⁶ Tesis 2a.XXVII/2002, de rubro “AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES. EN LA DEMANDA RESPECTIVA ES FACTIBLE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CUALQUIER DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL.”, Segunda Sala, novena época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 187630.

Las normas generales pueden reclamarse por vicios de inconstitucionalidad, inconventionalidad, y legalidad tratándose de normas que tengan un rango inferior a la ley, como reglamentos o acuerdos generales.

En materia penal, por regla general las normas generales, sustantivas o adjetivas, únicamente podrán reclamarse en el Juicio de Amparo con motivo del primer acto de aplicación, aduciendo para ello interés jurídico, para lo cual deberán observarse las reglas de procedencia en contra del acto, como se explicará más adelante.

Sin embargo, ciertas normas penales pueden resultar autoaplicativas desde la perspectiva del interés legítimo, cuando se alegue que esas normas obstaculicen, impidan o estorben el ejercicio de un derecho. Esto puede ocurrir con ciertos tipos penales de carácter especial dirigidos a un sector en específico, y con aquellas normas que se formulen de manera general a toda la población, para lo cual necesariamente debe exigirse de alguna calidad específica en el sujeto activo. En casos como estos es irrelevante determinar si la norma impugnada trasciende en la esfera jurídica del quejoso desde la perspectiva de las consecuencias punitivas exigidas como reproche al autor de un delito, sino que debe analizarse si la amenaza de sanción que subyace a la norma, por su sola entrada en vigor, puede causar una afectación al ejercicio de un derecho o una libertad reconocida a cierto sector.

Un caso paradigmático es el de un periodista, a quien se debe reconocer interés legítimo para impugnar normas que alegue impidan, obstaculicen o impongan requisitos de entrada al espacio público para participar en el debate público, independientemente de si acredita un acto de aplicación. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que si el quejoso se duele de la imposibilidad del ejercicio desinhibido de un derecho, el Juez de Amparo debe verificar si, *prima facie*, se genera un efecto obstaculizador de participación en cierto sector específico que permita tener por acreditado el interés legítimo.¹⁷

Lo anterior se puede ver reflejado también en delitos fiscales, financieros, de propiedad intelectual, en materia de hidrocarburos, cometidos por servidores públicos, etc. La cuestión que debe verificar el Juez de Amparo al analizar si la norma penal causa afectación por su sola entrada en vigor, es, desde la perspectiva del interés legítimo, si la formulación del tipo penal impide el ejercicio libre de algún derecho, para lo cual deberá atenderse al fin de prevención general inmerso en los tipos penales, pues de actualizarse el supuesto normativo el sujeto sería acreedor de una pena, lo que puede generar inhibición en el ejercicio de cierta actividad.

¹⁷ Tesis 1a.XXXI/2016 (10a.), de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO EN AMPARO CONTRA LEYES PENALES. SE ACTUALIZA ANTE NORMAS CUYA MERA EXISTENCIA GENERA UN EFECTO DISUASIVO EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro 2010970.

El amparo contra normas debe tramitarse en la vía indirecta, señalándose como autoridades responsables a los órganos encargados de su creación y promulgación, así como las autoridades involucradas en su primer acto de aplicación. Si determinada norma se aplica a través de algún acto que no pueda ser reclamado en amparo indirecto, el afectado deberá esperar al dictado de la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga a juicio para cuestionar su regularidad constitucional; sin embargo, en estos casos no se reclama la norma y por lo tanto no se señalan como responsables a las autoridades encargadas de su creación, sino que únicamente será motivo de los conceptos de violación y en su caso de la parte considerativa de la sentencia.

4.1.2. Normas autoaplicativas

Son aquellas que por su sola entrada en vigor concretizan todos sus efectos y producen una afectación en la esfera jurídica del destinatario de la norma, como ocurre frecuentemente en materia fiscal. En este sentido, las normas se autoaplican sin necesidad de ningún otro acontecimiento, por lo que reciben también el nombre de normas de individualización incondicionada, en virtud de que se individualizan sus efectos sin condición alguna.¹⁸

El plazo para presentar la demanda de amparo en contra de normas generales autoaplicativas es de 30 días a partir de su entrada en vigor, en términos de lo dispuesto por el artículo 17, fracción I de la Ley de Amparo, que establece una excepción al plazo genérico de 15 días, independientemente de la materia de que se trate; ahora bien, tratándose de normas de individualización incondicionada, el particular puede optar por reclamarlas a partir de su entrada en vigor o esperar a que las mismas se individualicen mediante el primer acto de aplicación, debiendo observar en este caso las reglas de procedencia aplicables al acto de que se trate.

En estos casos la suspensión se otorgará para impedir los efectos y consecuencias de la norma en la esfera jurídica del quejoso como se desprende del artículo 148 de la Ley de Amparo.

4.1.3. Normas heteroaplicativas

Estas normas no modifican la esfera jurídica de sus destinatarios por su sola entrada en vigor, sino que requieren de determinado acto para que sus efectos se concreten, por lo que reciben también el nombre de normas de individualización condicionada, ya que no se autoaplican sino que requieren de una condición (evento hetero) que se actualice para que se produzcan sus efectos y puedan causar un agravio personal y directo.

¹⁸ Tesis 1a.CCLXXXII/2014, de rubro “LEYES AUTOAPLICATIVAS. NORMAS QUE ACTUALIZAN ESTA CALIFICATORIA SOBRE LA BASE DEL INTERÉS LEGÍTIMO.”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2006964.

Las normas heteroaplicativas deben ser reclamadas con motivo del primer acto de aplicación, ya que de lo contrario se tendrán por consentidas, aunque también pueden reclamarse los actos subsecuentes mientras no exista sentencia firme que decida sobre la regularidad constitucional de la norma.

No se considera como primer acto de aplicación, para efectos de la procedencia del Juicio de Amparo, cuando se aplique la norma en beneficio de la parte quejosa o cuando no le causa perjuicio,¹⁹ pues no podría exigirsele que la reclamara, por el contrario, el amparo sería improcedente por ausencia de agravio en términos de lo dispuesto por el artículo 61, fracción XII de la Ley de Amparo.

El particular puede optar entre agotar los recursos ordinarios tendientes a destruir el primer acto de aplicación, o combatir la norma a través del Juicio de Amparo, ya que en este caso se actualiza una excepción al principio de Definitividad. En caso de que el particular logre la destrucción del acto reclamado mediante algún medio ordinario de defensa, entonces éste no se considerara como el primer acto de aplicación.²⁰

Una norma heteroaplicativa podrá reclamarse en amparo indirecto siempre y cuando el amparo sea procedente en contra del acto de aplicación, en sí mismo considerado, por ejemplo, los actos intraprocesales que no sean de imposible reparación no podrán reclamarse en amparo indirecto en términos de lo dispuesto por el artículo 107, fracción V de la Ley de Amparo, interpretado *a contrario sensu*, por lo que en estos casos, el promovente deberá esperar hasta el momento en que de acuerdo a las reglas de procedencia aplicables al acto se permita su impugnación, ya que de lo contrario conduciría al sobreseimiento porque el análisis de constitucionalidad de la norma depende del acto de aplicación, al ser de individualización condicionada.

Si la norma se aplicó mediante la expedición de otra norma, o en un acto diverso de la sentencia, laudo o resolución que puso fin al juicio, por ejemplo, un administrativo autónomo o en un acto fuera de juicio o después de concluido o en un acto intraprocesal de imposible reparación, o si se reclama en condición de tercero extraño a juicio, debe promoverse en la vía indirecta, en que se señalaran como actos reclamados tanto la norma general y sus actos de creación y puesta en vigencia (expedición, promulgación, refrendo del decreto promulgatorio y publicación) como el acto de aplicación (orden y en su caso ejecución), apuntándose como responsables a las autoridades que intervinieron en la

¹⁹ Tesis 2a.CLXXV/2000, de rubro “LEYES. EL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN QUE PERMITE IMPUGNARLAS EN AMPARO ES AQUEL QUE TRASCIENDE A LA ESFERA JURÍDICA DEL GOBERNADO, CAUSÁNDOLE UN PERJUICIO, CON INDEPENDENCIA DE QUE SU FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN SEA O NO CORRECTA.”, Segunda Sala, novena época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 190630.

²⁰ Tesis P.LXXX/95, de rubro “ACTO CONSENTIDO. NO LO ES AQUEL RESPECTO DEL CUAL EL QUEJOSO SE ABSTUVO DE PROMOVER EL JUICIO DE GARANTÍAS, POR HABERLO IMPUGNADO PREVIAMENTE A TRAVÉS DE UN MEDIO ORDINARIO DE DEFENSA.”, Pleno, novena época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro judicial 200287.

creación y puesta en vigencia de la norma y en la emisión o ejecución del acto, y se podrán expresar conceptos de violación en contra de la norma y del acto de aplicación.²¹

Puede darse el caso que el primer acto de aplicación de la norma no sea atribuible a una autoridad, sino a un particular sin funciones de autoridad, como puede ser con alguna norma que regule una actividad específica, o inclusive al propio quejoso, como ocurre con ciertas normas fiscales, atendiendo al principio de autodeterminación tributaria; en estos casos, no se señala como acto reclamado el acto de aplicación sino únicamente la norma.

Cuando se reclama una norma general debe tenerse en cuenta que prevalece la presunción de constitucionalidad de las normas, así como la libertad de configuración legislativa, por lo que deberán proporcionarse elementos suficientes al juzgador que le permitan advertir la irregularidad constitucional de la norma reclamada, para lo cual debe hacerse un test de proporcionalidad, como se explicará en el apartado siguiente.

En materia penal, por lo general se impugnan los preceptos que describan conductas sancionadas con una pena (tipos penales), por considerarlos violatorios del principio de legalidad reconocido en el artículo 16 constitucional, en su vertiente de taxatividad, o bien por transgredir el principio de proporcionalidad de las penas en términos del artículo 22 de la Ley Suprema, aunque puede cuestionarse su regularidad constitucional por diversas razones, como pudiera ser violación al principio de igualdad.

Otro supuesto que pudiera dar lugar a la inconstitucionalidad de una norma general, es que la autoridad encargada de su creación carezca de facultades para legislar en la materia, como ocurre claramente con los artículos 405, 421, 422 y 485 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por tratarse de cuestiones de carácter sustantivo relativas a i) causas de exclusión del delito, ii) responsabilidad penal de las personas jurídicas, iii) consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, y iv) causas de exclusión del delito.

El Congreso de la Unión invadió la esfera competencial de los estados al legislar en materia penal sustantiva, contraviniendo con ello lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXI, inciso c) constitucional, que lo faculta para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el orden común.

Lo anterior en relación con el artículo 124 de la Carta Magna que establece que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. En ese tenor, si la facultad de legislar en materia penal sustantiva no se encuentra expresamente conferida en favor del Congreso de la Unión, es obvio que se entiende reservada a los estados, de tal suerte que los artículos mencionados, al regular cuestiones de Derecho Penal sustantivo, que nada tienen que hacer

²¹ Campuzano Gallegos Adriana, *op cit*, p.183.

en un Código Procesal, son inconstitucionales en virtud de que la autoridad emisora carece de facultades para legislar al respecto.

Tratándose de normas heteroaplicativas, la suspensión además de impedir los efectos y consecuencias de la norma en la esfera jurídica del quejoso, se decretará también en relación con los efectos y consecuencias subsecuentes del acto de aplicación, tal como lo establece el párrafo segundo del artículo 148 de la Ley de Amparo.

4.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD

Uno de los mecanismos más efectivos para el escrutinio judicial de la constitucionalidad de normas generales es el test de proporcionalidad, el cual consta de dos etapas. Primero debe analizarse si la medida legislativa cuestionada incide en el contenido o alcance de un derecho fundamental, siendo necesario precisar cuáles son las conductas cubiertas, *prima facie*, por el derecho cuya violación se somete a tela de juicio, y posteriormente debe verificarse si la norma incide de alguna manera en su ámbito de protección.

Si la conclusión es positiva debe pasarse al segundo nivel de análisis. En esta segunda fase debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. La eventual colisión entre la protección de un derecho y sus límites debe resolverse con la ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad.

Para que las intervenciones a determinado derecho fundamental se consideren constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulta idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.²²

Siguiendo estos lineamientos, si la medida legislativa que se reclama no supera el test de proporcionalidad, debe declararse su inconstitucionalidad por limitar injustificadamente el derecho fundamental, y si por el contrario, la ley se encuentra justificada bajo el amparo del test de proporcionalidad, entonces será constitucional.

²² Tesis 1a.CCLXIII/2016 (10a.), de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2013156.

En materia penal, las normas tienen como fin la prevención del delito y la maximización de garantías.²³ El primero de estos fines busca evitar la comisión de delitos mediante la amenaza de sanción (prevención general), o bien, que determinado sujeto no infrinja la norma nuevamente, para lo cual se le impone una pena (prevención especial). La maximización de garantías opera como límite al fin de prevención e implica que frente al poder punitivo del Estado, el gobernado goza de todos los derechos humanos que deriven de la Constitución y de los tratados internacionales, siendo extensiva la obligación de respetar estos derechos no solo a las autoridades que aplican la norma, sino también a los órganos legislativos encargados de su creación.

Por otro lado, las funciones del Derecho Penal son la protección de bienes jurídicos y la motivación, esta última sirve a la primera, pues sólo se puede proteger un bien jurídico mediante el mensaje que envía el legislador a través de la amenaza de sanción a quien realiza la actividad prohibida por el tipo, u omita realizar la actividad esperada.

Atendiendo a lo anterior, la libertad configurativa del legislador para la formulación de tipos penales no es absoluta, sino que debe estar encaminada a la protección de bienes jurídicos con el fin de prevenir la comisión de delitos, debiéndose observar que existen otros mecanismos menos lesivos para sancionar ciertas conductas, por lo que deben observarse los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio* al momento de legislar en materia penal, sin que esté permitido controlar a los ciudadanos mediante una tipificación excesiva de conductas que rebase la función de protección de bienes jurídicos, incurriendo así en populismo punitivo.

Así, por ejemplo, si el legislador decide tipificar como delito cierta conducta que incida en el ejercicio libre de un derecho, sin que con ello se atienda a una función protectora de bienes jurídicos, o bien, que la limitante al derecho mediante la amenaza de sanción sea mayor al fin preventivo por estimarse que el derecho cuya restricción subyace en el tipo es de mayor valía que el bien jurídico que se pretende proteger, podría cuestionarse su regularidad constitucional, siendo el test de proporcionalidad la herramienta de escrutinio judicial más efectiva para dar solución a la colisión entre el derecho y su limitante.

4.3. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

El principio de taxatividad se encuentra reconocido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como vertiente del principio de legalidad, y se encuentra dirigido a la formulación legislativa de normas penas, así como por el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las

²³ Ontiveros Alonso Miguel, *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ubijus, p.39.

conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.²⁴

De acuerdo con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía de exacta aplicación de la ley penal, reconocida por el artículo 14 constitucional, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe quedar redactada de tal forma que los términos mediante los cuales especifiquen los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos.²⁵

El principio de taxatividad constituye un importante límite al legislador penal en un Estado Democrático de Derecho, en tanto constituye una exigencia de racionalidad lingüística, según la cual el legislador está obligado por mandato constitucional a formular en términos precisos, claros y exactos los supuestos de hecho a los que corresponde como consecuencia jurídica una pena o medida de seguridad.

Lo que se busca a partir de la exigencia de taxatividad es que la formulación de los tipos penales sea lo suficientemente clara y precisa, pues de no ser así se dejaría en un estado de incertidumbre jurídica a los gobernados que conllevaría a no poder determinar si un hecho constituye o no delito, y con ello se infringe, naturalmente, el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley penal, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Conforme al principio de legalidad en materia penal, en su vertiente de taxatividad, las normas vagas, ambiguas, imprecisas o poco claras generan incertidumbre en sus destinatarios, y por lo tanto pueden ser impugnadas en tanto resultan contrarias al parámetro de regularidad constitucional conforme a los artículos 14 de la Carta Magna y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Recordemos que en términos generales el principio de proporcionalidad nos indica si determinada norma que restrinja derechos fundamentales es aceptable siempre que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate, para lo cual la restricción del

²⁴ Caso Castillo Petruzi y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 30 de mayo de 1999, párrafo 121.

²⁵ Sentencia de fecha 7 de julio de 2015, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 95/2014.

derecho debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto atendiendo a un fin de protección legítimo.

Dicho principio no es ajeno a la materia penal, por el contrario, se encuentra expresamente reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que señala que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

“La proporcionalidad supone un límite a la ‘cantidad’ de prohibiciones que el legislador puede establecer, así como la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el tipo de conducta que se puede sancionar penalmente y por el monto de sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta”.²⁶

El principio de proporcionalidad de las penas, al igual que el de taxatividad analizado en el subapartado inmediato anterior, opera como limitante a la libertad de configuración legislativa en materia penal, al dirigirse al legislador como una exigencia de valoración cualitativa y cuantitativa respecto a la gravedad de la conducta que pretende sancionar así como al bien jurídico que se busca proteger mediante la tutela penal.

No es lo mismo incumplir con la obligación alimentaria que cometer un homicidio, y por lo tanto merecen consecuencias jurídicas (penas) de distinta magnitud, así como tampoco merece igual reproche el robo simple que el robo con violencia, ya que aunque el bien jurídico tutelado es el mismo, la agravante de violencia implica una mayor graduación del injusto puesto que el nivel de antijuridicidad es más alto.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que resulta sumamente complejo determinar la proporcionalidad de las penas en términos de niveles cardinales o absolutos de sanción, propios de la corriente retribucionista, de acuerdo con la cual, la sociedad y el legislador deben asegurarse que el delincuente reciba la pena que lo sitúe en el puesto cardinal que le corresponde en atención a su culpabilidad exacta. Al respecto debemos recordar que el fin de la pena no es la retribución (castigo), sino la prevención del delito mediante la reinserción social del delincuente.

“Resulta más adecuado hacer un juicio de proporcionalidad de las penas en términos de una lógica de niveles ordinales, es decir, realizar el análisis a partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo a la escala prevista por legislador en grandes renglones, para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada. De este modo, es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas, se sale de ese orden y se le asigna una pena superior; además, este modelo ofrece ventajas, como que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones

²⁶ Carbonell Miguel, *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*, Ed. Porrúa, p. XIV.

de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté correspondientemente graduada”.²⁷

Siguiendo la lógica de los niveles ordinales desarrollada por la Primera Sala, sería desproporcional que el delito de administración fraudulenta se sancionara con una pena mayor al de fraude genérico, ya que si bien es cierto, ambos tipos penales tienen particularidades distintas en cuanto a sus elementos descriptivos, lo cierto es que en ambos se lesiona el patrimonio con la misma intensidad, tan es así que se encuentran tipificados en el mismo capítulo.

La libertad de configuración legislativa no le concede al creador de la norma discrecionalidad absoluta en la formulación de tipos penales y la determinación de las penas, y por lo tanto, su facultad para restringir derechos en ejercicio del *ius puniendi* debe ceñirse al principio de proporcionalidad, sin que ello pueda escapar del control constitucional; por ello, los tipos penales que contengan penas desproporcionadas pueden ser reclamados mediante el Juicio de Amparo.

“La tipificación penal de una conducta implica una intervención a la libertad de acción, y que, como tal, debe estar justificada, y que, además, la pena prevista debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición. Dicho de manera negativa: las leyes penales carentes de fundamento y las penas excesivas están prohibidas por la libertad garantizada constitucionalmente. Como correlato, se atribuye a la Corte Constitucional la competencia para controlar efectivamente la legislación penal en estos aspectos. La práctica de un control efectivo implica la renuncia de la Corte a permanecer tras la línea de lo evidentemente irrazonable o arbitrario, y el imperativo de examinar detenidamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas por legislador”.²⁸

Un ejemplo claro de violación al artículo 22 constitucional por contener penas notoriamente desproporcionadas a la conducta sancionada y al bien jurídico tutelado, entre otros vicios de inconstitucionalidad de que adolece, lo encontramos en el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 8 de noviembre de 2019, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal.

A partir de dicha reforma, que entró en vigor el primero de enero de 2020, el delito de defraudación fiscal y sus equiparables se contemplan como delitos susceptibles de

²⁷ Tesis 1a.CCCX/2014 (10a.) de rubro “PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SU ESTUDIO DEBE LLEVARSE A CABO ATENDIENDO A LOS NIVELES ORDINALES Y NO A LOS CARDINALES O ABSOLUTOS DE SANCIÓN”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2007341.

²⁸ Bernal Pulido Carlos, *El Principio de Proporcionalidad en la Legislación Penal, Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*, Ed. Porrúa, p.199.

configurar el diverso de delincuencia organizada y en contra de la Ley de Seguridad Nacional, pese a que son perseguibles por querrela y el bien jurídico tutelado no trasciende a la debida recaudación de contribuciones, lo que implica que las penas que le corresponden a los supuestos ahí previstos son notoriamente desproporcionadas.

5. AMPARO CONTRA ACTOS OCURRIDOS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

5.1. INVESTIGACIÓN INICIAL

El Juicio de Amparo es procedente en contra de los actos u omisiones que se realicen por el Ministerio Público en la etapa de investigación inicial, de conformidad con las fracciones II y VII del artículo 107 de la Ley de Amparo, respectivamente.

La etapa de investigación en su fase inicial tiene por objeto que el Ministerio Público practique actos de investigación tendientes al esclarecimiento de los hechos para con ello estar en aptitud de decidir si se ejercita o no la acción penal.

La facultad de investigación conferida al Ministerio Público por mandato del artículo 21 constitucional encuentra su límite en los derechos humanos, por lo que cualquier actuación que se realice al margen de estos puede ser reclamable mediante el Juicio de Amparo.

Por regla general, en contra de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público, es el imputado quien acude como quejoso al Juicio de Amparo, en cambio, en contra de las omisiones en la investigación de los delitos, así como las determinaciones de reserva, desistimiento y no ejercicio de la acción penal será la víctima u ofendido quien resienta la afectación en su esfera jurídica, aunque válidamente puede presentarse el caso de que alguna omisión del Ministerio Público cause agravio también al imputado, máxime que la investigación debe referirse tanto a elementos de cargo como de descargo.²⁹

5.1.1. *Omisiones Ministeriales*

En ejercicio de sus facultades constitucionales, el Ministerio Público se encuentra obligado a ordenar a la policía, ejerciendo una conducción funcional, la práctica de todos los actos de investigación que resulten útiles y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, así como la recolección de indicios y datos de prueba mediante su registro y control aplicando para tal efecto las técnicas de cadena de custodia correspondientes.

Naturalmente, la víctima u ofendido tienen un interés particular y diferenciado de los demás miembros de la sociedad en que se investigue, persigue y sancione el hecho

²⁹ Artículo 129 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Deber de objetividad y debida diligencia. La investigación debe ser objetiva y referirse tanto a elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso.

constitutivo de delito, especialmente en delitos de querrela, en los que manifiestan dicha pretensión al formular el requisito de procedibilidad para que en su oportunidad se ejerza la acción penal y reparadora.

El artículo 20, apartado C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a la víctima u ofendido como parte dentro del proceso penal y enlista en su favor una serie de derechos que deben ser respetados por el Ministerio Público durante la etapa de investigación.

Es común, sin embargo, que el Ministerio Público sea omiso en la práctica de actos de investigación, aun ante la petición expresa de la víctima u ofendido, lo que genera una afectación en su esfera jurídica por violación al artículo 20, apartado C, fracción II de la Constitución Federal.

Antes de acudir al Juicio de Amparo en contra de una omisión ministerial debe observarse el principio de Definitividad explicado en el apartado 2.3., para lo cual, la víctima u ofendido deberán interponer el recurso innominado previsto en el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales³⁰ con el fin de que el Juez de Control sea quien resuelva si la omisión reclamada se encuentra o no justificada; esta obligación no le es exigible al imputado, toda vez que dicho recurso solamente se refiere a la víctima u ofendido.³¹

5.1.2. Técnicas de investigación

Durante la fase inicial de la etapa de investigación, como ya se dijo, el Ministerio Público se encuentra facultado, por mandato del artículo 21 constitucional, a la práctica de actos de investigación útiles y pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Para los efectos de este trabajo resulta imposible enunciar todos los actos que en esta etapa pueden causar afectación en la esfera jurídica del imputado, o bien de la víctima u ofendido por deficiencias en su desahogo, por lo que me ocuparé únicamente de una de las técnicas de investigación que con mayor frecuencia emplea la autoridad ministerial; me refiero al aseguramiento de bienes.

³⁰ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.28/2018 (10a.), de rubro “SISTEMA PENAL ACUSATORIO. CONTRA LAS OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PROCEDE EL MEDIO DE DEFENSA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EL CUAL DEBE AGOTARSE EN CUMPLIMIENTO AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD QUE RIGE EL JUICIO DE AMPARO”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2017640.

³¹ Tesis I.9o. P.234 P (10a.), de rubro “OMISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. AL SER INAPLICABLE PARA EL IMPUTADO EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, NO LE ES EXIGIBLE AGOTAR EL RECURSO INNOMINADO PREVISTO EN DICHO PRECEPTO, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2019449.

5.1.2.1 Aseguramiento de bienes

El artículo 229 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con este, siempre que guarden relación directa con el lugar de los hechos o del hallazgo, serán asegurados durante el desarrollo de la investigación, a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan.

La finalidad del aseguramiento, como medida eminentemente cautelar, es la de resguardar los bienes con el objeto de garantizar la pena de decomiso, que en su caso llegue a imponerse.

Ahora bien, de la lectura del artículo 229 pareciera que el aseguramiento de bienes constituye una facultad discrecional del Ministerio Público, sin embargo, no debe perderse de vista que al tratarse de una medida que afecta directamente el derecho de propiedad, debe ser sometida, necesariamente, a control judicial previo.

Lo anterior se sostiene atendiendo a lo dispuesto por el párrafo decimocuarto del artículo 16 constitucional, que establece la figura de los Jueces de Control, cuya función principal es autorizar medidas cautelares, providencias precautorias, y técnicas de investigación, lo que se robustece atendiendo a lo dispuesto por el artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a los actos de investigación en que se requiere control judicial previo.³²

La doctrina del control judicial previo fue ampliamente desarrollada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y 11/2014 mediante sentencia publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de junio de 2018, en donde se sostuvo que el control judicial previo debe de ser la regla, y solo por excepción, el Ministerio Público se encuentra facultado para practicar los actos de investigación taxativamente enunciados por el artículo 251 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que de suyo, no causan afectación a derechos reconocidos en la Constitución.

También se dijo, que si el embargo de bienes previsto como providencia precautoria en el artículo 138, fracción I, y como medida cautelar en el artículo 155, fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales, requieren necesariamente autorización judicial; con mayor razón el control judicial previo debe exigirse tratándose del aseguramiento de bienes, en virtud de que este constituye tan solo una técnica de investigación practicada en una etapa en la que apenas se están reuniendo indicios para la procedencia de la acción penal.

³² Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del Juez de Control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución, así como los siguientes. [...]

Al respecto, la necesidad de reservar este tipo de medidas a la autoridad judicial, ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se observa a continuación:

Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aun antes de la finalización del proceso. Este punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, *so pena* de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.³³

Sin embargo, es común que el Ministerio Público siga ordenando el aseguramiento de bienes durante la investigación sin contar con autorización judicial para ello, pues desafortunadamente no ha habido un cambio de mentalidad que permita dejar atrás las prácticas del sistema inquisitivo, en que el control judicial previo era la excepción, reservada a supuestos limitados, como por ejemplo la orden de cateo o la intervención de comunicaciones privadas.

Por lo tanto, atendiendo a la dinámica del Sistema Acusatorio, el aseguramiento de bienes que no sea autorizado por el Juez de Control, viola directamente los derechos fundamentales de control judicial previo y propiedad reconocidos en el artículo 16 constitucional, reclamable en la vía indirecta del Juicio de Amparo.

Sin pretender ahondar mucho al respecto, ya que ello será materia de diverso análisis, es conveniente destacar que existe la posibilidad de que el Juez de Distrito conceda la suspensión del acto reclamado para el efecto de que los bienes asegurados sean devueltos en depósito provisional a su legítimo propietario mientras se resuelve el Juicio en lo principal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 147 de la Ley de Amparo, que permite otorgar a la suspensión efectos restitutorios o de tutela anticipada, partiendo de su naturaleza genuina de medida cautelar, para lo cual deberán observarse la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora, y la no afectación al interés social.³⁴

La suspensión, en cambio, será improcedente si el Ministerio Público se negó a devolver el bien asegurado porque existen diligencias pendientes por desahogarse, pues en este caso,

³³ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, párrafo 188.

³⁴ Tesis I.10°.P.11 P (10a.) de rubro “ASEGURAMIENTO DE BIENES INMUEBLES EN MATERIA PENAL. EN EL AMPARO PROMOVIDO CONTRA EL ACUERDO QUE LO ORDENA PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN, SIEMPRE QUE NO SE SIGAN PERJUICIOS AL INTERÉS SOCIAL O SE CONTRAVENGAN DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO, SIN QUE ELLO IMPLIQUE OTORGAR LA MEDIDA RESPECTO DE ACTOS CONSUMADOS”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2014710.

de concederse la suspensión con efectos restitutorios, se seguiría un posible perjuicio al interés social, ya que puede interferir en la investigación, al ponerse en riesgo la pérdida de huellas o indicios relacionados con el hecho que se investiga.³⁵

5.2. INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA

La investigación complementaria comprende desde la formulación de imputación hasta el cierre de investigación, como lo establece el artículo 211, fracción I, inciso B) del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Todos los actos que se analizarán en el presente apartado constituyen una excepción al principio de Definitividad que rige en el Juicio de Amparo, como se adelantó en el apartado 2.3.1.

5.2.1. Orden de aprehensión

Si bien es cierto que la orden de aprehensión no constituye un acto dictado propiamente en la fase de investigación complementaria, opté por incluir su estudio en este apartado, ya que no se trata de un acto atribuible al Ministerio Público, sino más bien a la autoridad judicial a petición de aquél.

La orden de aprehensión, en el Sistema Acusatorio Adversarial tiene una naturaleza diversa a la que le correspondía en el Sistema Mixto Inquisitivo, puesto que únicamente se trata de una de las formas de conducción del imputado a proceso, como lo señala el artículo 141, fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales, y no se trata propiamente de una medida privativa de libertad, aunque sin duda restringe provisionalmente este derecho.

Los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión, en términos del artículo 16 de la Constitución Federal, son: (i) que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, (ii) que este hecho se encuentre sancionado con pena privativa de libertad, (iii) que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho; y, (iv) que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Además de los requisitos constitucionales antes mencionados, antes del libramiento de la orden de aprehensión deberán agotarse las otras formas de conducción del imputado al proceso, salvo que el Ministerio Público acredite la necesidad de cautela atendiendo a riesgos procesales, como pudiera ser el peligro de sustracción, la protección de la víctima, testigos o la comunidad, y el desarrollo de la investigación.

³⁵ Tesis de Jurisprudencia PC.I.P. J/66 P (10a.), de rubro “SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA EL ASEGURAMIENTO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CUANDO LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DEVOLVERLO DERIVA DE LA EXISTENCIA DE DILIGENCIAS MINISTERIALES PENDIENTES”, Plenos de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2021675.

La suspensión en el Juicio de Amparo promovido contra la orden de aprehensión se encuentra sujeta a reglas específicas, por un lado, si el delito por el que fue librada es de aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa, únicamente se concederá para el efecto formal de que el quejoso quede a disposición del órgano jurisdiccional de amparo pero en el lugar que este señale únicamente en lo que a su libertad se refiere, quedando a disposición de la autoridad responsable para los efectos de continuación del proceso, como lo señala la fracción I del artículo 166 de la Ley de Amparo.

En cambio, si se trata de delitos que no impliquen prisión preventiva oficiosa, la suspensión producirá el efecto de que el quejoso no sea detenido, bajo las medidas de aseguramiento que el órgano jurisdiccional de amparo estime necesarias a fin de que no evada la acción de la justicia y se presente al proceso penal para los fines de su continuación y pueda ser devuelto a la autoridad responsable en caso de que no se obtenga la protección de la justicia federal.

En ambos supuestos, el amparo quedará sin efectos si se llega a dictar auto de vinculación a proceso, pues en ese caso quedarán irreparablemente consumadas las violaciones reclamadas en la orden de aprehensión por un cambio de situación jurídica, lo que conduce a la improcedencia y consecuente sobreseimiento en términos de lo dispuesto por el artículo 61, fracción XVII de la Ley de Amparo.

5.2.2. Auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso se dictará siempre que se haya formulado imputación, el imputado haya tenido oportunidad para declarar, obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito así como la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, y no se encuentre actualizada en su favor una causa de licitud o excluyente de responsabilidad.

El hecho de que a una persona se le vincule a un proceso penal implica una afectación a su libertad, al menos parcialmente, ya que si bien es cierto, la prisión preventiva no es una consecuencia natural de este como ocurría en el sistema tradicional con el auto de formal prisión, la prosecución del proceso requiere de su ineludible presencia como presupuesto de continuidad al tener la obligación de comparecer a todos los actos para garantizar el desarrollo del proceso.³⁶

Cuando se reclame en amparo un auto de vinculación a proceso, la autoridad responsable deberá suspender el procedimiento una vez concluida la etapa intermedia y hasta que sea notificada de la resolución definitiva que recaiga al Juicio de Amparo para evitar con ello

³⁶ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.101/2012 (10a.), de rubro “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INculpADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”, Primera Sala, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro judicial 2002977.

que por un cambio de situación jurídica se consumen irreparablemente las violaciones reclamadas, en términos de lo dispuesto por el artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo de la Ley de Amparo, en virtud de que atendiendo al principio de continuidad, las etapas del proceso se van sucediendo unas a otras agotándose irreversiblemente.

5.2.3. Medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, testigos y la comunidad, por el tiempo estrictamente indispensable para lograr estos fines. Se regirán por los principios de proporcionalidad, idoneidad, excepcionalidad, mínima intervención y presunción de inocencia, quedando prohibido aplicarse como medidas punitivas anticipadas.

El artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece un catálogo de 14 medidas cautelares, de carácter personal y real, de las cuales, la más grave es la prisión preventiva, la cual únicamente podrá aplicarse, fuera de los casos en que proceda oficiosamente conforme al catálogo de delitos previsto por el artículo 19 constitucional, cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar los fines procesales antes mencionados, sin que se justifique su aplicación atendiendo exclusivamente a la magnitud de la pena que corresponda al delito de que se trate, ya que con ello se vulneraría la presunción de inocencia, en su vertiente de trato procesal.³⁷

Si se llegare a imponer la prisión preventiva justificada como medida cautelar, al promoverse el Juicio de Amparo, la suspensión únicamente tendría el efecto formal a que se refiere la fracción I del artículo 166 de la Ley de Amparo, caso en el que no se exigirá garantía alguna; sin embargo, válidamente podría plantearse la suspensión con efectos restitutorios, bajo las medidas de aseguramiento que el Juez de Amparo estime pertinentes, solicitando que mediante un control concentrado de constitucionalidad se deje de aplicar dicho artículo, o en su defecto que se realice una interpretación conforme al texto del artículo 107, fracción X constitucional, para lo cual deberá ponderarse la apariencia del buen derecho con la no afectación al interés social.

Tratándose de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, el artículo 128, párrafo segundo de la Ley de Amparo, establece que no serán objeto de suspensión; sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 62/2016, mediante sentencia publicada en el *Diario Oficial de la*

³⁷ Tesis de Jurisprudencia VI.2o.P. J/2 (10a.), de rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2018459.

Federación con fecha 8 de mayo de 2018, si bien avaló la regularidad constitucional de dicho precepto, determinó que tal prohibición no es tan tajante que impide el ejercicio valorativo jurisdiccional, ya que ello trastocaría el derecho a un recurso judicial efectivo.

Por lo que se llegó a la conclusión de que debe realizarse una interpretación de que dicho artículo sea leído acorde con lo establecido en los diversos 129 y 166 de la propia ley, entendiendo que la prohibición de conceder la suspensión tratándose de medidas cautelares concedidas por la autoridad judicial constituye la regla general; sin embargo, pueden existir excepciones siendo al juzgador de amparo a quien le corresponderá analizar cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza del acto, a la apariencia del buen derecho, el peligro en la demora y el interés social, por lo que en suma puede afirmarse que en ciertos supuestos sí procede la suspensión de una medida cautelar para que cesen sus efectos.

6. AMPARO CONTRA ACTOS OCURRIDOS EN LA ETAPA INTERMEDIA

Los actos ocurridos en la etapa intermedia se consideran como actos dentro de juicio para efectos del Juicio de Amparo, de conformidad con el artículo 170, fracción I, último párrafo de la Ley de la materia por lo que necesariamente para que sea procedente el amparo indirecto deberá tratarse de actos de imposible reparación a la luz de lo dispuesto por la fracción V del artículo 107.

Previo a la reforma de fecha 6 de junio de 2011, la Constitución no establecía una definición clara de lo que se entendía por actos de imposible reparación, por lo que fue la Jurisprudencia la que se encargó de delimitar su contenido, estableciéndose que por estos debía entenderse a aquellos que lesionen derechos sustantivos, y de modo excepcional violaciones formales, adjetivas o procesales, cuando afecten a las partes en un grado predominante o superior.³⁸

Ahora bien, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo, el artículo 107, fracción V, ofrece precisión para comprender el alcance de la expresión relativa a actos de imposible reparación, al establecer que por dichos actos se entienden los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Puede afirmarse que con esta aclaración, el legislador secundario proporcionó mayor seguridad jurídica para la promoción del juicio de amparo indirecto, ya que mediante una fórmula legal precisó el contenido de los actos de imposible reparación, quedando excluidas así las violaciones meramente formales aunque puedan afectar a las partes en un grado predominante o superior, ya que en estos casos la afectación no es actual —a

³⁸ Tesis de Jurisprudencia P./J. 4/2001, de rubro “PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN, PREVIAMENTE AL FONDO, PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO”, Pleno, novena época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 190368.

diferencia de los sustantivos—, sino que depende que llegue o no a trascender al resultado del juicio o procedimiento.³⁹

6.1. ANÁLISIS DE PROCEDENCIA CONTRA LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

Con motivo de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Ley Suprema, establece que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, lo que permite válidamente afirmar que al encontrarse reconocido expresamente en el texto constitucional, la nulidad de la prueba ilícita es un derecho sustantivo *per se*.

Resulta incuestionable que la exclusión de un medio de prueba en la etapa intermedia, por sobreabundante, impertinente o innecesario, no constituye una afectación de imposible reparación, al no recaer directamente en algún derecho sustantivo reconocido en la Constitución, sino que la violación en su caso se circunscribe al ámbito de lo meramente formal o procesal, y por lo tanto en su contra sería improcedente el Juicio de Amparo.

Lo mismo ocurre con la admisión de los medios de prueba que fueron obtenidos legalmente durante la investigación, aunque los mismos pudieran considerarse sobreabundantes, impertinentes o innecesarios, en virtud de que su sola admisión y posterior incorporación a la audiencia de juicio no afecta directamente ningún derecho sustantivo, tomando en consideración que el Tribunal de Enjuiciamiento puede o no valorarlos, lo que en su caso, de trascender al fallo, tendría que impugnarse en amparo directo.

La situación es distintita cuando el medio de prueba se obtuvo en la investigación violando algún derecho fundamental, lo que daría lugar a su nulidad y consecuente exclusión, como ocurriría por ejemplo con la obtención de evidencia en el interior de un domicilio al que se ingresó sin una orden de cateo, o la información protegida por el secreto bancario que se recabe sin autorización judicial.

En estos casos excepcionales, surge la interrogante de si la sola admisión del medio de prueba afecta o no un derecho sustantivo, partiendo de la premisa constitucional de que toda prueba obtenida violando derechos fundamentales debe declararse nula, debiéndose tener en cuenta que la finalidad de la audiencia intermedia es depurar los hechos y el material probatorio para que la información que fue obtenida de manera ilícita o ilegal no llegue a oídos del Tribunal de Enjuiciamiento provocando así un efecto corruptor del proceso, ya

³⁹ Tesis de Jurisprudencia P./J. 37/2014 (10a.), de rubro “PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SI ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, RESULTANDO INAPLICABLE LA JURISPRUDENCIA P./J. 4/2011 (LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013), Pleno, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2006589.

que aunque tenga facultad de no valorar estos medios de prueba, lo cierto es que al haber percibido su desahogo mediante la intermediación procesal, es lógico que su criterio pueda verse contaminado por estos medios de prueba.

Algunos Tribunales se han decantado por la procedencia del Juicio de Amparo contra actos ocurridos en la audiencia intermedia bajo la premisa de que al no poder ser reclamables en amparo directo, causan consiguientemente una afectación de imposible reparación,⁴⁰ y otros en cambio se han inclinado por su improcedencia, estimando que no afecta real y materialmente y por sí, algún derecho sustantivo tutelado en la Constitución.⁴¹

La determinación de si en contra de los actos relacionados con la admisión de medios de prueba en la etapa intermedia del sistema penal acusatorio procede el Juicio de Amparo Indirecto es materia de la Contradicción de Tesis 532/2019 pendiente de resolución en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo, existe ya un pronunciamiento al respecto por parte de la Primera Sala del máximo Tribunal, derivado del Amparo en Revisión 907/2016 en el que se consideró improcedente el Amparo Indirecto en contra de los actos relacionados con la admisión de medios de prueba, aun de los considerados ilícitos, bajo la premisa de que no irrogan un daño irreparable actual en el quejoso, sino que la afectación a su esfera jurídica está sujeta a factores cuya verificación se desconoce, tales como que los medios de prueba se desahoguen, la forma en que su desahogo se verifique, y que el Tribunal los considere como prueba de cargo al momento de dictar sentencia en el Juicio oral.

No comparto el criterio adoptado por la Primera Sala, en primer lugar, porque la nulidad de la prueba ilícita es un derecho sustantivo en sí mismo, al encontrarse tutelado expresamente por el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución Federal, tal como la propia Primera Sala lo reconoció al resolver el Amparo Directo 9/2008, en donde se afirmó que la protección de tal derecho puede hacerse valer ante los Tribunales.

Además, bajo la dinámica del Sistema Acusatorio, la Primera Sala al resolver el Amparo Directo en Revisión 669/2015, estableció con toda claridad, que el momento oportuno para hacer valer la exclusión de medios de prueba, por considerar que fueron obtenidos violando derechos fundamentales, es durante la etapa intermedia, sin que pueda plantearse en la audiencia de juicio oral.

⁴⁰ Tesis XXIV. 1o.3 P (10a.), de rubro “VIOLACIONES COMETIDAS EN LA ETAPA INTERMEDIA. SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO AL DECRETARSE EL AUTO DE APERTURA A JUICIO ORAL.”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2021020.

⁴¹ Tesis XIII. P. A. 33 P (10a.), de rubro “DATOS DE PRUEBA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN COMPLEMENTARIA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL. CONTRA LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE NO EXCLUIR LOS QUE SE OBTUVIERON CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2017337.

Por lo anterior, en mi opinión, la sola admisión de un medio de prueba ilícitamente obtenido afecta directa y materialmente el derecho sustantivo a obtener su nulidad en la etapa intermedia, sin que sea sostenible afirmar que la afectación a la esfera jurídica está sujeta a factores cuya verificabilidad se desconocen, pues bajo la dinámica del sistema acusatorio su exclusión no podrá plantearse en la audiencia de juicio, amén que la finalidad de la etapa intermedia es la depuración del material probatorio, precisamente para evitar contaminaciones indebidas en el Tribunal de Enjuiciamiento.

Sin que lo anterior implique que la procedencia del Juicio de Amparo quede al arbitrio del quejoso, sino que deberá resolverse por el juzgador atendiendo a las particularidades de caso, para lo cual, en aras de poder determinar si las violaciones reclamadas transgreden efectivamente derechos sustantivos, deberá admitirse a trámite la demanda de amparo y requerirse el informe justificado, pues sólo así se estará en aptitud de realizar un análisis respecto a su procedencia.⁴²

No debe negarse la posibilidad de que la Primera Sala se aparte del criterio asumido en el Amparo en Revisión 907/2016 al momento de resolver la contradicción de tesis 532/2019, ya que su integración ha variado; en cualquier caso, afirmo con plena convicción que en ningún caso debe permitirse que una prueba obtenida violando derechos fundamentales ingrese a juicio, y por ello, la protección del derecho sustantivo a obtener su nulidad en la etapa intermedia únicamente puede hacerse valer ante los Tribunales de control constitucional a través del amparo indirecto, lo que me lleva a defender la tesis que se inclina en favor de su procedencia.

7. CONCLUSIONES

El Juicio de Amparo es en nuestro sistema jurídico el medio de defensa que por excelencia permite acceder a una tutela judicial efectiva en términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la vía indirecta, permite el control constitucional de normas generales, inclusive de omisiones legislativas absolutas atendiendo al principio de supremacía constitucional, y particularmente en materia penal permite tanto a la víctima u ofendido como al imputado reclamar actos y omisiones de las autoridades ministeriales y judiciales en el marco del sistema penal acusatorio.

Sin embargo, a pesar de su plausible efectividad como medio de control constitucional, el amparo está regulado por diversas instituciones y principios sumamente técnicos que exigen al operador jurídico, a través del rigor científico y dogmático, una constante

⁴² Tesis XVII.2o.7 P (10a.), de rubro “MEDIOS DE PRUEBA EN LA ETAPA INTERMEDIA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. SI EL ACTO RECLAMADO LO CONSTITUYE LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE CONTROL QUE ADMITE LOS OFRECIDOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO, NO SE ACTUALIZA UNA CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO QUE DÉ LUGAR AL DESECHAMIENTO DE PLANO DE LA DEMANDA”, Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, visible en el *Semanario Judicial de la Federación* con número de registro digital 2021700.

capacitación que permita desarrollar habilidades para su adecuado planteamiento atendiendo al caso concreto, cuyo análisis debe partir del estudio de procedencia a la luz de los artículos 61 y 107 de la Ley de Amparo, así como de la Jurisprudencia tanto nacional como internacional.

ESTRUCTURA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL

*Gerardo Ostos Rincón Gallardo,
especialista en Derecho Penal,
Sistema Acusatorio Adversarial
y Juicio de Amparo*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios Generales del Derecho Penal. 2.1. Principio de Legalidad. 2.2. Principio de Culpabilidad. 2.3. Principio de Acto. 2.4. Principio de Prohibición de Responsabilidad Objetiva. 2.5. Principio In Dubio Pro Reo. 3. Derechos Humanos en materia Penal. 3.1. Principios de interpretación. 3.2. Igualdad 3.3. Debido Proceso 3.4. Presunción de Inocencia 3.5. Defensa Adecuada 3.6. Reparación del Daño. 4. Formas de aparición del delito. 4.1. Autoría y participación. 4.2. La tentativa. 4.3. Concurso aparente de normas incompatibles entre sí. 4.4. Concurso de delitos. 4.5. Delito continuado. 4.6. Causas de exclusión del delito. 5. Derecho Procesal Penal. 5.1. Etapas del Proceso Penal. 5.2. Prueba. 5.3. Sentencia. 6. Juicio de Amparo. 6.1. Amparo Indirecto o biinstancial. 6.2. Amparo Directo o uniinstancial. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Me surgió el interés por escribir una guía teórico-práctica que pueda servir como punto de partida para estructurar adecuadamente el pensamiento de los operadores del Derecho Penal, con motivo de las reflexiones que el Doctor Miguel Ángel Aguilar López ha sido tan amable de compartir a través de las plataformas digitales implementadas por Instituto Hebo, a quién hago un reconocimiento y agradecimiento públicos por sus valiosas aportaciones, que han sido, sin duda, elementales y de la mayor utilidad para la formación de miles de juristas en México y el mundo.

El Doctor Miguel Ángel Aguilar López, quién ha sido Secretario, Juez, Magistrado Unitario y Magistrado de diversos Tribunales Colegiados, del Poder Judicial de la Federación por más de 30 años, ha sugerido en sus conversatorios aplicar el rigor científico, las reglas de la lógica y la hermenéutica como método de interpretación, como herramientas para la solución eficiente y efectiva de los conflictos que surgen con motivo de la comisión de un delito.

Con motivo de la reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y seguridad pública de fecha 18 de junio de 2008 se escucharon voces que clamaban la incompatibilidad

del Sistema de Justicia Acusatorio Adversarial con la dogmática jurídico-penal, o más bien, de la inutilidad práctica de ésta en la operación de aquel, cuyos postulados, a todas luces equivocados, se fundamentaron principalmente en la desaparición de los conceptos —cuerpo del delito y probable responsabilidad— en los artículos 16 y 19, sustituidos por las expresiones —hecho que la ley señala como delito y probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Contrario a lo que afirmaron quienes se pronunciaron por la ineficacia de la dogmática jurídico-penal a la luz del Sistema Acusatorio Adversarial, aquella constituye la herramienta científica que por excelencia aporta, mediante el método de la interpretación hermenéutica, la solución más confiable a los conflictos que se presentan con motivo de la comisión del delito, y por ello, lejos de ser ajena a un sistema de corte garantista en el que se apuesta por el respeto y la salvaguarda de los derechos fundamentales, como lo es el acusatorio, aun en vías de consolidación, debe, necesariamente ser observada durante todas las fases del procedimiento, desde la formulación del requisito de procedibilidad o detención, en su caso, hasta la etapa de ejecución penal.

Para lograr una estructura correcta del pensamiento en materia penal, el Magistrado Miguel Ángel Aguilar López sugiere al operador jurídico el estudio prioritario de diversos principios, doctrinas y teorías que permitan dar sustento a la solución de casos prácticos, entrelazando cuestiones de derecho sustantivo con instituciones adjetivas por el vínculo inescindible que existe entre ambas disciplinas.

Dando seguimiento a sus recomendaciones me di a la tarea de estructurar mis propias ideas con el fin de compartir, de manera muy concreta y sin hacer un análisis minucioso de cada institución, los contenidos que deben conformar el pensamiento de un penalista, partiendo, por su importancia y necesaria prelación, de los principios generales y los derechos humanos que en materia penal se encuentran reconocidos en el parámetro de regularidad constitucional que conforman tanto la Constitución, como los tratados internacionales.

Antes que nada, considero importante que el operador jurídico tenga una definición clara del concepto —delito, y no a partir de sus elementos— tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino más bien a partir de los contenidos dogmáticos que se han desarrollado según sus distintas formas de aparición; en mi propio concepto, el delito es la acción u omisión, simple o impropia, voluntaria o imprudente, que produce un resultado, formal o material, causando una afectación a bienes jurídicos tutelados. De ésta definición pueden obtenerse diversos conceptos elementales del Derecho Penal, tales como la existencia de delitos meramente formales, de lesión o puesta o en peligro, consumados o tentados, de comisión por omisión, dolosos o culposos, como se verá más adelante.

Sin más preámbulo, espero poder aportar una estructura ordenada que permita al operador jurídico tener un panorama completo, aunque en términos muy generales, de las

cuestiones jurídicas que han de observarse al momento de hacer ejercicios de subsunción para dar solución a los problemas de la realidad social, en ocasiones de suma complejidad, que trasciendan al ámbito del Derecho Penal.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad en materia penal, también conocido por el aforismo latino, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, se encuentra reconocido por el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.² Constituye la base normativa de la que surge la obligación de formulación de tipos penales claros y precisos en los que se debe definir con exactitud la conducta, que de concretarse, daría lugar a una sanción penal, lo que implica que éste mandato no se encuentra dirigido únicamente a quién aplica la norma, sino también a la autoridad legislativa encargada de su creación; a esta vertiente se le conoce como principio de taxatividad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.³

En su vertiente de reserva de ley, el principio de legalidad exige que las normas penales se encuentren descritas en una ley en sentido formal y material, y que además dicha ley se encuentre vigente al momento de cometerse el delito, lo que conduce a reconocer que la prohibición de aplicación retroactiva también se deriva de aquel.

Todas las normas de Derecho Penal sustantivo se encuentran subordinadas en su aplicación al principio de legalidad, también conocido como principio de tipicidad, lo que implica que para poder sancionar un hecho con una pena, el mismo debe encuadrar de manera exacta en la descripción realizada previamente en algún tipo penal.

¹ Artículo 14. [...]

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

² Artículo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

³ Caso Castillo Petruzi y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 30 de mayo de 1999, párrafo 121.

Por lo tanto, si un hecho determinado es considerado injusto o antisocial por su alto contenido de antijuridicidad pero el mismo no se encuentra descrito por algún tipo penal, no podrá ser considerado como delito, así como tampoco es relevante si determinado hecho fue considerado como delito en el pasado o se encuentra en vías de tipificarse en un proceso legislativo; si al momento de cometerse el hecho, el mismo no se encuentra previsto como delito en una ley en sentido formal y material, no podrá ser sancionado penalmente, atendiendo al principio de legalidad.

2.2. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La creación y aplicación de las normas penales, específicamente en lo que atañe a sus consecuencias jurídicas —pena o medida de seguridad—, se encuentran estrechamente vinculadas al grado de culpabilidad de la persona que comete el delito, así como a la gravedad de éste, ya sea en abstracto o en concreto; por ello, el principio de culpabilidad constituye el fundamento y límite de la pena.

En abstracto, el creador de la norma debe ponderar que la hipótesis descrita en el tipo corresponda proporcionalmente con la pena que le pretende asignar, en razón de la protección del bien jurídico tutelado y el grado de culpabilidad; ésta es la razón por la que existen circunstancias modificativas, atenuantes y agravantes, de la responsabilidad penal, por ejemplo, no merece igual reproche privar de la vida por razón de género que hacerlo en estado de emoción violenta, de ahí que al graduarse la culpabilidad en mayor o menor grado se incremente o reduzca la sanción a imponerse.

Se considera como fundamento de la pena, en razón de que la sociedad espera que se sancione a todo aquel que comete un injusto penal, que además le es reprochable por tener la capacidad para comprenderlo y conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre que sea consciente de su antijuridicidad y le sea exigible conducirse de otra manera.

En concreto, será el Juzgador quién al momento de individualizar la pena según el parámetro de punibilidad establecido por el legislador, deba tomar en consideración el grado de culpabilidad, de modo que la pena aplicable no puede ser desproporcionada al bien jurídico afectado, a la forma de intervención y al mayor o menor juicio de reproche que en el caso concreto corresponda al sujeto activo del delito, ya que el principio de culpabilidad opera precisamente como límite de la pena.

No debe confundirse a la culpabilidad como elemento subjetivo del delito-juicio de reproche que se hace al sujeto activo, con el principio de culpabilidad, que más bien constituye uno de los pilares sobre los que se construye el Derecho Penal Democrático, y que opera como fundamento y límite de la pena.

2.3. PRINCIPIO DE ACTO

Se sanciona al sujeto por lo que hizo y no por quién es, ya que esto último constituye Derecho Penal de autor, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico; piénsese en un sujeto que constantemente altera el orden de su núcleo social y es conocido por realizar conductas inmorales, que al encontrarse descansado en su domicilio priva de la vida a otro que ha ingresado sin su autorización y que además se encuentra armado; en éste caso, más allá de las características personales del autor, su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación —legítima defensa—, que excluye la antijuridicidad y con ello el injusto.

El Derecho Penal únicamente sanciona conductas que al realizarse produzcan un resultado, ya sea formal o material, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos, con ello, se excluyen de su ámbito de aplicación, las ideas, credos, costumbres, orientaciones religiosas, filosóficas o incluso sexuales, sino trascienden a una fase de ejecución, por ejemplo, no podrá sancionarse penalmente a quién abiertamente reconozca tener preferencia sexual por menores de edad, si éste no realiza alguna conducta en la que se exterioricen por lo menos actos ejecutivos tendientes a la producción de un resultado.

2.4. PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes deben realizarse dolosa o culposamente.⁴

El dolo y la culpa constituyen los dos grandes títulos de imputación; existen casos en los que puede producirse un resultado típico sin que haya mediado voluntad o descuido del agente, piénsese por ejemplo en un sujeto que conduce en una avenida dentro de los límites de velocidad permitidos y atropella a otro que se ha cruzado la calle pese a la existencia de puentes peatonales, privándolo de la vida. En un caso como estos al no concurrir dolo ni culpa en la producción del resultado típico, la conducta del conductor del vehículo quedaría fuera del ámbito de imputación penal.

Tal como lo desarrolla la teoría de la imputación objetiva, el desarrollo normal de cualquier sociedad implica la realización de actividades que constituyen un riesgo para los bienes jurídicos protegidos, sin que pueda sancionarse sin más la producción de resultados, sino que debe necesariamente tratarse de riesgos que rebasen la esfera de permisibilidad según la conformación de cada sociedad, y que además el resultado se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma.

Obra dolosamente el que conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización; habrá

⁴ Artículo 3 del Código Penal para el Distrito Federal.

dolo directo cuando exista conocimiento y voluntad, y dolo eventual cuando se prevea como posible la producción del resultado y aun así se acepte su realización.

Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

En el ejemplo planteado, es claro que el conductor no quiso la producción del resultado típico ni aceptó su realización, además de que tampoco era previsible ni se advierte la violación a un deber de cuidado; por lo tanto, ante la ausencia de dolo y culpa, y en atención al principio de prohibición de responsabilidad objetiva, se excluye el delito por falta del elemento subjetivo genérico del tipo penal.

2.5. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

Este principio forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de standard de prueba, y cobra aplicación al momento de dictarse sentencia; por virtud de él, cuando exista duda acerca de la responsabilidad penal, debe resolverse el proceso en favor del reo a través de una sentencia absolutoria.

El concepto de duda implícito en el principio *in dubio pro reo* debe entenderse como la incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, para lo cual deberá tomarse en consideración también la hipótesis planteada por la defensa.⁵

El artículo 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a la convicción del tribunal de enjuiciamiento, establece en el párrafo tercero el concepto de duda absolutoria, derivado del principio *in dubio pro reo*, y señala expresamente que la duda siempre favorece al acusado.⁶

Como lo mencioné en el capítulo introductorio, el objeto de este trabajo no es un análisis profundo, sino enunciar brevemente los aspectos que integran el pensamiento jurídico en materia penal; por ello, no es posible incluir aquí todos los principios relevantes, basta decir, que existen varios igual de importantes, como el *non reformatio in peius*, el del bien jurídico y la antijuridicidad material, el *non bis in idem*, el de proporcionalidad de las penas, *ultima ratio*, entre otros, que habrán de tomarse en consideración y aplicarse interdependientemente al momento de resolver casos prácticos.

⁵ Tesis P. V/2018 (10a.), *IN DUBIO PRO REO*. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE DUDA ASOCIADO A DICHO PRINCIPIO.”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 62, t. I, enero de 2019, p 469.

⁶ Artículo 402. [...]

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que se siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

3. DERECHOS HUMANOS EN MATERIA PENAL

3.1. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se establecieron en el artículo 1o. las bases hermenéuticas que dirigidas a todas las autoridades deben observarse en el respeto de los derechos humanos.

El párrafo primero establece el nuevo parámetro de regularidad constitucional, conformado por las normas de derechos humanos que se encuentren reconocidas no solo por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, sino también por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

El párrafo segundo establece los principios de interpretación conforme y *pro persona*, al señalar que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo momento a las personas la protección más amplia.

El párrafo tercero establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

A partir del nuevo régimen de protección de los derechos humanos, todas las autoridades están facultadas para realizar un control difuso de constitucionalidad —*ex officio*—, al momento de interpretar las normas de derechos humanos, favoreciendo en todo momento la protección más amplia a la persona.

Esto quiere decir que todas las autoridades se encuentran legitimadas a la inaplicación de normas secundarias, cuando estimen que resultan contrarias al parámetro de regularidad conformado por las normas de derechos humanos reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales, pero para ello es necesario que primero se realice la interpretación conforme en sentido amplio, seguido de una interpretación conforme en sentido estricto con el fin de empatar la norma secundaria con la norma suprema, para finalmente proceder a su inaplicación cuando la norma resulte violatoria de derechos humanos.⁷

3.2. IGUALDAD

Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.⁸ El artículo primero constitucional, último

⁷ Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 27, t. I, p. 430.

⁸ Artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

párrafo prohíbe todo tipo de discriminación, al considerar que atenta contra la dignidad humana.

En materia penal, la víctima u ofendido se encuentran en un plano de igualdad con el imputado, en virtud de que a ambos se les reconoce como partes dentro del proceso, y por lo tanto debe velarse que sus derechos se respeten de la misma forma sin preferencia alguna.

Cualquier disposición normativa que sea discriminatoria debe ser sometida a un control de constitucionalidad —*ex officio*— por las autoridades encargadas de su aplicación con el fin de respetar el derecho fundamental de igualdad, que deriva de la dignidad humana; por ejemplo, el artículo 92, párrafo cuarto, del Código Fiscal de la Federación,⁹ es en mi opinión violatorio del derecho humano de igualdad en la aplicación de la ley, primero, porque permite que a través del ejercicio de una facultad discrecional, se apliquen consecuencias jurídicas distintas a dos o más personas que se encuentren en la misma hipótesis, y además, limita sus efectos a la persona en cuyo favor se otorga, lo que impide que los coimputados en una misma causa se beneficien de las consecuencias absolutorias del sobreseimiento por reparación del daño, lo que resulta discriminatorio, máxime que los partícipes, nunca podrán regularizarse al no tratarse de los sujetos fiscales obligados.

Un ejemplo claro de interpretación judicial del derecho fundamental de igualdad lo encontramos en la resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dirimir la contradicción de tesis 64/2017,¹⁰ en la que se sostuvo que la razón del artículo quinto transitorio del decreto por el que entró en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales, obedece al entendimiento del artículo primero constitucional, según el cual no debe haber un trato desigual entre los procesados de ambos sistemas, lo que dio lugar a pronunciarse en favor de revisar, modificar y sustituir la prisión preventiva dictada en procedimientos de corte mixto inquisitivo, conforme a las disposiciones del Sistema Acusatorio.

3.3. DEBIDO PROCESO

El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que deben observarse en favor de las partes durante la substanciación del proceso. Se encuentra reconocido en el artículo 14,

⁹ Artículo 92. [...]

Los procesos por los delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los imputados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien esos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría. La petición anterior se hará discrecionalmente, antes de que el Ministerio Público Federal y el asesor jurídico formulen el alegato de clausura, y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera.

¹⁰ Tesis 1a./J.74/2017 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDE QUE LOS INCUPLADOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO SOLICITEN LA REVISIÓN DE DICHA MEDIDA, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 17 DE JUNIO DE 2016., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 453.

párrafo segundo, de la Constitución Federal y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El debido proceso implica el respeto de los principios reguladores —continuidad, concentración, publicidad, contradicción e inmediación—, así como los derechos que asisten a las partes durante todas las etapas del proceso penal.

El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.¹¹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el contenido del debido proceso estableciendo que existe un “núcleo duro” que debe ser observado inexcusablemente, y que ha sido identificado como las formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”. Al respecto se considera que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento, (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque su defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y su posible impugnación.¹²

La tutela judicial efectiva, la competencia e imparcialidad del órgano judicial y el plazo razonable en que debe resolverse el proceso, constituyen garantías del derecho fundamental a un debido proceso.

Las reglas que el Código Nacional de Procedimientos Penales establece para el desahogo de actuaciones procesales constituyen las formalidades esenciales del procedimiento que habrán de observarse para garantizar un debido proceso; por ello, si por ejemplo, el Juez de Control, al momento de dictar el auto de vinculación a proceso, realiza una reclasificación jurídica de los hechos sin hacerlo del conocimiento del imputado, estaría violando el debido proceso por no haberle dado oportunidad de ejercer los derechos de defensa y contradicción.¹³

3.4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una de las piedras angulares sobre las que descansa el debido proceso en materia penal. Implica que cualquier persona sometida a proceso por la

¹¹ Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹² Tesis de Jurisprudencia 1a./J.11/2014 (10a.), DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 396.

¹³ Tesis III. 4o.P.1 P (10a.), RECLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS MATERIA DE LA IMPUTACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. SI A REALIZA EL JUEZ DE CONTROL SIN HACERLO DEL CONOCIMIENTO DEL IMPUTADO, EN LA MISMA AUDIENCIA PREVIO A RESOLVER LA VINCULACIÓN A PROCESO, TRANSGREDE SUS DERECHOS DE DEFENSA ADECUADA, AUDIENCIA Y DEBIDO PROCESO., *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, viernes 13 de marzo de 2020 10:16 h.

probable comisión de un hecho señalado como delito sea considerado y tratado como inocente hasta en tanto no se declare su culpabilidad mediante sentencia dictada por el órgano judicial.

En materia penal, la carga de la prueba corresponde al órgano acusador (Ministerio Público o acusador particular), quién tiene la obligación de acreditar más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado, para lo cual, el órgano judicial deberá confrontar las pruebas de cargo y de descargo, partiendo en todo momento de la presunción de inocencia, ya que las pruebas de descargo pueden dar lugar a una duda razonable, de manera tal, que únicamente podrá condenarse cuando exista plena convicción de la culpabilidad.¹⁴

Antes de la reforma constitucional de fecha 18 de junio de 2008, la presunción de inocencia se encontraba reconocida de manera implícita a partir de una interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21 párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo,¹⁵ sin embargo, actualmente se contempla de manera expresa en el artículo 20, como principio general en el apartado A, fracción V, y como derecho del imputado en el apartado B, fracción I, como se observa a continuación:

Artículo 20. [...]

A. De los principios generales:

[...]

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada.

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

[...]

El derecho a la presunción de inocencia también se encuentra reconocido por el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 2/2017 (10a.), PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 38, t. I, enero de 2017, p. 161.

¹⁵ Tesis P. XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, agosto de 2002, p. 14.

“De todo lo anteriormente esbozado, se advierte que la presunción de inocencia al estar contemplada en la constitución nacional y en diversos instrumentos internacionales suscritos y adoptados por el estado mexicano se erige como un derecho fundamental para los gobernados que debe ser aplicado, respetado y tutelado de manera inmediata y directa por todos los órganos del Estado, dejando de ser un mero principio general del derecho y manifestando la obligatoriedad en su observación no solo por parte de los órganos jurisdiccionales locales y federales, sino por todos los sectores que integran el Sistema de Justicia Penal.”¹⁶

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de carácter poliédrico en virtud de sus distintas acepciones, ya que no solamente opera de cara al proceso, sino también implica un grado de protección en favor del gobernado frente a situaciones extraprocesales; además, no se encuentra dirigido únicamente a la autoridad judicial, sino a todas las autoridades que intervienen en el proceso.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el derecho a la presunción de inocencia posee las siguientes manifestaciones: 1) regla de trato procesal o de tratamiento del imputado,¹⁷ 2) como regla probatoria¹⁸ y 3) como estándar de prueba o regla de juicio.¹⁹

Como regla de trato, implica que todo imputado deba ser tratado como inocente hasta que no se declare su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria, situación que restringe la privación cautelar de la libertad a la exista y comprobación de riesgos procesales, excluyéndose así la posibilidad de imponer la prisión preventiva en base al tipo de delito, como ampliamente ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁰

Como regla probatoria, en términos del artículo 20, apartado A, fracción V, se refiere a la obligación del órgano acusador de acreditar el delito y la responsabilidad penal, ya que sólo a través de una actividad probatoria efectiva y suficiente podrá desvirtuarse el carácter de inocente de todo acusado.

Finalmente, como estándar de prueba, este derecho fundamental exige que la culpabilidad se acredite más allá de toda duda razonable, ya que en caso de duda debe absolverse atendiendo al principio *in dubio pro reo*, como ha sido previamente explicado.

¹⁶ López Ramírez Antonio, *La Prueba Ilícita Penal*, México, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 125.

¹⁷ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.24/2014, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 497.

¹⁸ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.25/2014, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 478.

¹⁹ Tesis de Jurisprudencia 1a./J.26/2014, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 476.

²⁰ Véase Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 1 de febrero de 2006.

3.5. DEFENSA ADECUADA

Otra de las piedras angulares del debido proceso en materia penal es el derecho de defensa que asiste al imputado frente a una acusación. El derecho de defensa constituye la otra cara de la moneda del principio acusatorio, de hecho, para que pueda hablarse de un proceso penal acusatorio, deben encontrarse claramente diferenciadas las posiciones de acusación, juzgamiento y defensa.

El derecho a una defensa adecuada se encuentra reconocido por el artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Federal y 8.2, inciso d), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho de defensa garantiza al imputado el acceso a los registros de investigación, a la proposición de actos de investigación, a estar presente en las audiencias como sujeto procesal, al ofrecimiento de pruebas, a exponer alegatos, y en general, a intervenir en cualesquier otro acto procesal que pueda favorecer su postura antagónica a la acusación.

“Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la convención.”²¹

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que parte del núcleo esencial del derecho a gozar de una defensa adecuada, lo constituye el cumplimiento de su aspecto material, es decir, que el abogado satisfaga un estándar mínimo de diligencia en el cumplimiento de sus deberes para garantizar que esa defensa sea técnica, lo que además debe ser controlado por el Juez en su calidad de garante y rector del procedimiento penal, en virtud de que el sólo nombramiento de un abogado no satisface por sí mismo el derecho a gozar de una defensa material, sino que se requiere que se implementen las medidas necesarias para garantizar que el imputado será defendido adecuadamente.²²

²¹ Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009, párrafo 29.

²² Tesis 1a. C/2019 (10a.), DEFENSA ADECUADA EN SU VERTIENTE MATERIAL. NO SE SATISFACE ESTE DERECHO, CON EL SOLO NOMBRAMIENTO DE UN LICENCIADO EN DERECHO PARA LA DEFENSA DEL IMPUTADO, SINO QUE DEBEN IMPLEMENTARSE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR QUE TIENE LA ASISTENCIA DE UNA PERSONA CAPACITADA PARA DEFENDERLO (ABANDONO PARCIAL DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J.12/2012 (9a.)), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 72, t. I, noviembre de 2019, p. 366.

3.6. REPARACIÓN DEL DAÑO

Uno de los derechos fundamentales, aunque no el único que asiste a la víctima u ofendido en el proceso penal, es de la reparación integral del daño, reconocido por el artículo 20, apartado C, fracción IV. Tal como se expuso en el apartado 3.2, la víctima u ofendido se encuentran en un plano de igualdad con el imputado de cara al proceso, motivo por el cual toda la dinámica del sistema acusatorio se encuentra estructurada de forma tal que se garantice este derecho; inclusive, la reparación del daño es en sí, uno de los objetos del proceso penal conforme lo establece el artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por esta razón, no podrá absolverse del pago de la reparación del daño una vez que se ha dictado sentencia condenatoria en la que se declare la culpabilidad del acusado, siendo obligación del Ministerio Público solicitarla en los casos en que sea procedente.

El 9 de enero de 2013 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se expidió la Ley General de Víctimas, de orden público, interés social y observancia en todo el territorio nacional, cuyo objeto es reconocer y garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos.

La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, tal como ampliamente ha sido desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Sistema de Justicia Penal Acusatorio prevé diversas salidas alternativas de solución de controversias, acorde con lo dispuesto por el artículo 17 Constitucional, tales como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, en las que se busca, primordialmente, la satisfacción de la reparación del daño, siendo también un requisito imprescindible para la aplicación de criterios de oportunidad y el acceso al procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada.

4. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

4.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las formas de autoría y participación nos permiten identificar a quién o quiénes cometieron el hecho que la ley señala como delito, lo cual no resulta siempre del todo fácil, particularmente al momento de resolver sobre la aplicación de las consecuencias jurídicas ya que en ocasiones existen diversos intervinientes en la ejecución, sin que sea posible considerarlos a todos como autores, inclusive puede ocurrir que quién realiza la ejecución material no sea el autor del delito, como ocurre en la autoría mediata.

El operador jurídico debe conocer las teorías que permiten distinguir a la autoría de la participación, entendida ésta bajo el principio de accesoriedad limitada por virtud del cual únicamente podrá sancionarse al partícipe cuando el hecho antijurídico del autor alcance por lo menos el grado de tentativa, por lo que no resulta necesario que se constate su culpabilidad para que aquel responda por su propia intervención.

Existen tres grandes teorías que se ocupan de explicar el fenómeno de la participación criminal: (i) la del concepto unitario de autor surgida conforme a los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones propia del causalismo, en la que se sostiene que todos los sujetos que intervienen de cualquier forma en el hecho son autores en la medida de sus propias aportaciones, (ii) la del concepto extensivo de autor que establece un criterio subjetivo que permite diferenciar a la autoría de la participación al sostener que será autor quien realice el hecho como propio, mientras que el partícipe actúa únicamente con ánimo de asociación, y (iii) la teoría del dominio del hecho que considera autor a todo aquél que determina objetiva y positivamente el curso del hecho aunque no lo ejecute materialmente.

La teoría del dominio del hecho ha sido aceptada por la mayor parte de la doctrina por ser la que con mayor aproximación permite distinguir entre autores y partícipes, particularmente en aquellos casos en que su complejidad es mayor como ocurre con la autoría mediata y su aplicación a los aparatos organizados de poder.

“El dominio del hecho se presenta como dominio de la acción, que se lleva a cabo a través de los delitos de propia entrando en juego la teoría objetivo-formal, es decir, quién realiza el crimen de propia mano es la figura principal del crimen; el dominio funcional es el referente a la coautoría, por medio de la cual se dividen las tareas a realizar en el hecho delictivo, por medio de un plan común, y la realización de cada tarea acordada es necesaria para la realización del hecho criminal, por lo que se puede hablar de un codominio del hecho; y el dominio de la voluntad tiene como base al autor mediato, que es aquel que domina la voluntad de otro por error, por coacción, o por medio de aparato de poder organizado.”²³

La distinción entre autores y partícipes no se limita al ámbito meramente dogmático, sino que tiene implicaciones prácticas de la mayor importancia en virtud de las consecuencias jurídicas, ya que salvo en el caso de la instigación, siempre se sanciona con mayor severidad a los autores que a los partícipes,²⁴ debiéndose observar que si la conducta del autor se encuentra amparada por una causa de justificación, atendiendo al principio de accesoriedad limitada, la participación tampoco podrá sancionarse.

²³ Ayala Herrera Humberto, *Autoría Mediata, su aplicación a los aparatos organizados de poder*, México, Straf, 2018, p. 60.

²⁴ El artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal establece las formas de autoría y participación, señalando que son responsables del delito quienes: I. Lo realicen por sí; II. Lo realicen conjuntamente con otro u otros autores; III. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV. Determinen dolosamente al autor a cometerlo; V. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y VI. Con posterioridad a su ejecución auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

4.2. LA TENTATIVA

La tentativa es una forma imperfecta de ejecución que se sanciona por la puesta en peligro de bienes jurídicos. Para que pueda hablarse de tentativa, deben necesariamente realizarse actos ejecutivos tendientes a la producción del resultado, lo que excluye de sanción a los actos preparatorios.

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.²⁵

De la definición legal se advierte que para poder sancionar la tentativa debe exteriorizarse la resolución de cometer un delito, es decir el dolo, entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del hecho típico de que se trate y la voluntad de realización, lo que ocurre cuando se realizan los actos ejecutivos, ya sea totalmente (tentativa acabada), o en parte (tentativa inacabada).

Puede también hablarse de tentativa en los delitos de comisión por omisión si el garante del bien jurídico omite realizar los actos tendientes a la evitación del resultado, poniendo con ello en peligro el bien jurídico que se encuentra bajo su custodia, si por causas ajenas a su voluntad no se llega a la consumación.

Conforme a lo anterior, para que exista tentativa punible deben verificarse cuando menos los siguientes elementos: (i) la realización de actos ejecutivos tendientes a la producción del resultado o la omisión de los que deberían evitarlo, (ii) ausencia de consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, (iii) desvalor de la acción entendido como el deseo de consumación.

El Magistrado Miguel Ángel Aguilar pone como ejemplo un caso recogido de su experiencia judicial relativo a un sujeto que fue detenido mientras golpeaba a una mujer que se encontraba en el suelo gritándole que la iba a matar. El sujeto fue consignado por el delito de homicidio en grado de tentativa, sin embargo, el dictamen médico forense determinó que la mujer presentaba escoriaciones en los brazos y en las piernas con una profundidad máxima de 1 cm, por lo que fue sentenciado únicamente por el delito de lesiones, ya que aunque haya estado gritando que la iba a matar, sus actos no demostraron una resolución de privarla de la vida, y no pueden considerarse como actos ejecutivos tendientes a la producción de ese resultado, al no resultar idóneos para lesionar el bien jurídico – vida.

4.3. CONCURSO APARENTE DE NORMAS INCOMPATIBLES ENTRE SÍ

El concurso aparente de normas surge como garantía del derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, reconocido por el artículo 23 constitucional, en su vertiente sustantiva.

²⁵ Artículo 20 del Código Penal para la Ciudad de México.

Se actualiza cuando diversas disposiciones, en un mismo tiempo y lugar, regulan una idéntica situación de hecho; es aparente porque el ordenamiento jurídico ofrece, ya se explícita o implícitamente, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra disposición; para dar solución al conflicto, son aplicables los principios de especialidad, consunción o absorción u subsidiariedad.²⁶

Se actualiza el principio de especialidad cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que además figuran otras condiciones específicas, como ocurre por ejemplo con el delito de fraude específico por venta de cosa ajena, en el que claramente el sujeto activo engaña al comprador haciéndole creer que tiene el derecho de disposición sobre un bien que no es de su propiedad, con el ánimo de obtener un lucro indebido traducido en el precio que se estipule en la compraventa.

Conforme al principio de absorción o consunción debe prevalecer la norma que tenga un mayor ámbito de protección y alcance, por ejemplo, cuando el delito de robo se comete por tres o más personas armadas, se actualiza una calificativa y a su vez la agravante de pandilla, prevista por el legislador para delitos simples por el número de intervinientes; en este caso, no puede calificarse doblemente la conducta ya que se estaría infringiendo el principio *non bis in idem* en su vertiente sustantiva, por lo que debe aplicarse la de mayor alcance en relación con el bien jurídico, por lo que la agravante de pandilla quedaría consumida por la calificativa del delito de robo.²⁷

El principio de subsidiariedad opera de manera inversa a los principios de especialidad y consunción, pues si no concurre alguno de los elementos del tipo que permita aplicar la norma de mayor amplitud entonces se tendrá que optar por la de menor alcance, descriptivo o valorativo; es decir, la norma subsidiaria únicamente se aplicara cuando no sea posible la aplicación de la norma principal. Piénsese nuevamente en los delitos de fraude específico; si faltara uno de los elementos de la descripción legal, podrá aplicarse subsidiariamente el tipo genérico.

La finalidad de establecer en los Códigos Penales las reglas para solucionar el conflicto aparente de normas obedece esencialmente a la prohibición de recalificar la conducta con motivo de la prohibición de doble enjuiciamiento derivada del artículo 23 constitucional, y evitar así que una misma conducta delictiva, al considerarse bajo dos o más perspectivas

²⁶ El artículo 13 del Código Penal para la Ciudad de México establece que cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: I. La especial prevalecerá sobre la general; II. La de mayor protección al bien jurídico absorberá a la de menor alcance; o III. La principal excluirá a la subsidiaria.

²⁷ Tesis de Jurisprudencia I.4o.P. J/3 (10a.), "CONCURSO APARENTE DE NORMAS EN LOS DELITOS DE ROBO O EXTORSIÓN. ANTE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS CALIFICATIVAS PARA AQUELLOS CASOS EN QUE DICHOS ILÍCITOS SE COMETAN POR TRES O MÁS PERSONAS ARMADAS O PORTANDO INSTRUMENTOS PELIGROSOS Y LA RELATIVA A QUE SE REALICEN EN PANDILLA, CONFORME AL PRINCIPIO DE ABSORCIÓN, DEBE SUBSISTIR LA PRIMERA POR TENER MAYOR ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y ALCANCE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 22, t. III, septiembre de 2015, p. 1707.

normativas, sea sancionada pluralmente conforme al número de disposiciones legales concurrentes.

4.4. CONCURSO DE DELITOS

“Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos. En el primer caso, se habla de concurso ideal, mientras que en el segundo se habla de concurso real”.²⁸

El artículo 28 del Código Penal para la Ciudad de México establece que hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos. La doctrina distingue entre concurso ideal heterogéneo cuando el hecho actualiza distintos delitos, y concurso ideal homogéneo cuando los delitos cometidos son iguales.

“Un caso de concurso ideal heterogéneo es el del agente que, para privar de la vida al empresario, coloca un artefacto explosivo en su automóvil, resultando muerto este, lesionados sus tres hijos, y destrozadas dos viviendas del entorno donde sucedió el hecho. Un caso de concurso ideal homogéneo sería el del agente que, para sabotear un producto farmacéutico, coloca veneno en la penicilina causando lesiones graves a 15 pacientes del hospital. En el primer caso, se lesionan tres bienes jurídicos (vida, integridad personal y patrimonio), mientras que en el segundo solo la integridad personal, pero de 15 pacientes.”²⁹

Caso distinto sería el de un sujeto que acciona un arma de fuego para privar de la vida al conductor de un vehículo, rompiendo así el cristal del parabrisas; ya que el daño en propiedad fue el medio necesario para lograr la consumación del delito principal de homicidio, aquel se subsume en éste por ser de mayor alcance, conforme a las reglas del concurso aparente de normas explicadas en el apartado anterior.

El párrafo segundo del artículo 28 del Código Penal para la Ciudad de México establece que hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos, siendo esta la forma más frecuente en que se presenta el concurso de delitos; un ejemplo de concurso real es el de un sujeto que roba un vehículo para posteriormente trasladarse a las oficinas de su enemigo, aprovechando el momento en que éste sale para atropellarlo, privándolo de la vida.

4.5. DELITO CONTINUADO

La fracción III del artículo 17 del Código Penal para la Ciudad de México establece que el delito será continuado cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

²⁸ Mir Puig Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10a. ed., Barcelona, Reppertor, 2015, p. 674.

²⁹ Ontiveros Alonso Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, México, Ubijus, 2017, p. 396.

“Para la determinación de un delito continuado es indispensable acreditar la homogeneidad objetiva y subjetiva. Desde la dimensión objetiva, el autor tiene que realizar una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal, o preceptos de igual o semejante naturaleza. Desde el punto de vista subjetivo, debe haber un dolo continuado: se trata de la ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”³⁰

La figura del delito continuado procura castigar con una sola pena aquellas conductas que aun siendo plurales responden a un esquema o unidad de propósito delictivo verdaderamente único, en donde efectivamente el agente quiere cometer una sola conducta delictiva,³¹ por eso no debe confundirse con el concurso real, que también puede ser homogéneo o heterogéneo según se trate del mismo delito o de varios diversos.

Las notas distintivas del delito continuado, son entonces, la unidad de propósito delictivo y la identidad de sujeto pasivo, diferenciándose del concurso homogéneo en que el dolo únicamente se encuentra encaminado a la comisión de un delito, mientras que en el concurso habrá un dolo pluralizado que se identifica por la intención de cometer varios delitos, aunque éstos sean de la misma naturaleza.

El delito continuado merece una punibilidad agravada en términos del artículo 80 del Código Penal para la Ciudad de México, en virtud de un mayor grado de antijuridicidad que obedece a una lesión fraccionada del bien jurídico tutelado; piénsese en el sujeto que para privar de la vida a su esposa le suministra pequeñas dosis de veneno en su café cada mañana durante dos semanas, en este caso, existe unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, por lo que deberá sancionarse como delito de homicidio continuado.

No debe confundirse al delito continuado con el delito permanente o continuo a que se refiere la fracción II, del artículo 17 del Código Penal, en el que se viola el mismo precepto legal pero la consumación es lo que se prolonga en el tiempo, sin que para ello se requiera una pluralidad de conductas, como ocurre en el delito de secuestro en que el sujeto activo priva de la libertad a otro con el fin de obtener un rescate; en este caso hay una sola conducta cuya consumación se prolonga en el tiempo, caso similar a lo que sucede en el delito de administración fraudulenta, en virtud de que la función de administrar es una sola encomienda que realiza la persona a través de diversos actos.³²

³⁰ *Ibidem*, p. 397.

³¹ Tesis I.2o.P.98 P, ABUSO SEXUAL. LA PLURALIDAD DE CONDUCTAS CONFIGURA UN CONCURSO REAL DE DELITOS Y NO UN DELITO CONTINUADO, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 1359.

³² Tesis I.3o.P25 P, ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE, ES PERMANENTE Y NO CONTINUADO EL DELITO DE., *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. VI, agosto de 1997, p. 650.

4.6. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

Los Códigos Penales, salvo el federal, no proporcionan una definición de delito, e incluso aquél, que lo define como la acción o la omisión que sancionan las leyes penales, no aporta de manera expresa la enunciación de sus elementos constitutivos; sin embargo, ello es posible a partir de una interpretación *a contrario sensu* de las causas de exclusión del delito.

El artículo 29 del Código Penal para la Ciudad de México enlista las causas de atipicidad, justificación e inculpabilidad que de actualizarse tienen como consecuencia la exclusión del delito.

Como causas de atipicidad previstas en el apartado A), enuncia (i) la ausencia de conducta, (ii) la falta de elementos del tipo penal, (iii) el error de tipo, (iv) consentimiento del bien jurídico, siempre que éste sea disponible. Se puede apreciar claramente que el legislador mexicano asumió los postulados de la escuela finalista al considerar el error de tipo, excluyente de dolo, como causa de atipicidad, debiéndose recordar que durante el causalismo se consideró al dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

En el apartado B) se establecen como causas de justificación (i) la legítima defensa, (ii) el estado de necesidad justificante, (iii) el cumplimiento de un deber, (iv) el ejercicio de un derecho, (v) el consentimiento presunto. A partir de la reforma de fecha 18 de diciembre de 2014, se distinguió el impacto que tiene el estado de necesidad, estableciéndose bien como causa de justificación cuando el bien sacrificado sea de menor valía que el protegido, o en caso de que los bienes jurídicos tengan el mismo valor, expresamente se reconoció como causa de inculpabilidad, aunque dicha distinción era innecesaria a nivel legislativo ya que de ello se ha ocupado la doctrina, además de que el estado de necesidad disculpante se subsume dentro de la no exigibilidad de otra conducta.

Las causas de inculpabilidad se mencionan en el apartado C), como (i) estado de necesidad disculpante, (ii) inimputabilidad, (iii) error de prohibición, (iv) no exigibilidad de otra conducta.

Para efectos del presente trabajo, basta señalar con que el operador jurídico, al momento de analizar los hechos, debe tomar en cuenta las causas de exclusión del delito ya que incluso deben analizarse oficiosamente en cualquier etapa del procedimiento penal.

5. DERECHO PROCESAL PENAL

Como preámbulo y de manera muy general, es importante recordar que con fecha 18 de junio de 2008 se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII, y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incorporándose así el Sistema Acusatorio Adversarial, cuyo

objeto es el esclarecimiento de los hechos, la procuración de que el culpable no quede impune, la protección del inocente y la reparación del daño, regido por los principios de continuidad, concentración, contradicción, publicidad e intermediación.

5.1. ETAPAS DEL PROCESO PENAL

El proceso penal acusatorio se divide en tres grandes etapas: (i) investigación, (ii) intermedia y (iii) juicio.

La etapa de investigación consta de una fase inicial que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente, como pudiera ser la declaratoria de perjuicio en delitos fiscales, y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación; y la fase complementaria, que comprende desde la formulación de imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.

La etapa de investigación tiene por objeto que el Ministerio Público, a través del ejercicio de su facultad constitucional de conducción funcional,³³ ordene a la Policía la realización de actos de investigación, tales como entrevistas a testigos, recolección de indicios, práctica de inspecciones, entre otras, con el fin de reunir los indicios y datos de prueba idóneos y pertinentes que permitan establecer la existencia del hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, debiendo solicitar autorización judicial para el desahogo de los actos de investigación que puedan causar afectación a un derecho fundamental.³⁴

Una vez que el Ministerio Público cuenta con datos de prueba suficientes para demostrar la existencia del hecho que la ley señala como delito así como la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión deberá formalizar la investigación mediante la formulación de imputación, aunque podrá ponderar en ciertos casos el ejercicio de la acción penal bajo criterios de oportunidad.³⁵

Una vez formulada la imputación, durante la audiencia inicial el Juez dará oportunidad al imputado de declarar y que decida en que momento habrá de resolverse su situación jurídica, pudiendo solicitar un plazo de 72 o 144 horas para preparar su defensa y ofrecer medios de prueba.

³³ Artículo 21 constitucional. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en ejercicio de esta función.

³⁴ Artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, requieren de autorización previa del juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución, así como los siguientes [...]

³⁵ Artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

Hecho lo anterior, si el Juez considera que existen datos suficientes para establecer la existencia del hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, siempre que no se actualice una causa de exclusión del delito, dictará el auto de vinculación a proceso que tiene como consecuencia que se fijen los hechos por los que habrá de continuarse la investigación, y establecer un plazo para su cierre, debiéndose discutir sobre la necesidad de imponer alguna medida cautelar cuya finalidad sea garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima u ofendido, de los testigos y de la comunidad, bajo los principios de excepcionalidad, idoneidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.

Si al concluir el plazo fijado para el cierre de la investigación, el Ministerio Público estima que cuenta con los elementos necesarios para acreditar el delito y la responsabilidad penal, entonces formulará la acusación, dando inicio con ello a la etapa intermedia que comprende desde la formulación de acusación hasta el auto de apertura a juicio.

La finalidad de la audiencia intermedia es la depuración de los hechos que serán materia de juicio oral, así como la admisión, o en su caso, exclusión de los medios de prueba cuando se estime que éstos sean sobreadundantes, impertinentes, innecesarios, o bien, hayan sido obtenidos de manera ilegal o violando algún derecho fundamental (ilícita).

Durante la audiencia intermedia las partes tendrán la última oportunidad para acceder a algún mecanismo alternativo de solución de controversias, ya sea mediante la celebración de un acuerdo reparatorio o a través de la suspensión condicional del proceso, o bien, para acudir al procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada, siempre que el imputado acepte su responsabilidad en el delito y acepte ser juzgados con base en los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público.

Si al concluir la audiencia intermedia no se dicta el sobreseimiento y las partes no optan por una salida alternativa o forma de terminación anticipada, el Juez dictará el auto de apertura a juicio oral y lo remitirá al tribunal de enjuiciamiento para la celebración de la audiencia de juicio, la que comprende desde la recepción del auto de apertura hasta el dictado de la sentencia.

Durante la audiencia de Juicio, las partes harán valer sus alegatos de apertura en los que expongan sus teorías del caso y realicen una promesa de lo que pretenden acreditar con el desahogo probatorio, el cual se llevará a cabo mediante interrogatorio de la parte oferente y contrainterrogatorio de quien ejerce el derecho de contradicción, hecho lo cual, se formularán los alegatos de clausura, en los que deberán expresarse argumentos jurídicos con base en el desarrollo del juicio con el fin de que se dicte la sentencia que convenga a sus intereses.

5.2. PRUEBA

Uno de los cambios más importantes que trajo consigo la reforma constitucional en materia de Justicia Penal de junio de 2008 lo encontramos en materia probatoria, quedando atrás la vieja y estigmatizada regla de otorgar valor probatorio pleno a las actuaciones practicadas por el Ministerio Público en la etapa de investigación (averiguación previa).

El artículo 20, apartado A, fracción III, de la Constitución Federal establece que para efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo que exista la necesidad de anticipar su desahogo por motivos fundados y de extrema necesidad para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, en cuyo caso deberá desahogarse ante el Juez de Control conforme a las reglas de desahogo previstas para la audiencia de juicio, es decir, respetando los principios reguladores, con especial importancia a la inmediación y desde luego, a la contradicción.

Los antecedentes de investigación carecen de valor probatorio y únicamente podrán ser utilizados en juicio para refrescar memoria y evidenciar contradicción; también se encuentra vedada la incorporación a juicio de los antecedentes relativos a la discusión de medios alternativos de solución de controversias.

A prueba en el Sistema Acusatorio recibe diversas denominaciones y tratamientos dependiendo de la etapa procesal de que se trate, de hecho, propiamente, como ya se dijo, únicamente podrá considerarse prueba como tal aquella que se desahoga en juicio con la inmediación necesaria; en cambio, se denomina como dato de prueba a la referencia de un determinado medio de convicción que aún no ha sido desahogado y que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Se consideran datos de prueba todos aquellos que el Ministerio Público va recabando en la etapa de investigación, piénsese por ejemplo, en la entrevista de un testigo o el registro de bienes asegurados con motivo de la ejecución de una orden de cateo, que por su contenido hacen referencia a medios de prueba que en otra etapa del procedimiento —la de juicio—, serán desahogados ante la autoridad judicial mediante las técnicas de incorporación correspondientes.

Se denomina como medio o elemento de prueba toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos, por ejemplo, siguiendo con el desarrollo de la entrevista que se practica a un testigo, a la que se considera como dato de prueba, debe considerarse como medio de prueba al testigo mismo porque es a fuente de información que una vez desahogada se convierte en prueba —entendida ésta como su declaración misma.

En el sistema acusatorio rige el principio de libertad probatoria, según el cual las partes tienen la posibilidad de ofrecer cualquier prueba, siempre y cuando sea lícita, es decir, que no haya sido obtenida violando derechos fundamentales, ya que de ser así, la misma sería nula.³⁶

Según se desprende de los artículos 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Federal y 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la prueba se valorará de manera libre y lógica, debiéndose justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica – máximas de la experiencia, reglas de la lógica y conocimientos científicos.

La valoración de la prueba de manera libre y lógica constituye otro de los grandes aciertos del Sistema Acusatorio, por el que se dejó atrás la ineficiente valoración tasada de las pruebas, sin que ello implique que el juzgador cuente con una libertad absoluta de valoración que pueda traducirse en arbitrariedad, sino que su facultad de valoración se encuentra limitada por las reglas de la sana crítica y la forma lógica de valorarlas, debiéndose justificar objetivamente el alcance y valor probatorio que se confiera a cada prueba al momento de dictar sentencia.³⁷

Conforme al sistema de valoración probatoria con arreglo a la sana crítica, debe entenderse por lógica, una disciplina del saber o ciencia que tiene reglas y principios que son parte de la cultura general de la humanidad, y por la experiencia, como un conocimiento mínimo que atañe tanto al individuo como al grupo social, que acumula conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano, mediante la observación de los fenómenos sociales, culturales, políticos y de la naturaleza.³⁸

5.3. SENTENCIA

El Código Nacional de Procedimientos Penales distingue entre (i) deliberación, (ii) fallo, y (iii) sentencia, entendiéndose por lo primero como el proceso de decisión que realiza el Tribunal de enjuiciamiento una vez concluida la etapa de juicio, en un período que no podrá exceder de veinticuatro horas, según lo dispone el artículo 400.

³⁶ Artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

³⁷ Tesis 1a.LXXIV/2019 (10a.), PRUEBAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. SU VALORACIÓN LIBRE Y LÓGICA POR EL JUZGADOR EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 69, t. II, agosto de 2019, p. 1320.

³⁸ Tesis I. 4o.A.40 K (10a.), SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. DEBE ATENDER A LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 59, t. III, octubre de 2018, p. 2496.

La emisión del fallo a que se refiere el artículo 401 debe contener (i) la decisión de absolución o condena, (ii) si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría, y (iii) la relación sucinta de los fundamentos y motivos que la sustentan.

La motivación constituye un requisito fundamental de las sentencias, sobre todo en cuestión de valoración probatoria, debiéndose recordar lo señalado en el apartado anterior, en cuanto a los límites de la libre convicción del juzgador.

Las sentencias deberán explicarse a las partes en audiencias públicas conforme a lo dispuesto por el artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Federal.

El tribunal de enjuiciamiento únicamente dictará sentencia condenatoria cuando exista convicción de la culpabilidad del sentenciado, bajo el principio de que la carga de la prueba para demostrarla corresponde a la parte acusadora, conforme lo establece el tipo penal, por lo que en caso de duda deberá absolverse, como se explicó al analizar el principio de *in dubio pro reo* y el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en su vertiente de estándar de prueba.

El artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que la sentencia definitiva es apelable en aquellas consideraciones distintas a la valoración de la prueba, siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación.

La porción normativa —distintas a la valoración de la prueba—, es contraria al parámetro de regularidad constitucional conforme al cual deben interpretarse las normas de derechos fundamentales, por limitar la materia de revisión de una resolución judicial, lo que atenta contra el derecho a un recurso judicial efectivo, reconocido por el artículo 8.2, inciso h), de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, tal como se declaró acertadamente por la Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 6643/2018.³⁹

6. JUICIO DE AMPARO

En el año 2011 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* dos decretos por los que fue reformada la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cambiando por completo el paradigma del Juicio de Amparo.

El primero de fecha 6 de junio por el que se modificaron los artículos 103 y 107, ampliándose la acción de control constitucional mediante la incorporación de un nuevo régimen aplicable a la suspensión del acto reclamado a partir de la ponderación entre la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social, la posibilidad de acudir al juicio de amparo aduciendo un interés legítimo, el amparo contra actos de particulares cuando ejerzan funciones de autoridad previstas en una norma general, el amparo contra omisiones, la declaratoria general de inconstitucionalidad, el amparo adhesivo, entre otras, que tuvieron como consecuencia la redimensión del Juicio de Amparo.

³⁹ Visible en la página www.scjn.gob.mx/sentenciasydatosdeexpedientes

El segundo, de fecha 11 de junio en materia de derechos humanos a partir del reconocimiento en el artículo 1 de las reglas de interpretación conforme y pro persona, así como de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, imponiéndose la obligación a todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos.

A partir de las reformas constitucionales de junio de 2011, es mucho más amplio el marco de protección de los derechos humanos a través del Juicio de Amparo, lo que permite identificarlo como el recurso judicial efectivo por excelencia que permite un control de constitucionalidad de normas generales, actos y omisiones de la autoridad, con lo que se da cabal cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También conviene traer a colación la reforma que sufrió el artículo 17 Constitucional mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de diciembre de 2017 y que entró en vigor a los 180 días posteriores, esto es, el trece de junio de 2018, por virtud del cual se estableció la obligación de privilegiar la solución de fondo por encima de los formalismos procedimentales.

De la exposición de motivos, se advierte la intención del Constituyente de garantizar el acceso efectivo a la justicia a través de un recurso sencillo, rápido y efectivo, lo cual consideró que no se cumple con tutelar solamente el acceso formal a un recurso y que se produzca la decisión definitiva, ya que en nuestro país existe una cultura procesalista, lo que genera que en el desahogo de una parte importante de asuntos se atiendan cuestiones formales y se deje de lado, sin resolver, la controversia efectivamente planteada.

6.1. AMPARO INDIRECTO O BIINSTANCIAL

El Juicio de amparo indirecto es procedente en contra de normas generales, actos u omisiones de la autoridad ocurridas antes de juicio o después de concluido, o incluso contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución y en los tratados internacionales.

La víctima u ofendido, así como el imputado podrán impugnar los actos u omisiones del Ministerio Público durante la investigación del delito, debiéndose observar los principios de instancia de parte agraviada y Definitividad, con sus respectivas excepciones, destacándose que en materia penal opera el principio de suplencia de la deficiencia de la queja.

La finalidad de promover un amparo es que el quejoso sea restituido en el goce del derecho fundamental que estima violado si el acto reclamado es de carácter positivo, o bien

en que se obligue a la autoridad responsable a respetar el derecho fundamental de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija si el acto es de carácter negativo u omisivo.

Podrán combatirse en amparo indirecto actos atribuibles al Ministerio Público o al Juez de Control ya sea en la etapa de investigación o en la etapa intermedia, siempre y cuando se satisfaga el requisito de procedencia consistente en la afectación de imposible reparación.

Se denomina amparo biinstancial porque las sentencias que dicten los Jueces de Distrito pueden ser impugnadas mediante el recurso de revisión y en su caso, modificadas o revocadas por un Tribunal Colegiado de Circuito

6.2. AMPARO DIRECTO O UNIINSTANCIAL

El Juicio de Amparo Directo procede en contra de sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

El plazo para presentar la demanda de amparo en contra de una sentencia condenatoria en la que se imponga pena de prisión es de 8 años, estableciéndose así una excepción al plazo genérico de 15 días.

En materia penal, no solamente la sentencia definitiva puede ser reclamada en amparo directo, sino también la resolución de sobreseimiento dictada por el Juez de Control, por tratarse de una resolución que pone fin al juicio, ya que sin decidirlo en lo principal lo da por concluido, debiéndose agotar previamente el recurso de apelación atento al principio de Definitividad.

Sin embargo, la negativa del Juez de Control de decretar el sobreseimiento en la audiencia intermedia debe ser reclamada en la vía indirecta, sin que previamente *deban agotarse los recursos ordinarios ya que el Código Nacional no lo prevé* como un acto apelable.

Debe destacarse que solo podrán reclamarse en amparo directo las violaciones procesales ocurridas en la audiencia de juicio, ya que si bien es cierto el artículo 173, apartado B, enlista una serie de violaciones que pueden ocurrir en etapas previas, ello es incompatible con la dinámica del Sistema Acusatorio, tomando en consideración que atendiendo al principio de continuidad, las etapas se van agotando secuencialmente unas a otras in que sea posible regresar a la anterior, aunado a que todo lo que ocurra antes del Juicio no es atribuible a la autoridad responsable en amparo directo.⁴⁰

⁴⁰ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 74/2018 (10a.), VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDAS EN UN PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. NO SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN AMPARO DIRECTO CUANDO OCURREN EN ETAPAS PREVIAS AL JUICIO ORAL., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 61, t. I, diciembre de 2018, p. 175.

Se denomina amparo uniinstancial porque por regla general las sentencias que dicten los Tribunales Colegiados al resolver el amparo directo son inatacables; sin embargo, procede el recurso de revisión de manera excepcional conforme lo disponen los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Federal y 81, fracción II, de la Ley de Amparo, cuando se decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general, cuando se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional o de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, o bien, si en la sentencia de amparo se omitió el estudio de tales cuestiones a pesar de haber sido planteadas por el quejoso, siempre que el asunto revista una cuestión de importancia y trascendencia.

Al respecto deberán observarse los lineamientos emitidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Acuerdo General 9/2015, publicado el doce de junio de dos mil quince en el *Diario Oficial de la Federación*, destacándose que en el punto segundo se estableció que podrá fijarse un criterio de importancia y trascendencia cuando se advierta que puede dar lugar a un pronunciamiento novedoso o de relevancia para el orden jurídico nacional.

7. CONCLUSIONES

Desarrollar a profundidad los temas aquí planteados requiere un estudio pormenorizado de cada uno de ellos, que rebasa la finalidad de este trabajo, cuyo único objeto es sentar las bases mínimas que habrán de ser tomadas en consideración para empezar a construir el pensamiento jurídico necesario para la solución de asuntos penales.

Los problemas tanto de carácter sustantivo, como procesal, que pueden surgir en la solución de un conflicto generado por la comisión de un delito, exigen al operador jurídico la constante capacitación y actualización que en todo momento debe regirse por un método científico y hermenéutico en base a principios generales, doctrina y jurisprudencia, tanto local como internacional.

Espero que en estas líneas el lector pueda encontrar una guía que le permita identificar los aspectos básicos que orienten un estudio más profundo y exhaustivo de las instituciones jurídicas para poder encontrar en cada caso una solución que permita satisfacer los fines de la Justicia.

LA DOGMÁTICA JURÍDICA, CON MENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Leonel Pereznieto Castro¹

*Dedico el presente trabajo a
mi hijo Leonel, destacado jurista*

SUMARIO: Resumen. 1. Introducción. 2. Primera Parte. 2.1. La Dogmática. 2.2. Origen de la denominación dogmática jurídica. 2.3. Dogmática especializada. 2.4. Niveles de la dogmática doctrinaria. 2.5. Niveles empleados para hablar del lenguaje prescriptivo. 2.6. Reformulación del derecho. 2.7. Las interpretaciones gramaticales y exegéticas de contenido material sustancial. 3. Segunda parte. 3.1. Introducción. 4. Conclusiones.

RESUMEN

En este trabajo se intenta dar una semblanza sencilla de la naturaleza y contenido de la dogmática jurídica, incluyendo el tema de la interpretación del derecho que es en última instancia, el objetivo final de la dogmática y ese ha sido su buen uso. La intención es regresar sobre el tema de la dogmática —por cierto— muy poco estudiado en México, para mostrar un panorama que invite al lector y pretendo, además, dentro de lo posible, hacer referencias vinculadas al Derecho Internacional Privado y su papel hoy en día en el derecho mexicano.

1. INTRODUCCIÓN

Para cualquier alumno(a) que desee internarse en el derecho y para jueces/abogados, en un repaso de cuestiones fundamentales del ejercicio profesional, este trabajo fue elaborado con el fin de difundir con un lenguaje accesible uno de los elementos fundamentales de Derecho como es el de la dogmática jurídica y para lograrlo comencemos por dos formas de entender el derecho, primero, mediante el concepto del derecho y segundo, los niveles en que se presenta. A lo largo del trabajo estaremos haciendo remisiones a algunos aspectos del

¹ Doctor de la Universidad de París II. Doctor *Honoris Causae* por la Universidad de Sonora. Miembro de la Academia de Ciencias. Profesor titular de TC en la FCPyS de la UNAM e Investigador Nacional Nivel III. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Miembro y expresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. El autor agradece la colaboración que tuvieron para el presente trabajo a los señores: magistrado Óscar Cervera, Lic. Gustavo Alfonso Sánchez Morales, Prof. María Virginia Aguilar y Cynthia Arias Castellanos e Isha Yaffit Téllez.

derecho internacional privado (DIPr) y al final, haremos mención de algunos casos del DIPr que podemos analizar a la luz de lo que habremos expuesto a lo largo de este trabajo, su conocimiento, con objeto de interpretarlo.

2. PRIMERA PARTE

2.1. LA DOGMÁTICA

Independientemente del aspecto filosófico, mediante la expresión “Derecho” nos referimos, al menos, a dos cuestiones: i) derecho como aquello que está prescrito (por ejemplo, en la ley, en los tratados, en la jurisprudencia, o en los contratos, entre otros). Y en este sentido, se trata de determinar el objeto principal de conocimiento de los juristas: jueces y abogados y ii) lo que se dice acerca del derecho por algún jurista que lo ha reformulado (conforme a la doctrina jurídica).

Como ejemplo de derecho en el primer sentido, tenemos al artículo 4 constitucional que prescribe (el derecho cuando dice): “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.” Se trata del lenguaje objeto, en donde está claramente definido el derecho constitucional que tiene toda familia y los mecanismos para concretar ese derecho.

Como ejemplo de doctrina (el segundo sentido) nos lo encontramos cuando el autor de doctrina afirma:

Un principio que priva en el campo de los derechos humanos es el del *favor familiae*, principio que siempre debe tenerse presente. Tanto el derecho sustantivo de fuente interna como el internacional privado y éste de fuente internacional, han procurado asegurarle a la familia el cumplimiento de sus derechos [...] (y aquí sigue)². Se trata del llamado metalenguaje, un lenguaje o discurso que habla del lenguaje objeto.²

Debe tomarse en cuenta que el lenguaje objeto para el autor, es un caos fenoménico, por lo que Gregorio Robles propone el uso del metalenguaje que es el encargado de sistematizarlo y ordenarlo. La doctrina es la que lo hace, pero hay diferentes niveles en la doctrina.

En los niveles del conocimiento, la doctrina suele sectorizarse en diversos estratos, también llamados “niveles de conocimiento” del derecho, así del más bajo al más alto nivel: i) la dogmática jurídica (primer nivel), ii) la teoría jurídica (segundo nivel), y iii) la filosofía jurídica (tercer nivel). Mientras la dogmática jurídica procura “explicar” (en el más amplio sentido) un sector del derecho positivo, por ejemplo, las prescripciones sobre el derecho de familia, las concernientes al derecho societario, los títulos de crédito; su enfoque (aunque

² Sobre este tema, ver: “Expresivismo Metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: Una exploración crítica”, en *Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del Derecho*. ITAM-Escuela Libre de Derecho. Octubre de 2001, núm. 47, p. 39 y ss.

normativista) con el que atiende más a la explicación de lo que dice o prescribe el derecho. En este nivel el objeto de conocimiento no necesariamente asciende a los niveles teóricos y mucho menos filosóficos, aunque su autor debería de presuponerlos.

Se suele afirmar una diferencia entre dogmática y teoría jurídica. La primera (la dogmática doctrinaria) es, dice Rolando Tamayo, un *ars iudicanti*, se ubica en el ámbito de la reflexión práctica, dice qué hacer jurídicamente en un caso, proporciona las respuestas deónticas (lo que está obligado, permitido, prohibido), habla del derecho positivo. En cambio, la teoría jurídica (doctrina teórica) no es un *ars iudicanti*, ni proporciona la respuesta al “qué hacer”; tampoco “es la semántica que guía a la lectura del derecho”, más bien se ocupa por determinar qué es eso que se llama derecho.³

A diferencia de los libros de teoría del derecho o de filosofía del derecho, en los escasos trabajos —al menos en México— sobre dogmática⁴, el conocimiento se encuentra más “cerrado”, por lo que las oportunidades para “darle vuelo a la imaginación” no son amplias. La interpretación se encuentra limitada por diversos parámetros. Al hablar de la ley, que es vista como un dogma, la posibilidad interpretativa se reduce, aunque realmente no desaparece.

Cuando en el derecho hablamos de dogma jurídico, identificamos su función que consiste en crear un sistema abstracto y a su interior concatenar, mediante reglas, una serie de conceptos de modo tal que pueda tener sus propias aplicaciones. De esta manera, por dogma entendemos qué es lo prescrito y qué corresponde a enunciados prescriptivos que deben tomarse tal y cual se establecen. No están sujetos a ser aceptados o rechazados voluntariamente, no pueden controvertirse. La norma que prescribe “a quienes realicen la conducta X deberán ser llevados a prisión”, debe ser tomada tal y como está prescrita y no puede ser rechazada por un juez; es derecho prescrito, derecho positivo, que es un objeto de conocimiento. Posiblemente será una norma válida y podrá ser irracional; pero es derecho.

Decir⁵ en la dogmática jurídica que cierta proposición o concepto doctrinario es verdadero significa que, efectivamente, puede ser verdadero, si se corresponde con lo que dice el lenguaje objeto, en nuestro ejemplo: los que realicen la conducta X deben ser llevados a prisión. Si no habla de estos conceptos, podrá ser metalenguaje o algo parecido que no se tiene en cuenta. Pero esta verdad solo vale para un cierto tiempo y lugar, pues no sería verdadero lo que se diga, si la ley cambia o simplemente se abroga. Por el contrario, cuando se habla del derecho prescrito no puede decirse que sea verdadero, más bien, es

³ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática jurídica y teoría moral”, en la edición digital a partir de *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 4, abril de 1996, Dirección URL: <http://www.cervantesvirtual.com/>

⁴ Tenemos la obra clásica sobre la materia: Von Ihering, Rudolf, (1818-1892), *La dogmática jurídica*, Ed. Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile, 2019.

⁵ En este sentido, el autor moderno que mejor ha tratado el concepto de la justicia es: John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971. Esta obra fue traducida al español por el FCE.

válido o no es válido. El derecho prescrito no predica verdades.⁶ Aquí las teorías y filosofías del derecho plantean la necesidad de que se hable también de justicia, que lo prescrito sea o no justo.

La dogmática corresponde al discurso de aquel que habla del derecho prescrito (por ejemplo, el autor x dijo que la ley x prohíbe esto o lo permite). Estos son los doctrinarios, y estos son los que contribuyen a la creación de la dogmática doctrinaria. En este sentido:

[...] la doctrina (a diferencia de lo prescrito) no es un dogma. Las expresiones doctrinarias pueden estar equivocadas, y prueba de ello es que existen multitud de reformulaciones sobre diversos textos prescritos. Mientras los textos prescritos son como un dogma, no son así los discursos doctrinarios; incluso, en estos suelen encontrarse diversas tendencias y opiniones (v.g., un autor interpreta siguiendo un procedimiento, y otro, siguiendo otro procedimiento, llegando ambos a resultados contradictorios). Estos discursos doctrinarios conforman lo que también es conocido como metalenguaje o metadiscurso.⁷

El Dr. Jorge Silva, afirma que:

[...] Cuando se habla de dogmática jurídica se habla de un discurso jurídico cuyo objeto de conocimiento son aquellas prescripciones que no admiten ser contradichas como derecho; lo prescrito es lo dogmático, no lo que dice el doctrinario. Se trata del derecho vigente en un tiempo y lugar (v.g., el derecho mexicano de hoy). En este sentido se le toma como dogma a la constitución, las leyes, los tratados internacionales, la jurisprudencia definida (precedentes vinculantes), etc.⁸

Ahora bien, el dogmático (el que habla de un derecho prescrito) suele crear ciertos medios para conceptuar, interpretar, llenar lagunas; ciertos enfoques metodológicos, epistemológicos, etc. A tales medios suele dárseles un cierto enfoque prescriptivo. La regla antinómica que reza “ley especial se aplica sobre la general” es una regla de dogmática, y aunque no esté en alguna ley suele ser aceptada por doctrinarios y jueces. En este sentido que estamos hablando, hay teorías que cuando se interpretan en la práctica y quienes sostienen esas construcciones doctrinales (las de la dogmática) las predicen como si fuesen dogmas, aunque no lo sean.

En otro apartado el Dr. Silva expresa que:

[...] una dogmática doctrinaria no se aparta ni se olvida de la teoría, ni de la filosofía. Robles Morchón anota que una buena explicación de la dogmática requiere de la *teoría del*

⁶ Los principales estudios sobre dogmática han surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX, pocos juristas han destacado, pero de ellos cabe destacar a Carlos Santiago Nino y a Rolando Tamayo y Salmerón. Ambos, han dado al campo de estudio la cobertura teórica necesaria. No han desarrollado precisamente estudio de dogmática, sino desde la teoría del Derecho son quienes mejor la han explicado.

⁷ L. Pereznieto, “La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado”, [en línea], México, Revista de Derecho Privado UNAM, IV época, año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019, Dirección URL: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/15211/16178> [consulta: 6 de diciembre 2020]

⁸ Silva, Jorge Alberto, *Manual para elaborar un libro de texto Jurídico*, México, Fontamara, 2017.

derecho, ya que esta suministra los esquemas conceptuales de base de cualquier ordenamiento jurídico, permitiéndole, así, ordenar su material textual normativo.⁹ Realiza, agrega García Amado, una labor racionalizadora de los dogmas jurídicos para que puedan desplegar su misión ordenadora de la vida social.¹⁰ Incluso, que todo autor de un libro debe estar consciente de la dogmática especializada sobre la que va a hablar.¹¹

La dogmática doctrinaria, entonces, es ese discurso o “constructo” que habla del discurso prescrito. Pero, como aclara el profesor Tamayo, no se queda en una de las tesis positivistas, sino que:

[...] deriva del hecho de que la jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho dado [...] De ahí que los juristas, independientemente del credo, ideología o concepción jurídica que sostengan, cuando hacen jurisprudencia, *i.e.* cuando describen un determinado derecho, trabajan de forma similar y usan como materia prima materiales jurídicos que han sido “establecidos” [...]¹²

2.2. ORIGEN DE LA DENOMINACIÓN DOGMÁTICA JURÍDICA

Hay dos vertientes en las que descansan los estudios de dogmática: los propios de la Escuela de la Exégesis francesa y los históricos, de la escuela alemana.

Con el surgimiento de los códigos napoleónicos el objeto de conocimiento se redujo a lo que establecían esos códigos. Así se dijo: solo el legislador puede crear derecho, ni siquiera los jueces. Bajo esta línea de pensamiento surgió la Escuela de la Exégesis: “el Código es todo, ahí está todo el derecho, no hay nada fuera, el juez sólo debe aplicarlo”.¹³ Visto de esta manera el código es un dogma, no hay derecho fuera de él. Es como un axioma. De ahí, quienes escriban sobre derecho, sólo pueden escribir sobre lo que dice el Código Napoleón. Es clásica la expresión de Bignet al decir: “no conozco el derecho civil, enseñe el Código Napoleón”.

De lo anterior se siguió que la Escuela de la Exégesis sostuvo que si el derecho es un dogma entonces los doctrinarios tienen que seguir un “método dogmático”; es decir, no pueden contrariar lo que el derecho prescribe. De esta manera no sólo se habló del derecho como dogma (lo que está prescrito), sino también de una “doctrina dogmática” en cuanto que —según se dijo— debía de seguir ese “método dogmático”. A partir de aquí se empezó a hablar de “dogmática jurídica” para designar a la doctrina conformada para hablar del derecho prescrito. Uno de los autores más destacados de esa corriente fue Julien Bonnetcase

⁹ Robles Morchón, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, Madrid, Civitas, 2007, p. 204.

¹⁰ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 233.

¹¹ *Op.cit.*, p. 91.

¹² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1996, p. 298.

¹³ Exégesis (de *ex*, fuera y *heigeiskai*, *agein*, guiar), que en derecho significa sacar, extraer el significado de lo dicho por el legislador.

que, además escribió uno de los estudios más completos. El autor tres fases: la de su fundación (1804-1830); su apogeo (1830-1880); y su decadencia a partir de 1880. A la vez, se habló de “dogmático”, para aludir a la persona que escribe sobre ese derecho.

Con el paso de los años fue evidente que esta pretensión doctrinaria era demasiado pequeña para el tamaño real del derecho, como decimos coloquialmente, “se quedó chiquita”. Julien Bonnetcase uno de los miembros distinguidos de esta escuela, al ser profesor adjunto en la Universidad de Burdeos, debió impartir diversas disciplinas: derecho civil, penal, marítimo y otras más, lo cual lo obligó a dejar una escuela de interpretación del derecho, sumamente estrecha y solo referida al derecho civil que llevó a la caída de la Escuela de la Exégesis y aquel “método” que pregonaron dejó de existir, no así la doctrina creada por los juristas al hablar del derecho, pero las expresiones continuaron conservándose (dogmática y dogmático), ahora, sin afirmar que la doctrina es un dogma o que se acepte que existe; hay sin embargo, un “método dogmático”.¹⁴

Los alemanes, por su parte, en una posición abierta, al conformar el enfoque histórico-conceptualista del derecho, llegaron a sostener la primacía del concepto (su generalidad y abstracción) para de ahí derivar el contenido del derecho. En este sentido, los conceptos funcionaron como dogma.

Si los juristas antes no podían decir cuál era el fin del derecho, ya con Rudolf von Ihering, el principal representante de la Escuela dogmática, bajo el enfoque de la jurisprudencia de los conceptos, el énfasis lo puso en los fines del derecho, dando al traste con un enfoque doctrinario legalista y semántico, en la medida que Ihering podía hablar de fines, aunque estos no estuviesen expresamente establecidos en la ley.¹⁵ Luego, si el jurista es el que se refiere a los fines (dice cuáles son) y al no encontrarse estos expresamente en la ley, lo que dijera no podría tomarse como dogma, pero a pesar de ello, la tradición continuó llamándole “dogmática” a lo que el doctrinario decía. Así ha sido hasta hoy.

Alemanes y franceses se propusieron reconstruir el sistema de cada derecho como un conjunto de relaciones disciplinadas y de principios generales que permitiese llenar las lagunas de la ley, recurriendo a procedimientos de inducción y generalización, dando lugar, en su momento, a la jurisprudencia conceptual.¹⁶ En el primer Ihering¹⁷, establece que los

¹⁴ En contra, Armando Cintora sostiene que hay un mínimo de premisas inevitables. Cintora, Armando, “¿Es inevitable un mínimo dogmatismo?”, en *Estudios, filosofía, historia, letras*, vol. XIV, núm. 49, verano 1997, p. 83.

¹⁵ Hablando de estos fines se encuentra Madrazo, Alejandro, “La brecha ontológica de la dogmática jurídica”, en *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2008. Este enfoque teleológico lo inicia con Aristóteles en sus explicaciones a propósito de la causa final, al que le sigue Tomas de Aquino y con una cierta perspectiva metafísica y ontológica.

¹⁶ Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del derecho*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 114.

¹⁷ La dogmática jurídica, Von Ihering, Rudolf (1818-1892); traducción y presentación de Enrique Príncipe y Satorres, ed. Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

conceptos construidos conforman el derecho, y estos conceptos conforman la dogmática jurídica.

Por desgracia, expresa Larenz “si este término por lo pronto se conserva aquí, es sólo porque aún no disponemos de otro que se ajuste mejor a la cosa”.¹⁸ Para evitar la confusión (creer que la doctrina es un dogma) estimo necesario diferenciar “doctrina dogmática” de “dogmática doctrinaria”, para dejar a la primera una doctrina cuyo contenido es un dogma (algo inaceptable), en tanto que la segunda (una simple denominación), una doctrina que habla de los dogmas prescritos, pero sin que se caiga en que la doctrina es un dogma.¹⁹ Mientras con los franceses el acento se puso sobre lo que se decía acerca del lenguaje prescrito, con los conceptualistas, en el concepto construido. En el segundo Ihering²⁰ se cambia a las prescripciones, diciendo que, entonces, los conceptos surgen de las prescripciones y no al revés, que las prescripciones a partir de los conceptos. Por este camino se presentó al derecho por un camino tal vez sofisticado, pero convertido en un método de conocimiento, que hasta ahora domina.

2.3. DOGMÁTICA ESPECIALIZADA

La especialización de la dogmática doctrinaria se entiende como parte de la división del trabajo. Alguna parte de la dogmática atiende la reformulación familiar, otra, a la penal, otra a la comercial, y así. No hay un libro de texto que hable de toda la dogmática jurídica. Más bien, sólo se enfoca a un sector de la dogmática. Se entiende mejor lo que digo, cuando tomamos en cuenta que hoy en día es “normal” hablar de diferentes disciplinas (por ejemplo, derecho mercantil, derecho laboral, minero, familiar) y, en ocasiones ni cuenta nos damos que ha operado una especialización de los juristas hacia ramas más particularizadas del conocimiento jurídico; esto es, el conocimiento del derecho se ha atomizado, dependiendo de un específico objeto de conocimiento.

Cada una de las disciplinas presenta los enunciados que define como de su objeto de conocimiento, con notas o características propias. Los dogmáticos han marcado los límites de cada disciplina, lo que significa que le atribuyen un conjunto de notas o propiedades en común. Por ejemplo, los elementos conceptuales y definitorios de cada disciplina²¹ como es el caso del derecho del trabajo que lo caracterizan como parte del derecho social y, al derecho penal, como parte del derecho público, en el caso del DIPr sus atributos son de

¹⁸ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 221.

¹⁹ No cabe la menor duda del término dogmática, porque el derecho no es un sistema cerrado de axiomas y valores. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 220.

²⁰ Es el Ihering de los dos primeros tomos de su obra *Der Geist des römischen auf den verchiedenen Stufen seiner Entfaltung*, 4 volúmenes. Leipzig 1852-1865. Que como se sabe, al principio estuvo “en cercanía intelectual con Savigny y Puchta” pero a medida que desarrolló el tercer volumen de su obra “tuvo un giro rotundo” y esbozó un método nuevo en el que critica al formalismo voluntarista y se articula a los intereses reales.

²¹ La extensión del objeto de cada disciplina se refiere al conjunto de atributos que cubre su contenido. Estos atributos son elegidos por los juristas, no por algún ordenamiento jurídico.

diferentes clases, es Derecho Privado, en la medida que regula la conducta de las personas como lo hacen el Derecho Civil o el Derecho Mercantil, pero también las regula a partir de tratados internacionales que son regidos por el Derecho Público y en su caracterización específica, es internacional porque es a este nivel en el que establece cómo deben regularse las conductas de los individuos fuera del espacio de aplicación de su orden jurídico interno. En este mismo sentido, también regula gran parte de la fase internacional de diferentes materias, entre ellas el mercantil, el penal, los diversos derechos de transporte internacional y muchos otros más en los que su caracterización en el sentido que estamos apuntando, se dificulta.

Los juristas especializados al tomar en cuenta estas propiedades conforman un discurso determinado que reformula un objeto específico (corresponde a la imagen que del objeto de conocimiento se forman al ser reformulado).²² En estos discursos suele confiar el jurista práctico (juez/abogado), al fin y al cabo, le presentan una “imagen sistematizada de un específico objeto de conocimiento”.

Lariguet nos ofrece una apretada síntesis de lo que hoy podemos llamar “autonomías disciplinarias”. Afirma que durante la Edad Media fueron los estatutos de las ciudades los que tuvieron vigencia como regla principal, pues lo previsto por el Derecho romano era supletorio. Con la aparición del Código Napoleónico se desplazó todo tipo de ordenamientos para quedar como la principal ley aplicable. Después, con la finalidad de hacer valer excepciones a lo previsto por el Código Civil se empezó a hablar de ramas específicas, que, aunque no estaban inicialmente desarrolladas ni codificadas, poco a poco se fueron conformando, lo que produjo un fraccionamiento del Código Civil, como lo vemos hasta ahora. En síntesis, se puede afirmar que el interés por las excepciones al Código Civil y por su especialidad, ha dado lugar a las disciplinas autónomas.²³

2.4. NIVELES DE LA DOGMÁTICA DOCTRINARIA

Para comenzar, inicio con una división: es necesario tomar en cuenta que la “doctrina” es el género de dogmática doctrinaria. No toda dogmática es doctrina, por ejemplo, la teoría es doctrina, pero la dogmática no es teoría, aunque la presupone.

A la dogmática doctrinaria (y esta es otra división que propone Silva) podemos atribuirle dos significados (fuerte y débil). La “dogmática en sentido fuerte” (una buena y legítima dogmática)²⁴ se caracteriza (entre otras propiedades) por ser: racional, certera y objetiva,

²² Ej., la dedicación de los procesalistas por su teoría general del proceso; la de los penalistas por su teoría del delito; la de los administrativistas, por su teoría del acto administrativo, etc. Esto es, un discurso doctrinal cuyo objeto de conocimiento está específicamente definido.

²³ Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Fontamara, 2007, p. 142. Otros elementos adicionales sobre el mismo tema en Lariguet, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 102 y ss.

²⁴ Algo semejante expresó Ihering al referirse a “jurisprudencia inferior” (que sólo interpreta) y una “superior”, que construye y aplica un método. Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del derecho*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 116.

identificando la base del orden jurídico y su modelo epistémico, procura inferir y proporcionar principios; considera el manejo de normas, logra la sistematización y organización, pero, sobre todo, presupone una base y reglas de construcción, razonamiento, hermenéutica, etcétera.²⁵ En esta, queda la dogmática avanzada, que asciende y le da carácter y sentido. El dogmático en sentido fuerte suele crear doctrina en sentido fuerte. Sus proposiciones tienden a permanecer más tiempo, imperar y ser más respetables que la débil, de ahí que la jurisprudencia de las primeras épocas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), salvo muy pocas excepciones, haya sido tan vacua que poco recuerdo se tiene de ella.

Una “dogmática” en “sentido débil”, plana o de bajo nivel (me permito emplear la expresión dogmática), se caracteriza porque solo presenta descripciones, no emplea las herramientas del científico, ni las propias de la buena dogmática. En el mejor de los casos se reduce a una mera acumulación de experiencias, desconociendo el razonamiento inductivo y conformador de principios. Aquí coloco a esa “dogmática” plana, glosada, reducida, que en el mejor de los casos toma en cuenta el “sentido común”, que no ve más allá de las apariencias, ni suele diferenciar elementos relevantes de los accidentales. Sus cultivadores suelen pensar que sus ideas son verdades, pero la gran mayoría de estos, ni siquiera tienen conocimiento de la teoría de la ciencia.

Una dogmática en sentido fuerte o de alto nivel, va más allá (ejemplo, emplea las herramientas del científico, obtiene principios, conceptos, crea teorías, clasifica) además de decir cómo actuar en un caso concreto, no se queda en la mera interpretación; racionaliza el objeto de conocimiento, no se detiene en la descripción, ni se conforma con inventariar enunciados legales. Es tan importante la construcción en sentido fuerte, que, debido a las construcciones conceptuales, clasificaciones y conformación de su marco, suele determinar la forma de interpretar y aplicar el derecho, esto es, conforma un método de conocimiento del derecho.

Una obra que solo se dedica a hacer descripciones se sostiene en enfoques más exegéticos y proposiciones parafrásticas, mientras que otra, la que presenta reformulaciones, concluye con respuestas agudas, analíticas y razonables; presupone el conocimiento para entender el lenguaje objeto. Una simple descripción no proporciona definiciones, que son importantes para que un estudiante logre precisiones.

La “buena dogmática”, la que se califica como auténtica doctrina, es aquella creada a partir de reglas de razonamiento jurídico, reglas hermenéuticas. Dentro de la buena dogmática se encuentran expresiones relevantes sobre el objeto de conocimiento; comprende, además de terminología, una doctrina racional, notable, aceptada, selecta, acreditada, etc., sobre todo, presupone una metodología. Esta es la más idónea para escribir un texto, formular un escrito de amparo, contestar una demanda, o dar una opinión. De esta

²⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 150.

manera cabe hacer a un lado la “dogmática” vulgar, mediocre, desacreditada, basada generalmente en opiniones o consideraciones personales.

2.5. NIVELES EMPLEADOS PARA HABLAR DEL LENGUAJE PRESCRIPTIVO

Para que un práctico del derecho, un juez/abogado, se acerque a un objeto de conocimiento jurídico, especialmente el discurso prescrito (los enunciados jurídicos) se puede acceder desde tres niveles, que van de menor a mayor dificultad. A saber: descripción, explicación y reformulación y, en algunos casos, análisis. Son los niveles en que suele presentarse la dogmática legalista, la que habla de un derecho prescrito.

- a) Una “descripción” se contenta con listar los elementos indispensables del objeto, sin comprender juicios que expliquen el porqué de ese objeto, ni para qué sirve.²⁶ Corresponde a una indicación de cómo se nos presenta el objeto. Normalmente retrata un objeto concreto, proporciona una interpretación trivial, insulsa. Mediante la descripción o retrato podemos referirnos al procedimiento establecido en algún código, pero no se comprendería la teoría que lo explica, carece de conceptos, de abstracción. Es útil para comentarios, exégesis. Un “práctico”, como el mencionado por mi querido maestro, Don Niceto Alcalá-Zamora, puede hacer esto. Se trata del nivel mayormente empleado en los libros jurídicos. Veamos una descripción de Rafael de Pina:

Ejemplo: De acuerdo con el Código Civil, el hijo nacido de matrimonio tiene derecho a que se haga constar en el acta el nombre y apellidos de los padres; el hijo reconocido tiene derecho a llevar el apellido de quien lo reconoce; el adoptado el de quien lo adopta.²⁷

Aquí encontramos, al menos, tres grados rudimentarios: el circunloquio, la sinonimia y la perifrasis, que, en general, se quedan como mera efigie. Cualquiera describe más el sentido semántico que el práctico.

Mediante el “circunloquio” expresamos algo del objeto de conocimiento recurriendo a un rodeo de palabras. Ejemplo, en lugar de decir Constitución, decimos Ley Suprema; en lugar de bandera, recurrimos a lábaro patrio; en lugar de otorgó testamento, decimos expresó su última voluntad, se ha dicho que los mexicanos somos eufemísticos, es decir, que conceptualizamos una cosa en vez de pronunciar su nombre y en ese sentido, el circunloquio viene en buena medida en la cultura e ideología mexicanas.

Mediante la “sinonimia” empleamos una relación de semejanza. En lugar de decir matrimonio, decimos casados, unidos en nupcias en vez de concubinato decimos,

²⁶ Según las Recomendaciones de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, del Consejo de ministros español, “una descripción relata cómo es algo, ya sea en su aspecto externo y material, ya sea en su dimensión interna o anímica”. Madrid, Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, 2011, p. 6.

²⁷ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, t. I, México, Porrúa, 1963, p. 211.

matrimonio de hecho, etc. Dicho en otras palabras, estamos en una situación semejante al circunloquio en la medida que no expresamos el nombre del objeto; sin embargo, lo sustituimos, pero a diferencia del circunloquio, en este caso, estamos haciendo una referencia a una palabra, que es distinta en su estructura, aunque en su contenido son iguales.

Al recurrir a la “perífrasis” empleamos otras palabras para decir lo mismo; no lo decimos directamente. Requiere de una cierta imaginación del autor y darle estilo y colorido al discurso²⁸ (ej. “la restitución del derecho administrativo argentino al Estado de derecho (o al *rule of law*, parafraseando a Dicey”).²⁹

En general, el uso de una simple “descripción” sólo nos retrata el objeto, lo imita. En este nivel la reelaboración se queda en transcribir, resumir o sintetizar. No alcanza siquiera una glosa. A lo más que se puede llegar en este nivel es en acatar ciertas las reglas de semántica.

Este nivel no es recomendable en la elaboración de texto alguno, pues no organiza el material a ser explicado. Se queda para objetos textuales más pequeños como notas o reseñas, que no son deseables en un escrito jurídico, salvo cuando la cita sea destacada y se quiera hacer énfasis en ese autor.

- b) La “explicación” implica una descripción, pero se amplía al porqué del objeto, así como “el para qué” (lo que no aparece en la descripción de Rafael de Pina antes citada) Aquí se incluyen teorías. En diversas disciplinas se habla de explicación causal. Esta última no cabe en derecho, en todo caso se trata de una explicación que comprenda razones para actuar. Si el juez falló que en condiciones X debe procederse conforme a Z, entonces habría que exponer que, con fundamento en una cierta ley, apoyada en una cierta constitución, el juez estaba facultado para fallar en el sentido en que falló. Quien explica debe evitar inmiscuirse en la especulación.

Es necesario aceptar que un doctrinario (un doctrinario que conoce su oficio), incluido aquel que escribe una obra de dogmática, no sólo toma el texto de una ley y trata de entender lo que con ese texto o enunciado quiere significar, sino que al procurar darle un significado, realiza una labor compleja, sofisticada, en la que aplica reglas de razonamiento y experiencias epistémicas, que lo conducen a desenmarañar los enunciados confusos, a relacionarlos con otros enunciados e, incluso, a racionalizar propuestas para aquellos casos en que advierte lagunas legales o anfibologías.

Una “explicación”, aunque describe el objeto de conocimiento no se conforma con decirnos “qué es”, sino que agrega “para qué” y “porqué”. Habla de las “causas”. Aquí interviene el razonamiento de quien habla, que no siempre es necesario en una simple explicación.

²⁸ Romero Álvarez, Ma. Lourdes, *Técnicas modernas de redacción*, México, Harla, 1995, p. 185.

²⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo: El acto administrativo*, vol. 3, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 417.

Por lo general, los abogados que trabajan en y ante los tribunales se preguntan ¿cómo se resuelve el problema X?, mientras que los juristas que enseñan e investigan se cuestionan ¿cómo se explica la respuesta a X? En general, unos, buscan la respuesta, otros, explicaciones. Los primeros, desconocen la respuesta, los segundos, no sólo la buscan, sino que se preguntan por qué y piden explicaciones. Pero los que escriben, no solo buscan cómo se explica y cómo se resuelve, sino que deben atreverse a presenta y llevar a cabo, toda una reformulación. De alguna manera procuran acatar reglas de semántica y de sintáctica, jugando, de alguna manera, con las significaciones del discurso objeto. En general, los libros de dogmática sólo llegan hasta este segundo nivel. En el caso del DIPr es fundamental la “explicación” que partirá del supuesto de cómo se resuelve el problema, en la medida que comporta diferentes normas en presencia, de diversa naturaleza y con efectos jurídicos diferentes.

- c) La “reformulación” implica descripciones y explicaciones. No debe confundirse con un mero retrato del objeto de conocimiento, hacer perífrasis, sinonimia o discurso parafrástico del objeto. Es en el nivel reformulatorio donde se pueden colmar lagunas, resolver contradicciones, aclarar problemas de anfibología (dobles sentidos), vaguedad y ambigüedad lingüística. Alcanzar el sentido de los principios, presenta, incluso, actitudes a seguir. También aquí, dependiendo del concepto que se tenga del derecho, se procura justificar a partir de valores, necesidades de la sociedad, de razonamientos y perspectivas filosóficas. En la reformulación se aglutinan conocimientos que le dan congruencia al objeto de conocimiento; se articulan sus enunciados y se hace confiable lo reformulado al estudioso o lector. Conforman una unidad compleja de análisis, a partir de reglas específicas creadas para ello. Este nivel de actividad no cabe en un práctico. En el DIPr deben tomarse en cuenta enunciados procedentes de diferentes sistemas jurídicos que hacen complejo el análisis, sobre todo colmar lagunas, resolver contradicciones, pues aquí solemos estar en estados de anfibología, vaguedad y ambigüedad lingüística.

Una reformulación supone los niveles anteriores (incluidos, transcripciones, síntesis y resúmenes) pero, además: le da una congruencia al objeto de conocimiento, abstrae y generaliza, puede recurrir a interpretaciones amplias o restringidas, presupone implicaciones, propone respuestas para llenar lagunas, resuelve conflictos antinómicos, etc. Su ejercicio requiere de juicios de valor y razonabilidad. En este nivel, colocó un auténtico hermeneuta, un conocedor y especialista en la materia de la que habla, que domina el lenguaje objeto y metalenguaje.

Presentar o construir dogmática jurídica (una buena dogmática) no consiste en comentar o glosar algún enunciado legal (como con frecuencia lo hacen algunos juristas que escriben sobre alguna disciplina, sin en realidad conocerla). La posibilidad de explicar, pero, sobre todo, de reformular lo que el derecho prescribe, obliga al reformulador a hacerlo, epistemizando el “constructo doctrinario” (lo que piensan y dicen), aplicando metarreglas (reglas no jurídicas) que dicen cómo hacerlo. No basta con tomar una ley y comentarla

(incluso artículo por artículo), muchas veces es fundamental referir el contexto en el cual la ley aparece.

La reformulación requiere comenzar identificaciones del objeto de conocimiento, precisar los principios, realizar el análisis del objeto, esto es, descomponer el objeto en todos los elementos que lo componen, analizando cada uno y sus interrelaciones. La herramienta es el análisis; sin este, no se reconstruye. Una “aprehensión sintética” no reformula si le falta el análisis.

Si el autor de un texto jurídico no se siente capaz de analizar, debe tomar en cuenta las reformulaciones de expertos, sintetizarlas y darlas a conocer al lector de su obra.

Como explica Carlos Nino:

La mayoría de los grandes dogmáticos consideran como ideal de su actividad no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas en consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir sus principios implícitos. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la naturaleza jurídica de un instituto; criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente “naturales”; definiciones “reales”; pautas para interpretar la “verdadera voluntad del legislador”; principios supuestamente necesarios a todo derecho, como el de clausura, principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa y non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de los conceptos fundamentales del derecho, como las que disponen las consecuencias del “abuso del derecho”, la “función social de la propiedad”, la “autonomía de la voluntad contractual”, la “no exigibilidad de otra conducta” como causal de inculpabilidad y el “consentimiento del interesado” como causas de justificación; etcétera.³⁰

Y yo agregaría a esta lista el concepto de “El Fraude a la Ley”, tanpreciado para el DIPr, planteado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su reciente resolución sobre el caso del gobierno del Estado de Baja California,³¹ en la que el voto particular de su presidente explicó que se trató de toda una estrategia para que, usando leyes y constitución local, a través de modificaciones legales, pero a modo, se obtuvo un resultado que de otra manera no se hubiera logrado. Ese es el concepto exactamente del Fraude a la Ley en el DIPr en donde lo que se defiende es que no se defraude a la ley mexicana.

2.6. REFORMULACIÓN DEL DERECHO

El discurso del doctrinario se construye tomando como objeto de conocimiento un grupo de enunciados prescriptivos, que adscribe a una disciplina jurídica (en este caso, una

³⁰ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 106 y 107.

³¹ Acción de inconstitucionalidad 112/2019 y sus acumuladas 113/2019, 114/2019, 115/2019, 119/2019 y 120/2019. Publicada el 11 de mayo de 2020.

disciplina propia de la dogmática jurídica). Corresponde a un conjunto de proposiciones que dicen algo acerca de un conjunto de enunciados específicos. Los elementos de que se compone el discurso doctrinario se presentan relacionados unos con otros (entre sí), para cumplir una función: comprender lo que el discurso prescrito dice (el objeto de conocimiento). En esta tarea, el reformulador emplea toda su inteligencia (y poder de convencimiento) para atribuirle significados al lenguaje prescrito, incluso, recurriendo a una “concepción mágica del lenguaje”, un específico lenguaje y un específico modo de razonar.³²

La interrelación que hace un doctrinario de los elementos que toma del discurso prescrito (para obtener un discurso consistente), no corresponden a un montón de proposiciones o a una simple suma o fusión de esos elementos. Su “constructo” o reformulación lo realiza en atención a la función (el enfoque epistémico) que ese doctrinario le atribuye al todo (al lenguaje objeto), pero, siguiendo reglas de hermenéutica. En una palabra, el jurista realiza los procedimientos requeridos para sistematizar el derecho.³³

Tome nota el lector que la delimitación de cada disciplina les corresponde a los dogmáticos. Son los doctrinarios los que han creado cada disciplina; dicen qué contenido va en primero y enseguida. La disciplina que puede ser de diversa naturaleza: que principios o elementos jurídicos, sociales o económicos deben integrarse a la disciplina y así hasta cumplir con los requerimientos propios de la disciplina, por ejemplo, cierta normatividad, por su naturaleza es acomodada en el derecho civil, otra en el mercantil, otra en el familiar, etc. Dicho en otras palabras, sin un discurso doctrinario no se podría entender el discurso objeto.

Es importante lo anterior, cuando tomamos en cuenta que para una cierta disciplina se infieren ciertos principios que no son parte de otra disciplina. Y todo esto (la doctrina creada), aunque no es prescriptiva suele ser tomada por el legislador o los jueces como si fuese un dogma. De no procurar un orden o sistematización de un orden jurídico, el resultado sería un galimatías (una información desordenada y contradictoria).

Rolando Tamayo y Salmorán —seguramente uno de los juristas mexicanos que mayormente se ha preocupado por la dogmática, construyendo toda una explicación metateórica— destaca la labor de quienes conforman estudios reformulatorios. Al referirse a la jurisprudencia (en su acepción ciencia del derecho) expresa: “La jurisprudencia incorpora al mundo de la racionalidad un espacio muy importante de la razón práctica. La simple construcción de la jurisprudencia es un prodigio de la razón”.³⁴

³² Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones...*, *op. cit.*, p. 47.

³³ Lariguet afirma que Kant, al hablar de sistematización del derecho, ya hablaba de la “ley de la homogeneidad” que en cierta forma se corresponde con lo que hoy designamos como reformulación. Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Fontamara, 2007, pp. 172 y 173.

³⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 130.

No es ni debe ser extraño que en una disciplina (uno de los constructos del discurso reformulatorio) se empleen expresiones tales como “articulación de enunciados” o “función de la disciplina”. Con estas formulaciones se quiere suponer elementos integrantes y la razón del discurso prescriptivo. La actividad del reformulador al crear su discurso (diferente al prescrito) consiste en realizar un análisis de cada elemento del discurso objeto. Su análisis consiste en descomponer el todo, lo que ese doctrinario “ve”, presentando una recomposición de estos. Puede tomar en cuenta las razones o causas de una situación, sus efectos, el problema, cómo surgió, significados lingüísticos, etc. Crea para esa recomposición, una serie de conceptos, clasificaciones, definiciones, etc., vamos, herramientas para entender el lenguaje objeto. En este punto quiero hacer un paréntesis. El derecho moderno por doquiera que se mire, se enfrenta constantemente al avance de la tecnología y de la ciencia, lo que hace más difícil en ocasiones conocer ese discurso objeto con las solas herramientas del derecho, de ahí que requiera conocer la metodología interdisciplinaria. Apertura que hubiera horrorizado a los miembros de la Doctrina de la Exégesis, de los que aún hay discípulos en México.

La interrelación que hace un doctrinario de los elementos que toma del discurso prescrito (para obtener un discurso consistente), no corresponden a un montón de proposiciones o a una simple suma o fusión de esos elementos. Su “constructo” o reformulación lo realiza en atención a la función (el enfoque epistémico) que ese doctrinario le atribuye al todo (al lenguaje objeto), pero, siguiendo reglas de hermenéutica. En una palabra, el jurista realiza los procedimientos requeridos para sistematizar el derecho.³⁵ Conceptos, clasificaciones, definiciones, etc., vamos, herramientas para entender el lenguaje objeto.

La lente para “ver” el derecho prescrito es la del doctrinario. En la medida en que la imagen del doctrinario llegue al lector del libro (según las gafas de ese dogmático), y acorde a la estimación del dogmático, se podrá decir que el estudiante conocerá el objeto.³⁶

En los últimos tiempos, el legislador en su afán de prever todas las situaciones posibles, ha generado no solamente un volumen excesivo de fuentes formales, hasta alcanzar niveles de sobre regulación, en algunos casos, sino también problemas de incompatibilidad entre normas dentro de un orden jurídico, sobre todo, como en países como México en cuyo orden jurídico se han incorporado normas y partes de sectores legislativos extranjeros, principalmente estadounidenses y españoles, en varios temas con objeto de modernizar al orden jurídico mexicano y darle una proyección internacional.

Se generan de esta manera inconsistencias normativas, esto es, cuando en un mismo sistema normativo se correlaciona un caso con dos o más situaciones, de dos hechos, de tal

³⁵ Lariguet asienta que Kant, al hablar de sistematización del derecho, ya hablaba de la “ley de la homogeneidad” que en cierta forma se corresponde con lo que hoy designamos como reformulación. Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Fontamara, 2007, pp. 172 y 173.

³⁶ Esta primera parte del capítulo puede verse ampliada en la obra de Silva, Jorge Alberto, *Manual para elaborar un libro de texto Jurídico*, México, Fontamara, 2017.

modo que la conjunción de esos hechos crea o constituye una contradicción normativa. Así, un conflicto normativo se exterioriza cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de procedimientos de creación o de sus contenidos.

Hay que mencionar que, en el sistema conflictual tradicional, en el DIPr, estudiamos con la aplicación de la ley extranjera, a la cual le ponemos el límite del orden público y el criterio subsidiario del Fraude a la Ley mexicana. Fuera de esos límites la diferencia entre normas pertenecientes a distintos órdenes jurídicos debe solventarse con base en la metodología del derecho comparado; es decir, a través de buscar soluciones en los diversos órdenes jurídicos nacionales sobre un problema que tenemos en nuestro propio sistema, de esta forma se pudieron introducir o —como también se dice—: “Trasplantar” entre 1993-1995 diversos sectores de la economía nacional tomando como base legislación estadounidense moderna en diversos sectores: como el financiero, medio ambiente, competencia económica, telecomunicaciones, entre otras. Aquí nos encontramos con un problema ligado a la antinomia en un primer momento, pero si finalmente la norma de conflicto determina cuál es la ley aplicable, este hecho descarta a la ley mexicana. Tratándose de diferencias normativas entre uno y otro orden jurídico (de diferentes estados de la comunidad internacional) no se presentan antinomias. Las antinomias solo se presentan dentro de un mismo orden jurídico. Los conflictualistas, en lugar de apelar a reglas antinómicas, apelan al método que han configurado dentro del DIPr.

Existe antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas. Sin embargo, en este caso el juez, en igualdad de circunstancias deberá optar por la que les sea más favorable a las partes.

Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

La primera condición para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición, es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.

La presencia de antinomias como conflicto de normas es un defecto que debe ser resuelto por los operadores del derecho, por cuanto se parte de la premisa que todo sistema jurídico debe responder al principio de coherencia.

Existen varios criterios de interpretación en la solución de antinomias, los llamados principios de *lex superior* (principio jerárquico: ley superior deroga a ley inferior), *lex posterior* (principio cronológico: ley posterior deroga a ley anterior), y *lex specialis* (principio de especialidad: ley especial deroga a ley general) entre muchos otros de esta naturaleza. Otra solución puede ser la aplicación del principio o regla de coherencia que se

considera debe cumplir todo sistema normativo. En el sistema jurídico mexicano el procedimiento para dirimir una antinomia es el juicio de amparo.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, por unanimidad de votos (2010) ha señalado que en la época contemporánea, la doctrina, la ley y la jurisprudencia han incrementado la lista de métodos o criterios de resolución de antinomias o conflicto de leyes con otros tres criterios de solución:³⁷

- Criterio de competencia, aplicable bajo las circunstancias siguientes: a) que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; b) que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes); y c) que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por otras normas jerárquicamente superiores, atribuyendo —y de esa forma, reservando— a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia.
- Criterio de prevalencia, este mecanismo requiere necesariamente de una regla legal, donde se disponga que ante conflictos producidos entre normas válidas pertenecientes a subsistemas normativos distintos, debe prevalecer alguna de ellas en detrimento de la otra, independientemente de la jerarquía o especialidad de cada una.
- Criterio de procedimiento, se inclina por la subsistencia de la norma, cuyo procedimiento legislativo de que surgió, se encuentra más apegado a los cánones y formalidades exigidas para su creación.

Si todavía ninguno de estos criterios soluciona el conflicto normativo, se debe recurrir a otros, siempre y cuando se apeguen a la objetividad y a la razón. En este sentido, se encuentran los siguientes:

- Inclinarsé por la norma más favorable a la libertad de los sujetos involucrados en el asunto. En este debe decidir a cuál de los dos sujetos es más justo proteger o cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer.
- Criterio en el cual se elige la norma que tutele mejor los intereses protegidos, de modo que se aplicará la que maximice la tutela de los intereses en juego, lo que se hace mediante un ejercicio de ponderación, el cual implica la existencia de valores o principios en colisión.
- Criterio basado en la distinción entre principios y reglas que estén en conflicto.

³⁷ Tesis I.4o.C.220 C. Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2788.

Afirma la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014),³⁸ que:

La resolución interpretativa de la probable tensión de sentidos normativos entre normas secundarias es una cuestión que, por regla general es de legalidad, pues se refiere a la debida aplicación de la ley, sin embargo, por excepción puede generarse una cuestión de constitucionalidad cuando los efectos de esa posible contradicción trasciendan en perjuicio de un contenido constitucional o derecho humano. Es necesario que el reclamo del recurrente encierre un planteamiento argumentativo de trascendencia al principio de seguridad jurídica en grado suficiente, esto es, que se trate de un alegato que combata, por ejemplo, el estado de indefensión de los ciudadanos, al abrir la discrecionalidad de la autoridad ante la falta de una respuesta jurídica al caso concreto por tener normas contradictorias.³⁹

De acuerdo con una Tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (2003):⁴⁰

La inconstitucionalidad de una ley puede derivarse de la demostración de incongruencias en el orden jurídico que revelen violación, entre otras, a la garantía de seguridad jurídica, como podría ser la contradicción de la ley impugnada con otra norma general o la ley secundaria, en el caso de que regulen un mismo supuesto jurídico, para lo cual es menester que los conceptos de violación se precisen los derechos fundamentales que se estimen violados y se demuestre que la norma que se aplicó en perjuicio del quejoso es la que viola el orden constitucional y no sólo la ley que utiliza como parámetro comparativo para derivar la incongruencia o carencia de facultades de la autoridad que emite la norma que se tilda de inconstitucional.

2.7. LAS INTERPRETACIONES GRAMATICALES Y EXEGÉTICAS DE CONTENIDO MATERIAL SUSTANCIAL

La interpretación y la construcción jurídica no son actividades cognitivas, ya que forman parte de la política del Derecho, por lo tanto, son una parte esencial del objeto mismo de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto.

La dogmática jurídica tiene por objeto de estudio el derecho positivo vigente, lo que consiste en describir, a través de la interpretación y sistematización las normas para ubicarlas en el sitio que les corresponde en construcciones conceptuales que agrupan clases de normas.

Mientras el objeto de las ciencias naturales es describir y explicar por sus causas fenómenos de la naturaleza, y el de las ciencias sociales es describir y entender los fenómenos de la cultura, el objetivo de la dogmática es definir y describir (y evaluar) el

³⁸ Tesis 1a. CCCLXIX/2013 (10a.). Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 2, enero de 2014, p. 1111.

³⁹ Tesis I.4o.C.220 C. Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2788.

⁴⁰ Tesis I.3o.C.377 C. Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XVII, enero de 2003, p. 1812.

derecho positivo según el criterio principal de la coherencia. Los juristas operan bajo el supuesto de que el ordenamiento jurídico es coherente, mientras que a la vez trabajan para darle coherencia allí donde no la tiene, invocado principios que reparan las inconsistencias que se encuentran.⁴¹ No desconozco al derecho como una ciencia normativa, pero por distintas razones debe haber un contacto con lo social y lo económico.

En el mayor grado de abstracción de la dogmática se encuentran los principios del derecho, como, por ejemplo, las de reglas de interpretación e integración del derecho.

Los principios del derecho y, en general, el conocimiento jurídico, son un recurso para la administración de justicia en el caso particular, mientras que las ciencias empíricas buscan establecer verdades que son independientes de su uso.

Cuando las normas no se ajustan a los principios del derecho, el jurista manipula las normas hasta hacerlas coincidir bajo alguna interpretación posible, o bien las califica de *lege ferenda*, como inconsistentes con el ordenamiento jurídico, para su eventual eliminación por el legislador.⁴²

Otro elemento de la dogmática, son las proposiciones que se formulan para interpretar, sistematizar o evaluar el derecho positivo y que constituyen, propiamente, el método de la dogmática.

La dogmática Jurídica no es una ciencia sino es, ante todo, un método que nos permite, como ya lo hemos señalado, una forma de ampliar el universo del derecho a partir de la norma jurídica. De esta manera el método de que se vale la dogmática jurídica son las doctrinas de los autores que al interpretar la norma plantean diferentes hipótesis y maneras de su interpretación y en general del derecho (más bien, se valen de la hermenéutica). Esas doctrinas también proponen diversas maneras de manejar en toda su acepción los diferentes procedimientos y la creación de nuevos supuestos normativos, de ahí que siempre los jueces/abogados estén interesados en conocer a esa doctrina y sus diversas propuestas y como sucedió en el caso de las dos tesis citadas, los propios jueces sistematizaron los métodos y criterios de resolución de antinomias y conflicto de leyes como una herramienta de primer nivel.

3. SEGUNDA PARTE

3.1. INTRODUCCIÓN

Hasta aquí hemos mostrado de forma muy breve los aspectos centrales de la dogmática jurídica. Esta segunda parte del trabajo nos dará la oportunidad de mencionar brevemente

⁴¹ Bernasconi Ramírez, Andrés: “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, Vol. XX, núm 1, julio 2007, p. xx.

⁴² *Ídem*, dos temas más, relacionados con la dogmática jurídica, uno teórico que podrían explicar momentos de la dogmática, en los que gana el hecho ante el silencio a la norma jurídica; es decir, cuando el análisis lógico-jurídico no alcanza a explicar algunos aspectos del derecho.

tres ejemplos de la dogmática en algunos casos de Derecho Internacional Privado (DIPr) en México, previo hacer una disquisición que nos permita comprender la función de la dogmática en el DIPr.

Espero que hayamos dejado en claro varias cuestiones, sobre todo por el énfasis que tiene este trabajo en los abogados, en primer lugar, que el abogado como el juez tienen la carga de mayor importancia en la aplicación del derecho. En el caso de los abogados, necesariamente deben interpretar ya sea en poca o mayor medida lo establecido por la ley o lo que haya sido decidido por la SCJN o los tribunales de circuito. Sin tener en cuenta litigios de carácter administrativo, donde la riqueza temática es más amplia. Así el abogado tiene toda una serie de herramientas de información hoy en día que el tiempo no le permite consultarlas todas. Sin embargo, esto seguirá siendo información, incluyendo las leyes publicadas o en los tratados, ratificados. Lo importante es la forma de empleo de esas herramientas, entre ellas la de la dogmática para lo cual entro en el campo del DIPr en donde podemos encontrar espacios normativos que no son comunes en el derecho interno y, por tanto, como normatividad, requiere de una determinada interpretación.

En el DIPr existe una diferente aplicación de ciertas instituciones como puede ser el caso del concepto del Fraude a la Ley que invocó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio de inconstitucionalidad que le fue planteado por diversos actores. El día de su publicación, el presidente de la Corte hizo pública su opinión en la que acertadamente calificó en referencia al concepto del Fraude a la ley por las múltiples razones que se expresan en la resolución, razones que se pueden resumirse en lo siguiente: hubieron tal cantidad de reformas y derogaciones legislativas, violaciones en el proceder del Congreso local en una complicidad con el gobernador Bonilla, en verdad escandalosa, violación al principio de certeza, violación del Congreso, en asociación francamente delictuosa con el gobernador Bonilla a la Constitución estatal y a sus leyes reglamentarias internas y toda esta forma de actuación, sobre todo tratándose de una legislatura estatal, se convierte en un fraude a la Constitución Federal, que en su artículo 116 establece reglas claras para la actuación en un caso como este que recuerda la época pasada cuando la dictadura de partido solapaba a todas estas tracalerías por parte del partido en el poder, llevar a cabo diferentes actuaciones concertadas ilícitas para lograr alargar el término de los dos años que correspondían como gobernador provisional, a 5 años. El primero, el de 2 años, además fue por el que votaron los electores, quienes además de votar por un candidato, toman en cuenta la temporalidad que debe permanecer en el poder. Indudablemente de un caso de escándalo jurídico y eso es lo que se engloba en el Fraude a la Ley. Se maquinó todo esto con el propósito de poderle dar vuelta a la ley para hacer posible lo que no se hubiera logrado, conforme a la legislación anterior y a los principios electorales establecidos en la Constitución Federal. La sanción a este fraude ha sido, por parte de la SCJN, la nulidad de toda esta confabulación y por tanto que el gobernador Bonilla deba concluir el periodo para el cual fue electo de dos años; sin embargo, faltó referirse a las responsabilidades que se derivan de un ilícito constitucional, que a mi juicio son las contenidas en el artículo 108.

En el caso del DIPr el concepto de Fraude a la Ley cumple con un objetivo muy específico y necesario, admitir o no una ley, una sentencia o cualquier resolución que le favorezca a una persona por el solo hecho de haber manipulado sus puntos de contacto o puntos de conexión, tales como domicilio, escogimiento de una determinada ley a sabiendas que esa dispone en sentido inverso de la que sería jurídicamente correcta y aplicable; sin embargo, en cuanto al aspecto de la “maquinación” los dos conceptos coinciden porque su aplicación es el resultado de una manipulación legislativa. La interpretación será entonces distinta en ciertos puntos para un mismo caso y sin embargo la causa es la misma, la maquinación legislativa y aquí cabe un concepto vinculado más para el DIPr, el de la Buena Fe que es el principio sobre el cual reposan las transacciones comerciales internacionales y que en un ejemplo como en el que nos encontramos, siendo el mismo concepto jurídico, al ser consumado en ambos casos con mala fe, el castigo no es el mismo, se sanciona en el DIPr no en el derecho interno, al menos hasta ahora. En la resolución se anula todo lo actuado, pero no se establece ningún procedimiento que debiese seguirse para castigar a los legisladores —los de Baja California— que han actuado con mala fe para lograr un ilícito y de manera colectiva, que es colindante con lo que la legislación penal llama: delincuencia organizada.⁴³

Veamos otro caso más complejo, en el DIPr estudiamos los llamados “Conflictos de competencia judicial internacional” y entre ellos distinguimos los que definimos como determinación de la competencia del juez extranjero para dictar la sentencia que se pretende hacer reconocer en México⁴⁴ previsto por el artículo 564 del Código Federal de Procedimientos Civiles. En dicha disposición el juez mexicano está obligado a constatar que la competencia del juez extranjero será reconocible si fue “asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional”. Como se puede ver aquí, el esfuerzo interpretativo del juez mexicano es sumamente complejo ya que debe conocer en la ley extranjera que le suministren las partes o que el mismo juez obtenga a través de la SRE, si esa ley tiene las características que señala la ley mexicana para que esa sentencia sea reconocible.

Concluiremos con un planteamiento que contiene más elementos.

Hay que mencionar que, en el sistema conflictual tradicional, en el DIPr, estudiamos con la aplicación de la ley extranjera, a la cual le ponemos el límite del orden público y el criterio subsidiario del Fraude a la Ley mexicana. Fuera de esos límites la diferencia entre normas pertenecientes a distintos órdenes jurídicos debe solventarse con base en la metodología del

⁴³ Art 2o. de la Ley Federal contra la delincuencia organizada: “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: [...]”

⁴⁴ CFCP: Artículo 564. Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

derecho comparado; es decir, a través de buscar soluciones en los diversos órdenes jurídicos nacionales sobre un problema que tenemos en nuestro propio sistema, de esta forma se pudieron introducir o como también se dice: “Trasplantar” entre 1993-95 diversos sectores de la economía nacional tomando como base legislación estadounidense moderna en diversos sectores: como el financiero, medio ambiente, competencia económica, telecomunicaciones, entre otras. Aquí nos encontramos con un problema ligado a la antinomia en un primer momento, pero si finalmente la norma de conflicto determina cual es la ley aplicable, este hecho descarta a la ley mexicana. Tratándose de diferencias normativas entre uno y otro orden jurídico (de diferentes estados de la comunidad internacional) no se presentan antinomias. Existe antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.

Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

La primera condición para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición, es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.

4. CONCLUSIONES

Cuando se habla de dogmática jurídica se habla de un discurso jurídico cuyo objeto de conocimiento son aquellas prescripciones que no admiten ser contradichas como derecho; lo prescrito es lo dogmático, no lo que dice el doctrinario. Se trata del derecho vigente en un tiempo y lugar. En este sentido se toma como dogma a la Constitución, las leyes, los tratados internacionales, la jurisprudencia definida (precedentes vinculantes), etcétera.

La “buena dogmática”, la que se califica como auténtica doctrina, es aquella creada a partir de reglas de razonamiento jurídico, reglas hermenéuticas. Dentro de la buena dogmática se encuentran expresiones relevantes sobre el objeto de conocimiento; comprende, además de terminología, una doctrina racional, notable, aceptada, selecta, acreditada, etc., sobre todo, presupone una metodología. Esta es la más idónea a tomarse en cuenta por quien escribe un texto. De esta manera cabe hacer a un lado la “dogmática” vulgar, mediocre, desacreditada, basada generalmente en opiniones o intuiciones, incluso, simple práctica burocrática, ausente de razonamiento y metodología.

El discurso del doctrinario, del juez/abogado, se construye tomando como objeto de conocimiento un grupo de enunciados prescriptivos, que adscriben a una disciplina jurídica (en este caso, una disciplina propia de la dogmática jurídica). Corresponde a un conjunto de proposiciones que dicen algo acerca de un conjunto de enunciados específicos. Los elementos que compone el discurso doctrinario se presentan relacionados unos con otros (entre sí), para cumplir una función: comprender lo que el discurso prescrito dice (el objeto de conocimiento).

En esta tarea, el reformulador emplea toda su inteligencia (y poder de convencimiento) para atribuirle significados al lenguaje prescrito, incluso, recurriendo a una “concepción mágica del lenguaje”, un específico lenguaje y un específico modo de razonar.

Hemos tenido la oportunidad al exponer el tema que nos ocupa, al Derecho Internacional Privado y alguna idea de cómo se aplica, en diversas circunstancias.

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

César Alejandro Rincón Mayorga¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Constitución, Democracia y Derechos Fundamentales. 2.1. Constitución. 2.2. Democracia. 2.3. Derechos fundamentales. 3. El desarrollo interpretativo de la libertad de expresión. 3.1. Contenido de la libertad de expresión. 3.2. Límite a la libertad de expresión: real malicia. 3.3. Criterios encontrados: SCJN y TEPJF. 4. Lo que nos falta. 5. Conclusiones. 6. Fuentes Consultadas.

RESUMEN

El autor realiza un estudio pormenorizado de la libertad de expresión a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales, su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Se analiza la importancia de garantizar el libre ejercicio de este derecho en el desarrollo de una democracia, se estudia las restricciones que pueden existir en torno al mismo, teniéndose especial interés a la teoría de la real malicia. A guisa de conclusión, se reflexiona sobre los problemas que podría enfrentar a un futuro la falta de garantías jurisdiccionales a la libertad de expresión.

Palabras clave: Constitución, democracia, libertad de expresión, real malicia, restricciones, ponderación, efecto congelante, espacio de respiración.

CONSTITUTION, DEMOCRACY AND FREEDOM OF SPEECH

ABSTRACT: The author elaborates a detailed study of the freedom of speech right according to the Political Constitution of the United Mexican States, international treaties, its interpretation by the Mexican Supreme Court of Justice, the Federal Electoral Court of Mexico, the Interamerican Court of Human Rights and the Supreme Court of the United States. It is thus analyzed the importance of warranting the freedom of speech in a democracy. At the same time, the restrictions that could exist to this right are studied, paying particular attention to the doctrine of actual malice. As a conclusion, it is analyzed how an absence of judicial guarantees may affect freedom of speech.

Key words: Constitution, democracy, freedom of speech, actual malice, restriction, weighing, chilling effect, breathing space.

¹ César Alejandro Rincón Mayorga. Abogado postulante en Rincón Mayorga Román, Abogados Litigantes. Correo electrónico: cesar.rincon@rinconabogados.com y Twitter: @cescrincon

1. INTRODUCCIÓN

Para definir con precisión la actualidad de la interpretación de ese derecho y sus límites —así como de sus problemas futuros— realizaremos un estudio sobre qué es una Constitución, la democracia y la función del derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático. Así, se verificará la importancia de esta libertad en una democracia y el deber de garantizar su ejercicio. Sin embargo, este derecho se encuentra limitado por otros derechos y principios que se encuentran en la Constitución, por lo que los órganos infraconstitucionales han ido imponiendo restricciones al mismo. A lo largo de este trabajo, demostraremos que el desarrollo jurisdiccional nacional de la libertad de expresión y sus límites no es lo suficientemente claro como para lograr que este derecho sea ejercido de forma desinhibida.

Para dotar de contenido al derecho a la libertad de expresión y así definir sus límites, será preciso determinar la normativa que lo prevé. Este derecho se encuentra en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que, en el ámbito de los tratados internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos lo prevé en el artículo 13 el derecho a la libertad de expresión, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 protege el propio derecho a la libertad de pensamiento y expresión en los artículos 19 y 20.

Al analizar estos preceptos, veremos a la libertad de expresión como parte de un sistema de derechos y principios constitucionales, será ante estos otros derechos y principios donde encontrará sus límites. Haremos especial énfasis en los límites que esta libertad encuentra frente a la democracia y los derechos al honor e imagen de terceros.

Del mismo modo, verificaremos el desarrollo del derecho a la libertad de expresión de acuerdo con diversas interpretaciones realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

Hecho lo anterior, concluiremos con un análisis sobre los criterios jurisprudenciales que actualmente tratan sobre las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión frente a la democracia y los derechos de terceros a la imagen y honor. Lo anterior al tiempo que verificaremos ciertos problemas que ya se han generado en nuestro país derivado de la carencia de parámetros claros al restringir la libertad de expresión.

Así, procederemos —en un primer término— a determinar el supuesto de hecho del derecho —conocidos como los límites del derecho en el universo de derechos fundamentales—, para luego fijar las restricciones infraconstitucionales a este —mismas que son autorizadas por la Constitución—. Al determinar las restricciones impuestas al

derecho a la libertad de expresión, se asume que este existe dentro de tales límites.² Por esto la importancia de tener claramente las reglas que fijarán los límites a la libertad de expresión, lo cual deberá ser a cargo de la autoridad jurisdiccional.

2. CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

A efecto de poder elaborar el fundamento sobre el cual interpretaremos y dotaremos de contenido al derecho a la libertad de expresión a la luz de nuestra Constitución política, tratados internacionales e interpretaciones jurisdiccionales, primero es necesario sentar las bases sobre lo que debemos entender por Constitución y democracia.

En la Constitución, como producto de un proceso político, se definen las decisiones fundamentales de una nación, como la de adoptar a la democracia como el tipo de Estado.³ De ser así, entonces diversos valores cobrarían importancia en la vida diaria del Estado y la sociedad, por lo que esos valores tendrían que reflejarse en la forma de derechos tal como es la libertad de expresión y sus garantías.

Considerando esto, es preciso primero determinar los alcances de lo que debemos entender por Constitución, así como por democracia.

2.1. CONSTITUCIÓN

La Constitución puede verse como una expresión del conglomerado de los grupos existentes que ejercen el poder en ese determinado momento y dentro de ese determinado territorio, conociéndoseles a estos como los factores reales de poder.⁴

Entonces, una Constitución es la expresión política de los factores reales del poder. Sin embargo, dicha definición *Lasallista* obvia el qué establecen o qué deciden dichos factores en el pacto constitucional. Asimismo, la definición en comento no es determinante por lo que respecta a la diferencia entre la Constitución como acuerdo político y Constitución como expresión jurídico-normativa, haciéndose necesario identificar las diferencias entre uno y otro para determinar los elementos esenciales y formales de la Carta Suprema.

La Constitución es la expresión política de una sociedad en un determinado momento. Existen poderes fácticos que influyen en el proceso constituyente y, por ende, tienen como consecuencia la inclusión en la Constitución de determinados principios afines a su postura ideológica. De igual forma, se recogen elementos culturales de la sociedad en la que regirá,

² Barak, Aharon, *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Perú, Palestra Editores, 2017, pp. 44-45.

³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, España, Ed. Alianza, 2015, pp. 60-61.

⁴ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, México, Distrito Federal, Ediciones Coyoacán, 1994, p. 52.

por lo que se convierte esta en un reflejo de la misma.⁵ En todo caso, las posturas que confluyen en la Constitución serán aquellas abanderadas por los grupos que ejercen de manera real el poder; aquellos que en la sociedad ostentan el poder político suficiente para incidir, no solo en la toma de decisiones de los individuos y otros grupos sociales, sino también en las condiciones en las que estos se encuentran. Por esto, se otorgan a sí mismos, por virtud de su condición fáctica, condiciones autoritarias para interferir en el ámbito privado de otros individuos o grupos sociales.

Teniéndose en cuenta ello, aunado a la realidad cambiante de una nación en lo que respecta a los modelos económicos por los cuales se encuentra regida, las decisiones producto de tal convención tendría inmiscuido en su propia esencia los valores que los participantes en ella hubieren determinado proteger y que tienen como objeto organizar al poder político, estableciéndose de esta forma los lineamientos que se seguirán para el ejercicio de este en aras de garantizar la efectividad de las decisiones adoptadas. Estos acuerdos relativos a la organización del poder se reconocen como las decisiones políticas fundamentales y expresarán el pacto relativo a la forma de Estado así como la decisión referente al conjunto de los principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento.⁶

En sí, los valores constitucionales no atienden a las razones que imperaban al momento en que fueron recogidos en su texto, sino que estos son objetivos que una sociedad se fija a sí misma para lograr alcanzar las metas sociales comunes.⁷ Es decir, los valores constitucionales no pueden ser interpretados y fijados sus alcances con una visión originaria, pues ello dejaría de hacer funcional su esencia. La Constitución, entonces, debe interpretarse conforme a las razones que corresponden a sus fundamentos, no sólo debe tomarse en cuenta la realidad social al momento en la que fue adoptada, pues también es necesario que se visualice a esta desde su rol único en la configuración de la imagen social a través de las generaciones.⁸ Incluso, el diseño de la Constitución no termina una vez agotado el proceso constituyente, sino que este continúa mediante el desarrollo jurídico, tanto de sus derechos fundamentales como de los principios que contiene.⁹

De esta manera es como una Constitución podrá ajustarse a la realidad, lo que haría que su efectividad sea mayor dentro del Estado al que regula. De este modo, tener una Carta Fundamental que no sea una expresión fiel a los factores políticos, económicos y culturales

⁵ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 86.

⁶ Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, México, Distrito Federal, Centro de Estudios Carbonell, 2015, p. 50.

⁷ Barak, Aharon, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁸ *Ídem*.

⁹ Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009, p. 54.

que rigen un Estado, generará que la misma no cuente con valor ni sea duradera;¹⁰ además, una Constitución carecerá de legitimación en caso de no contar con los valores a los que hacemos referencia. Así obtenemos que la legitimidad de la Constitución será el presupuesto de su validez, lo que genera la eficacia de la misma.¹¹ No es correcto considerar que una Constitución será válida únicamente por virtud de su fuerza normativa, sino que es necesario que la misma sea emanada de un poder constituyente y establecida por la voluntad de ese poder, por lo que la Constitución valdrá cuando su esencia sea justa en cuanto a que a quien regula —al pueblo— es quien se la ha dado, por lo que es necesario que la fuerza y autoridad del constituyente sea reconocida socialmente.¹²

Al tener en consideración que la Constitución es el origen del sistema político y jurídico, y que la misma establece el tipo de Estado y la forma de Gobierno del Estado en el que el poder político se organizará dentro de este,¹³ podemos afirmar que las instituciones constituidas para el efecto del ejercicio del poder necesariamente deberán encontrar sus cimientos en los postulados esenciales e ideológicos de la Constitución. La Constitución dispone la forma y materia que todo acto del Estado habrá de contener, por lo que dicho pacto no solo es una regla formal, sino también de fondo por cuanto a su postulado ideológico refiere, a la cual deben circunscribirse todos los órganos constituidos.¹⁴ Aquí volvemos a recoger la necesidad de ver a la Constitución como un pacto político y jurídico que contiene valores, principios y una ideología teleológica que regulan la imagen social a través de generaciones.

De cierta forma, la Constitución determina las reglas formales y materiales a las cuales los titulares del poder deberán sujetarse, ello mediante cláusulas escritas o positivizadas.¹⁵ Es a través de estas cláusulas que se deja ver la naturaleza de la Constitución: un pacto político que tiende a organizar una sociedad así como las instituciones constituidas mediante las cuales se ejerce el poder.¹⁶ Consecuentemente, las instituciones determinadas por la Constitución se encontrarán influenciadas a la luz de dos planos, veamos: los ejes que configuran la estructura constitucional, y los elementos referentes de ésta.¹⁷

Estos postulados demuestran que la vida diaria de un Estado está sujeta a las decisiones políticas fundamentales que hubieren sido determinadas por el poder constituyente al

¹⁰ Vila Casado, Iván, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2a. ed., Colombia, Legis, 2012, pp. 3-4.

¹¹ Huerta Ochoa, *Teoría del derecho, cuestiones relevantes*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 27.

¹² Vid. Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 42-43, 137-138.

¹³ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 22-23.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2a. ed., Madrid, España, Ed. Trotta, 2010, p. 32.

¹⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷ Huerta Ochoa, Carla, “Constitución y diseño institucional”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, Número 99.

momento de haberse dado su Constitución, pero que estas decisiones serán el parámetro de actuación e imagen de la sociedad a futuro. En ese entendido, en caso de que una sociedad se dé una Constitución y decida adoptar la democracia como tipo de Estado, entonces esta decisión conllevará que se tienda al respeto de los valores democráticos, el reconocimiento de derechos fundamentales, y a la creación de un sistema electoral tendiente a facilitar el acceso de la ciudadanía al poder, por ejemplo.

2.2. DEMOCRACIA

Por su parte, el concepto de Democracia no es muy claro, algunos lo tildan de un proceso político, otros como un concepto y algunos otros como una acción colectiva; en el plano teórico no se define cómo es que pueden expresarse los diversos elementos de la misma, si estos pueden clasificarse como democracia “sustancial”, “formal”, “liberal”, “social” o “civil”.¹⁸ Sin embargo, existen ciertos elementos comunes que podemos identificar y que, para efectos de este trabajo, desarrollaremos más adelante.

La democracia es un modelo político de organización del poder dable de las vastas posibilidades existentes por lo que respecta a las clases de Estados que han existido a lo largo de la historia. Esto es, la democracia es una de las formas políticas en las que puede organizarse la convivencia social,¹⁹ pues, así como una sociedad puede establecerse como una democracia, también puede hacerlo como una aristocracia o en una autocracia.

Partiendo del supuesto de que una sociedad puede organizarse de diversas formas, todas ellas distintas entre sí, debemos empezar a diferenciar a la democracia de las demás. Así, en el plano gramatical, la “democracia” proviene de “demos” y “cratos”, vocablos que, respectivamente, significan pueblo y poder; puesto en otras palabras: el poder del pueblo.²⁰ Por lo que es este quien cuenta con la posibilidad de decidir en cualquier momento su forma de Estado y tipo de gobierno; la soberanía es popular y el soberano popular no se encuentra limitado o condicionado de forma alguna por el pasado.²¹ De acuerdo con esto, los miembros del pueblo se reconocen como pares entre sí, por lo que es este —el pueblo— quien se otorga su propio régimen de organización política y social, en el que participarán de manera igualitaria sus miembros.

No obstante, consideramos que tal definición del término en cuestión nos otorga un mero vistazo de lo que podemos entender por la democracia, por lo que es insuficiente para entender sus postulados ideológicos fundamentales. Por ello, consideramos que la

¹⁸ Bovero, Michelangelo, “Gramática de la democracia. Principios y desarrollos” trad. de Nicolás Guzmán, en Bovero, Michelangelo y Ferrajoli, Luigi, *Teoría de la Democracia. Dos perspectivas comparadas*, México, Distrito Federal, Instituto Federal Electoral, 2012, p. 44.

¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

²⁰ Ávila Ornelas, Roberto, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Transición Democrática*, México, Distrito Federal, Ed. Porrúa, 2012, p. 3.

²¹ Vila Casado, Iván, *op. cit.*, p. 433.

democracia describe una entidad política que se funda en dos componentes básicos, a saber: la participación, y la oposición.²²

Es decir, la Democracia conlleva la posibilidad de que existan medios de participación por parte de la ciudadanía. Estos medios de participación son una consecuencia del reconocimiento de las diferencias entre los participantes de dicho proceso, por lo que es necesario permitir que externen su opinión para la construcción de beneficios y la obtención de la satisfacción común. La participación de los miembros del pueblo en la vida política y social del Estado democrático es esencial para poder alcanzar el objetivo común.

Este tipo de Estado dista mucho de los modelos autocráticos en los que una sola persona es quien ejerce el poder y no se admite que otra tenga injerencia dentro del proceso político de su ejercicio, en la que es esa única persona quien asume, ejerce el poder político sin limitación alguna, y sin la participación de otras personas si quiera en la discusión pública. Así, la democracia repudia la posibilidad de que una sola persona se arroje el poder por propio y exclusivo arbitrio,²³ abriéndose el escaño del poder a una pluralidad de personas, así como a la crítica y oposición por parte de los propios miembros de la sociedad.

Al repudiarse la posibilidad de que una sola persona se arroje a sí misma todo el poder político y el arbitrio en su ejercicio, se insiste en que la democracia da la razón a la posibilidad de que exista pluralidad en el ejercicio político —la existencia de participación y oposición en el proceso democrático—, por esto, es necesario reconocer la igualdad entre los ciudadanos, ya que, sin ella, no existirían los medios adecuados para que la participación y la oposición se desarrolle libremente.

Si bien es factible obtener el elemento de la participación de la definición literal de la democracia, de la misma no se deriva el que, entre los miembros de la sociedad, existan diferencias de hecho y que tales diferencias sean igualmente válidas, obteniendo de ello la idea de la igualdad de participación. Al reconocer las diferencias entre los miembros de la sociedad como situación de hecho, así como la importancia de su participación en el desarrollo común como situación jurídica, la democracia es el modelo mediante el cual el pueblo se define a sí mismo.

A la luz de ello, se abre la puerta a un par de paradigmas referentes para el desarrollo de la democracia:²⁴ el del reconocimiento, por lo que respecta al hecho de que no todos los participantes del proceso democrático nos encontramos en circunstancias fácticas igualitarias, por ello nuestras opiniones serán diferenciadas entre sí, y el de la redistribución, por lo que respecta a la igualdad de derechos que todo individuo tiene uno frente al otro y ante el Estado para participar en los procesos democráticos y así obtener acceso igualitario a los derechos y protección a su dignidad.

²² Ávila Ornelas, Roberto, *op. cit.*, p. 3.

²³ Paniagua Corazao, Valentín, *Constitución, democracia y autocracia*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 226.

²⁴ Pérez De la Fuente, Óscar, *Por senda de justicia, inclusión, redistribución y reconocimiento*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 173-175, 188.

De esto obtenemos los ideales de igualdad y de libertad, puesto que, por un lado, tenemos la posibilidad de que una sociedad sea plural, cuente con diversas necesidades, e ideales diferenciados sobre lo que es lo justo. Por otro lado, se tiene que los miembros de la sociedad —aun cuando no tuvieren entre sí cuestiones fácticas en común— pueden participar en los asuntos comunes en igualdad de circunstancias. Todo esto deriva en que se reconozca la igualdad de derechos y oportunidades que tiene una persona frente a los demás para alcanzar lo que considere digno para sí. De un modo, la igualdad que todos tenemos en una sociedad democrática para gozar de una vida digna conlleva necesariamente la posibilidad de participar en la discusión social para alcanzar las metas ideológicas convenidas en la Constitución. Entonces, el ideal de la democracia es la discusión entre todos los potencialmente afectados, lo cual genera una dualidad: la discusión pública y la inclusión de todos.²⁵ Así, habrá de impedirse todo obstáculo al acceso a la discusión pública.

Entonces, la democracia impone la necesidad de limitar al poder y garantizar que los individuos tengamos ciertos derechos. Estas libertades burguesas —como las llama Schmitt— protegen al individuo frente al poder del Estado y, además se le permite su participación en las decisiones políticas de este.²⁶ Así, para lograr la esencia participativa de la democracia, es necesario prever límites al poder, así se garantizaría la adecuada participación ciudadana en la deliberación social.

Como medios necesarios para limitar el poder, están los derechos y libertades de las personas. Estos derechos y libertades imponen obligaciones al Estado con las que se le garantizaría a la persona una condición mínima necesaria para estar en aptitud de participar en la discusión para alcanzar los ideales teleológicos sociales. Los derechos y libertades son medios que tienen a facilitar el apego de la sociedad al ideal convenido en nuestra Constitución, lo que también es tendiente a buscar la vida digna de los ciudadanos.

2.3. DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta lo que hemos visto, la democracia es un tipo de Estado en el que el pueblo determina libremente cómo regularse a sí mismo, reconociéndose las diferencias de entre sus miembros, así como la posibilidad de participar en el desarrollo político y social. A efecto de lograr esto, se definen diversos principios y valores a los que debe tender para lograr el bienestar general. Estos postulados son recogidos en una Constitución, por lo que esta contiene una carga ideológica hacia la cual el Estado debe desarrollarse.

Una parte esencial de la democracia son los derechos fundamentales, porque estos son los que permiten el actuar libre de las personas en el desarrollo nacional. No obstante, los

²⁵ Gargarella, Roberto, “Soy escéptico a la idea de que hay que reconstruir los partidos políticos”, entrevista por Tomás Allan y Ramiro Albina, publicada en https://segundavueltarevista.com/2018/11/03/gargarella-soy-esceptico-a-la-idea-de-que-hay-que-reconstruir-los-partidos-politicos/amp/?__twitter_impression=true

²⁶ Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 78.

derechos no pueden ser absolutos, pues ello atentaría contra la misma esencia de la democracia: la libertad.

En un Estado democrático confluyen un sinnúmero de principios e intereses generales hacia los cuales la sociedad tiende a cumplir para lograr el bienestar común. Para lograr su cumplimiento, se crean instituciones y figuras jurídicas que garantizan que las acciones del Estado y de la sociedad prestan adhesión hacia su satisfacción.²⁷ Entre ese constante juego de principios, se encuentran los derechos fundamentales, por lo que su protección es de suma importancia e interés para el Estado democrático; sin embargo, como lo hemos establecido, los derechos fundamentales —así como cualquier otro principio— no son absolutos, sino que encuentran límites frente los derechos de terceras personas, así como frente al interés público, por lo que será adecuada su restricción.²⁸ En este entendido, los derechos y libertades se determinan a nivel constitucional y ahí es donde se prescribe su supuesto de hecho, así como su relación frente a los diversos derechos y principios constitucionales.²⁹

A decir de esto, el Estado podrá restringir los derechos fundamentales siempre que se encuentre el objetivo de garantizar la libertad y seguridad de los demás,³⁰ así como el bienestar de la comunidad en su conjunto. Aun cuando un principio o derecho sea considerado esencial para el Estado democrático, este se encuentra obligado a restringirlo para garantizar el ejercicio de los diversos derechos y obtención de los principios constitucionales. Si bien los derechos fundamentales son límites al poder político del Estado, debemos considerar que el poder del Estado está facultado para restringir los derechos fundamentales siempre que esas restricciones encuentren justificación para lograr la consecución de un objetivo común. Pareciere esto una especie de paradoja, pues es el propio poder —aquel al que limitamos los miembros del pueblo— quien nos está restringiendo a nosotros. Por esta razón es que la restricción no puede ser gratuita, sino que debe encontrarse justificada; a diferencia de lo que acontece con la restricción de derechos, las limitantes al Estado no deben verse acompañadas por argumentación alguna para ser consideradas legítimas.

Con esto se abre la necesidad de que las restricciones a los derechos fundamentales sean proporcionales y encuentren justificación, lo cual se logra mediante una ponderación entre principios o derechos. De acuerdo con esto, las restricciones a los derechos fundamentales se logran a través de las medidas infraconstitucionales siempre que encuentren justificación en la propia democracia.³¹ La proporcionalidad, por consecuencia, es una consecuencia de la misma democracia, siendo este el sistema de organización del poder mediante el cual se reconoce al prójimo como igual en la participación política y desarrollo social del Estado,

²⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, España, Ed. Trotta, 10a. ed., 2011, p. 110.

²⁸ Barak Aharon, *op. cit.*, pp. 191-193.

²⁹ *Ibid.*, p. 46.

³⁰ *Ibid.*, p. 208.

³¹ *Ibid.*, p. 246.

por lo que es importante garantizar que todas las personas tengamos las mismas oportunidades en la participación y ejercicio de nuestros derechos.

No es novedad que los derechos sean restringidos en aras de buscar que sus límites no interfieran con el goce y ejercicio de otros derechos, así como de la adecuada consecución de otros principios igualmente esenciales para el desarrollo común. La proporcionalidad prevé ciertas reglas para determinar que la restricción de un derecho es válida, ello se logra mediante el cumplimiento a ciertos puntos que la jurisprudencia nacional reconoce desde 2007,³² y que deriva del juicio de proporcionalidad en el que, primero, debe analizarse si la restricción del derecho debe encontrar un fin adecuado, esto es, la restricción será legítima cuando el objeto del este fuere alcanzar un valor constitucional; después, la idoneidad de la medida restrictiva, esto es, analizar si la medida se ajusta al fin para el cual fue diseñada; como tercer paso, la necesidad, la cual impone que la medida restrictiva de derechos debe ser la que menos restrinja el derecho en cuestión, siempre y cuando se logre obtener el fin adecuado, y finalmente, habrá de analizarse la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, entendiéndose esta como la relación entre los beneficios del cumplimiento del fin y la vulneración de derechos con motivo de la medida.³³ Asimismo, habrá categorías sospechosas cuyas restricciones habrán de someterse a un escrutinio estricto adicional a la ponderación,³⁴ la cual conlleva un análisis más formidable con relación a que la consecución del fin sea constitucionalmente imperioso, mayor escrutinio por lo que respecta a la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha de la medida restrictiva de derechos.³⁵

Una vez lograda la limitación de los derechos, estos son exigibles; es decir, es hasta que se define claramente la línea del alcance del derecho cuando podemos válidamente afirmar que determinada acción se encuentra tutelada por el derecho o si, por el contrario, excede a este.³⁶ Por consecuencia, igualmente podríamos determinar con claridad si determinada acción de terceros o del Estado viola o no un derecho.

³² GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg IUS 170740.

³³ *Vid.* Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2a. ed., Madrid, 2009, p. 99, y Barak, Aharon, *op. cit.*, pp. 277-278, 337, 351 y 375.

³⁴ CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO Estricto. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, p. 109.

³⁵ En relación con el escrutinio más estricto sobre la necesidad y la proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos, véase INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO Estricto CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 7/2016 (10a.), Décima época *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.

³⁶ Webber, Grégoire, C. N., *op. cit.*, pp. 103, 158-160.

Los criterios a los que acabamos de hacer referencia son los que nos ayudarán a definir la proporcionalidad y, por ende, la legitimidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales.

3. EL DESARROLLO INTERPRETATIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En un Estado del tipo democrático, es evidente que no sólo se permite la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas sobre el rumbo de la nación, sino que este ejercicio es esencial para una democracia. Así, se ha reconocido en los Estados democráticos que la libertad de expresión es un derecho fundamental de crucial importancia para el ejercicio del poder político.

3.1. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Partiendo de esta base, la Suprema Corte de Estados Unidos de América, al resolver el caso *New York Times vs. Sullivan*, y mediante la opinión escrita del Juez William J. Brennan, reconoció que la libertad de expresión es uno de los derechos más esenciales para la vida democrática. Así es, esa libertad asegura el intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por la sociedad.³⁷ El derecho a la información, lo cual va de la mano con el derecho a la libertad de expresión, no es un derecho fundamental más, es la libertad política por excelencia: estos son derechos cruciales de la sociedad democrática abierta.³⁸ Esto es así en virtud de que la libertad de expresión garantiza la libre discusión mediante la cual se busca que el gobierno responda a las necesidades sociales, obteniéndose así los cambios políticos y jurídicos correspondientes para satisfacer los deseos de la sociedad.

Mediante la libertad de expresión es válido externar opiniones sobre un determinado hecho o situación, manifestando juicios de valor sobre ello y pudiendo ser vehementemente crítico. Es mediante el debate crítico y opinable por virtud del cual se construiría el cambio estatal con el cual se satisfarían las necesidades sociales.³⁹ Esto es acorde con la esencia de la democracia: el reconocimiento de nuestras diferencias, así como la posibilidad de discutir sobre lo que consideramos mejor para nuestra vida común, siempre tendiente al cumplimiento de los factores ideológicos que son fundamento de la sociedad.

³⁷ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/106761/new-york-times-co-v-sullivan/>

³⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, "Modelo Participativo y Deliberativo", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre 2004, p. 76.

³⁹ Bertoni, Eduardo Andrés, "New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina", en Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 140.

Ante la necesidad de garantizar el debate público sobre cuestiones políticas en nuestro país —Estado democrático—, en la Constitución General se reconoció el derecho fundamental a la libertad de expresión, mismo que está relacionado con el diverso de libertad de imprenta y que están contenidos en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución.

En el ámbito de los tratados internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en el artículo 13 el derecho a la libertad de expresión; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prevé el propio derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como sus límites, en los artículos 19 y 20.

Ahora, al analizar los preceptos de la Constitución, advertimos que el derecho a la libertad de expresión no se encuentra circunscrito únicamente a cuestiones políticas. Efectivamente, los preceptos constitucionales simplemente determinan de manera genérica que las opiniones, información y pensamientos podrán ser difundidos de cualquier forma, y queda prohibida la censura.

Una vez que dotamos de contenido a este derecho constitucional con apoyo de los tratados internacionales citados con anterioridad, podremos arribar a la conclusión que la libertad de expresión comprende también el derecho a difundir representaciones artísticas. Por tal situación, afirmamos que el derecho a la libertad de expresión, de haber sido originalmente concebido como un derecho meramente político, ahora ha mutado para comprender también la protección a las representaciones artísticas. Esto es así precisamente porque tanto el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establecen que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, en forma impresa o artística.

Con el contenido que hasta aquí hemos dotado al derecho de libertad de expresión, es importante señalar que este, de acuerdo con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,⁴⁰ está compuesto por una doble dimensión: la individual y la social.

Respecto de la dimensión individual, el Estado se encuentra obligado a garantizar los canales a través de los cuales se podrán difundir las ideas y representaciones artísticas para así hacerlo llegar al mayor número de destinatarios posibles. Esta concepción de la libertad de expresión se relaciona con el desarrollo y la forma en que se externa la personalidad de las personas; esta es la manera en que las personas nos diferenciamos a los demás y exponemos: “este soy yo”.

Por su parte, la dimensión social de este derecho consagra la posibilidad de que la sociedad tenga acceso al libre intercambio de las ideas y opiniones; al fraguarse esta

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. “Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C. No. 73. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

posibilidad, entonces se tendrá un debate enriquecido de opiniones y puntos de vista. De este modo es patente la importancia de que, tanto un individuo pueda expresar su opinión sobre un tema público libremente, como la sociedad pueda ser receptora de ese libre intercambio de ideas y opiniones. Aquí es donde la libertad de expresión encuentra su función como medida para acercarnos a las metas del bienestar social preestablecidas.

Sobre este tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una línea jurisprudencial en el mismo sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efectivamente, la Suprema Corte prevé la dualidad de dimensiones de la libertad de expresión, siendo la individual precisamente esa posibilidad de que una persona pueda tener acceso a los canales a través de los cuales emite su opinión y, además, la Suprema Corte al reconocer que esta dimensión también atañe a la esencia de la libre autorrealización y autonomía de la persona, amplió, de algún modo, lo sustentado por la Corte Interamericana sobre ese mismo tema.⁴¹

Por su parte, la Suprema Corte mexicana reconoce que el sentido social o político de la libertad de expresión conlleva la circulación libre de ideas y opiniones como adición a la democracia, lo cual permite el libre debate sobre los asuntos públicos. Además de esto, la Suprema Corte reconoce que esa libertad ejerce un contrapeso importante al ejercicio del poder, pues es la opinión pública un escrutinio ciudadano de este, de este modo es como se crea la opinión pública y se pueden mantener abiertos los canales de disenso y cambio político.⁴² Incluso, el ejercicio del discurso para lograr estos fines puede ser irreverente, inconventional u ofensivo, pues ello es un medio para incitar la mayor participación ciudadana posible.⁴³ De igual modo, la Corte ha reconocido a la libertad de expresión como la piedra de toque de la existencia y calidad de la vida democrática nacional. Pues la expresión de opiniones y críticas debe ser desinhibida para mantener un control sobre las personas que detentan el poder.⁴⁴

Hemos visto hasta aquí que el derecho a la libertad de expresión comprende diversas cuestiones, pero es ello lo que nos trae a una complicación: ¿cuáles son los límites del derecho a la libertad de expresión? Está constitucional y convencionalmente reconocido que el derecho a la libertad de expresión encuentra su límite frente el derecho al honor y dignidad de terceros, así como en la seguridad nacional y el interés público. No obstante, estos límites no parecen ser claros, por lo que no tenemos total certeza o claridad de cuándo la libertad de expresión deberá ceder ante los límites ya referidos.

⁴¹ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CDXX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, p. 233.

⁴² LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN POLÍTICA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CDXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, p. 234.

⁴³ Sobre el particular, puede consultarse el proyecto de Contradicción de Tesis 247/2017 fallada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte el día 30 de abril de 2020.

⁴⁴ *Vid.* Acción de Inconstitucionalidad 45/2006.

Ante esta situación, se acepta que sean los jueces los que, caso por caso, determinen las restricciones que cada derecho fundamental deba tener en una colisión, ello sobre todo en los supuestos en que los derechos estén redactados de manera abstracta. Por ello se han construido herramientas argumentativas con las cuales se ha pretendido, por un lado, dotar de contenido a los derechos abstractos y, por otro lado, prever sus límites y restricciones frente a otros principios constitucionales.⁴⁵ Al tener en cuenta esta situación, es importante recordar que, tal como lo señaló la Suprema Corte estadounidense en *Citizens United vs. Federal Electoral Commission* 558 U. S. 310, la intervención del Estado en la libertad de expresión debe ser de tal forma que no se inhíba la libertad de poder expresar lo que piense sin miedo a ser sujeto a un proceso judicial por ello, pues esto no solo afectaría a quien se abstiene de expresar, sino a la sociedad en su totalidad.

Sorbe el particular, se ha desarrollado por el judicial estadounidense la idea de proteger la libertad de expresión de tal forma que se permita un “espacio respirable” para el ejercicio de la libertad de expresión.⁴⁶ Esto refiere a la mínima intrusión del Estado que debe existir en la libertad de expresión, lo cual podría traer como efecto el proteger algunas falsedades, pero por el bien mayor de permitir la libre circulación del discurso que importa en la democracia. Dicho de otra forma, la incidencia del Estado en la libertad de expresión debe ser de tal forma que no se “ahogue” el discurso —la discusión— que es democráticamente válida.

El excesivo control del Estado en los discursos, incluso aquellos que se encuentran al borde de la falsedad, generan un “efecto congelante” en la libertad de expresión que resultare valiosa.⁴⁷ Esto es, el Estado debe evitar un estricto control de lo que se exprese en el mercado público de las ideas, pues esto podría inhibir la expresión de comentarios, argumentos y pruebas legítimas. Esto, como ya lo dijimos, traería como consecuencia que se protejan algunas falsedades, pero el debate que debe originarse de ello es lo que tendría que demostrarlo, no así la intervención del Estado mediante la imposición de sanciones.

Insistimos en que esta apertura en el debate público podría traer aspectos negativos, sin embargo, toca al mismo mercado de ideas el que estos aspectos queden superados. Esta libertad, según sostuvo James Madison,⁴⁸ podría tener el alcance de crear facciones, entendidas estas como grupos de ciudadanos guiados por pasión cuyos intereses resulta adversos e, incluso, dañinos al resto de los ciudadanos. Estas facciones, según lo sostiene Madison, tienen su origen en las libertades, por lo que su prohibición para resolver el

⁴⁵ Vid. Dworkin, Ronald, “Igualdad, Democracia y Constitución: Nosotros, el Pueblo, en los Tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, (eds.), *Derechos, Libertades y Jueces*, México, Miguel Carbonell Sánchez, 2014, pp. 48-50.

⁴⁶ Vid. *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, *Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310, *City of Houston, Texas v. Hill*, 482 U.S. 451, *Boos vs. Barry*, 485 U.S. 312, y *PhiladelphiaNews-papers, Inc. vs. Hepps*, 475 U.S. 767, 772.

⁴⁷ Vid. *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, *Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310, y *PhiladelphiaNews-papers, Inc. vs. Hepps*, 475 U.S. 767, 772.

⁴⁸ Madison, James, *The Federalist Papers: No. 10*.

problema faccioso resulta “más caro que la enfermedad”. La solución que propone Madison, que es también adoptada por la Corte estadounidense,⁴⁹ es que el resto de ciudadanos tengan la misma oportunidad de expresar su rechazo a las ideas facciosas, para que la opinión pública se instruya y, eventualmente, rechace las que resulten perniciosas.

A la luz de todo lo hasta aquí expuesto, la libertad de expresión es uno de los derechos esenciales para la vida democrática, pues es a través de ella mediante la cual se crea una opinión pública. En razón de ello, debe garantizarse el acceso y participación de todos los que integramos la sociedad, ello con el fin de nutrir dicha discusión. Solo así es como nos reconoceremos como pares, podremos buscar la solución a nuestros problemas y lograr una sociedad más justa.

3.2. LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: REAL MALICIA

Con todo esto, la libertad de expresión encuentra un límite constitucional cuando se enfrenta con los derechos de terceros a la imagen y honor, así como frente los principios de seguridad nacional e interés público. A partir de estos límites es que las normas infraconstitucionales tendrán que fijar las restricciones adecuadas los derechos en comento, estas restricciones no solo habrán de reunir los requisitos de proporcionalidad anunciados anteriormente, sino que, además, deben someterse a un escrutinio estricto. Las restricciones a la libertad de expresión deben analizarse desde un escrutinio estricto, precisamente por la trascendencia de esta en la vida democrática.⁵⁰ La restricción debe servir a una necesidad imperiosa del Estado y su regulación debe estar perfectamente ajustada —sin vaguedades— a la consecución de tal fin.⁵¹

La Constitución no nos define cómo es que podrá restringirse la libertad de expresión, sino que simplemente nos señala su juego con otros valores esenciales para la vida democrática. Por esto, le corresponde al operador infraconstitucional definir las restricciones a la libertad de expresión y argumentar adecuadamente la proporcionalidad de su medida, porque estas no deben restringir más allá de lo estrictamente necesario a ese derecho. Máxime que, como lo hemos visto, lo que se debe buscar es desinhibir la discusión pública.

Unas de las normas infraconstitucionales que mayor empleo han tenido al momento de determinar las restricciones a la libertad de expresión son las resoluciones jurisdiccionales. Así, una de las restricciones ya jurisprudencialmente reconocidas a la libertad de expresión es desarrollado mediante la doctrina de la “malicia efectiva”, con la cual se resuelven los

⁴⁹ *Vid. Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310.

⁵⁰ *Vid. Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310., *Boos vs. Barry*, 485 U.S. 312, Acción de Inconstitucionalidad 45/2006 y Amparo en Revisión 578/2015 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte.

⁵¹ *Vid. Boos v. Barry*, 485 U.S. 312.

conflictos cuando los derechos a la libertad de expresión y al honor de una persona con proyección pública, colisionan.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la colisión de los derechos a la libertad de expresión y al honor al fallar el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.⁵² Allí, entraron en conflicto el derecho de un periodista a publicar información y opiniones de interés público relacionados con irregularidades e ilegalidades en las que había incurrido un funcionario costarricense. Sobre el particular, la Corte Interamericana diferenció la calidad de las personas que son objeto de crítica, estableció que las personas que ocupan labores de interés social se encuentran diferenciadas de las personas del ámbito privado por cuanto a la mayor resistencia que tienen frente a la crítica y escrutinio social. Ahora, estos funcionarios y personas de interés público no pierden el derecho a la protección a su imagen y honor, sino que los mismos serán protegidos acorde con los principios del pluralismo democrático.

Para dar mayor claridad a esto, se entiende que existe un sistema dual de protección tratándose de libertad de expresión. Esta teoría permite un mayor umbral de resistencia a la crítica cuando se refiere a personas que, por su labor dentro de la sociedad, ejerzan actividades de interés público, como puede ser el ocupar un cargo público o ser titular de alguna concesión para operar y explotar un servicio público. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos al fallar el asunto de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinaron que una persona que ocupa un cargo público tiene mayor resistencia a las críticas de su labor y desempeño, aun cuando estas no sean recibidas con gusto, pues su desempeño como funcionario es de especial interés para la sociedad. Lo anterior no conlleva que a estos sujetos se les prive de su derecho al honor, sino que únicamente se acepta el nivel de intromisión al mismo será mayor.⁵³ Esta intromisión permite que la discusión pública se vea beneficiada con más información necesaria para la creación de una opinión pública.

Así, para considerar que existe un ejercicio excesivo del derecho a la libertad de expresión y, por ello, una afectación al honor en perjuicio de una persona con proyección pública, es necesario demostrar la “real malicia”. La doctrina de la “real malicia” fue desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos al resolver el ya citado asunto *New York Times vs. Sullivan*. Con la resolución en cita se determina que la “real malicia” se configurará siempre que se trate de una figura pública que se diga afectada; que el declarante supiere de la falsedad de sus afirmaciones o, por lo menos, dudare de su

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C. No. 107. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

⁵³ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 38/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 538.

veracidad; a pesar de lo anterior, que el declarante hubiere emitido sus afirmaciones con temeraria despreocupación sobre su veracidad, y que lo declarado sean afirmaciones sujetas a la calificación de verdaderos o falsos.⁵⁴

En relación con el último punto, las opiniones o críticas a las aptitudes profesionales de la figura pública no podrán ser consideradas como declaraciones vejatorias sujetas al estándar de la “real malicia”.

En este entendido, podrá haber un daño en el honor de una figura pública con motivo de las declaraciones hechas por alguna persona, siempre que se demuestren los extremos enlistados anteriormente. Esto, además, se justifica porque la democracia se interesa en que no se divulgue dentro del debate social información incorrecta, lo cual podría dañar a la opinión pública y su debate. Así como es interés de la democracia el que se ejerza libremente la expresión de opiniones e imputaciones de hecho, también esta debe ser confiable para así lograr el objetivo de un beneficio común; por ello es de interés público que la libertad de expresión se ejerza diligentemente.

De algún modo, aquí vemos que entra en juego una serie de limitantes constitucionales un tanto más claras tratándose del conflicto que podría generarse entre los derechos de libertad de expresión y honor. Por un lado, vemos que el derecho al honor de una figura pública se ve restringido para que resista de manera justificada críticas a su actuar, empero, el derecho a la libertad de expresión no protege la expresión de hechos falsos y que estos sean imputados a alguna persona con el solo fin de dañarla, aun cuando sea figura pública, pues esto genera una afectación tanto al debate público como al derecho a la imagen y honor.

Para considerar válida la restricción a la libertad de expresión, debe demostrarse, a nuestro juicio, no solo la afectación y deseo de dañar la imagen de quien se sienta afectado, sino también el deseo de manipular a la discusión pública. Esto es, debe valorarse el daño causado a la imagen y honor personal, así como al debate público.

3.3. CRITERIOS ENCONTRADOS: SCJN Y TEPJF

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó, al resolver el Amparo Directo en Revisión 3111/2013, que la información que se publique debe traer consigo un razonable ejercicio de investigación comprobable encaminado a demostrar que lo difundido tiene suficiente sustento en la realidad; sin embargo, no debe imponérsele al declarante la carga desproporcionada de acreditar todos los extremos de la información publicada, por lo que se encuentra constitucionalmente protegido el error razonable, aunque sí requiere que la información que sirve como sustento a la declaración soporte un escrutinio leve de raciocinio sobre su veracidad. Incluso, sostiene la Corte, el declarante se verá liberado de toda responsabilidad siempre que acredite haber tenido una mínima diligencia en la

⁵⁴ Bertoni, Eduardo Andrés, *op. cit.*, p. 135.

información que externe.⁵⁵ Esta determinación analiza los diversos límites constitucionales de la libertad de expresión al tener en consideración los derechos de terceros a la imagen y honor. Así también el debate democrático e informado se ve protegido, pues se impediría la propagación de ideas falsas e, incluso, maliciosas.

A partir de aquí, la Suprema Corte de Justicia de la Nación empezó a definir la restricción a la libertad de expresión y al derecho al honor e imagen mediante el estándar probatorio para acreditar la real malicia. Por lo pronto, la Suprema Corte arroja la carga probatoria a quien se hubiere dicho afectado por las declaraciones hechas; esto es, el afectado debe demostrar la falsedad de lo dicho y, además, que quien declaró lo hizo con temeraria despreocupación.⁵⁶ Sobre el particular, la Primera Sala de la Corte determinó que las cargas probatorias para demostrar una violación al honor e imagen mediante el exceso de la libertad de expresión consisten en demostrar que la información difundida es falsa; que esta fue difundida a sabiendas de su falsedad; que esta fue expresada con despreocupación y con el único propósito de dañar.

Consideramos que nuestra Suprema Corte impone restricciones válidas al derecho al honor e imagen cuando colisiona con la libertad de expresión. Es cierto, se le impone al afectado demostrar hechos que sólo le constan a la persona que hubiere difundido la información que le afecta. Sin embargo, estimamos que tal imposición es correcta para evitar la propagación de procedimientos judiciales contra la libertad de expresión por personas que se hubieren sentido heridas por su ejercicio, lo cual traería un “efecto congelante” al ejercicio de la libertad de expresión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el tema del límite de libertad de expresión con la doctrina de la “real malicia” conforme a criterios internacionales y extranjeros. Incluso, sostuvo que en dicho fallo que podría haber errores en la información difundida, pero que ello no es razón suficiente para restringir la libertad de expresión y privar al mercado de las ideas, ya que es ahí donde el debate conduce a la verdad y a la plenitud de la vida democrática.⁵⁷

Adoptando la anterior postura, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el Amparo Directo 915/2016, en donde consideró que quien tiene la carga de aportar los medios probatorios idóneos para demostrar la falsedad de la información publicada en su contra, así como la temeraria despreocupación del declarante,

⁵⁵ Amparo Directo en Revisión. 3111/2013. Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala. 14 de mayo de 2014. Votado por unanimidad. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=156588>

⁵⁶ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 80/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, p. 874.

⁵⁷ Amparo Directo en Revisión. 3111/2013.

es el afectado por las declaraciones.⁵⁸ Es decir, siguiendo la línea jurisprudencial de la Suprema Corte, el Tribunal Colegiado restringió el derecho fundamental a la imagen y honor al imponerle la carga de demostrar tanto la falsedad de los delitos que se le imputaron como la falta de apoyo fáctico del declarante (temeraria despreocupación).

En este caso en particular, una persona imputó a otra haber desviado a su favor una cantidad importante de dinero de una empresa concesionaria de un servicio de transporte aéreo, es decir, le imputó la comisión de un delito. A pesar de que el declarante jamás demostró contar con pruebas que le hubieren hecho creer mediante un escrutinio razonable que dicho desvío aconteció, el Tribunal Colegiado arrojó la carga de probar su propia inocencia al afectado por las declaraciones, lo que causó una restricción a sus derechos a la imagen y honor.

Esta restricción en la imagen y honor de quien se sintió afectado fue proporcional al beneficio obtenido por mantener el escrutinio público de la labor realizada por un concesionario de instalaciones aeroportuarias. Es decir, al seguir el criterio de la Corte, el Colegiado identificó al actor de la acción civil como una persona privada con proyección pública, pues este operaba diversos aeropuertos en el país. Así, considera el Colegiado, es de interés público conocer la forma en que se ejercen las labores por parte del concesionario de ese servicio público. De esto, se obtiene que existe un fin constitucionalmente válido e imperioso para restringir el derecho al honor e imagen.

Por lo que respecta a la idoneidad, sí creemos que la restricción a la imagen y honor, en este caso en particular, es idóneo para someter a un escrutinio público a una empresa que administra y explota bienes públicos.

La necesidad nos parece adecuada, puesto que no se priva a la empresa que se siente afectada de la posibilidad de, en el debate público, demostrar que la administración de la misma es adecuada. Es decir, la restricción al derecho a la imagen y honor no es a tal grado que se impida su defensa mediante otras vías.

Por último, la proporcionalidad es igualmente adecuada, pues el beneficio obtenido para el debate público, robusto y desinhibido, es mayor a la afectación que se genera a la restricción al honor e imagen de la concesionaria. Esta última, como ya lo vimos, tendría posibilidad de protegerse mediante el ejercicio de la misma libertad de expresión donde se aclare que la administración de la empresa es pulcra. Además, esto elevaría el debate público, lo cual sería tendiente al fortalecimiento de la democracia.

De ese modo, considera el tribunal, las declaraciones hechas en el sentido de que existen malos manejos y desvíos al interior de la administración de tal empresa son válidos dentro

⁵⁸ Amparo Directo 915/2016. Mag. Víctor Hugo Díaz Arellano. Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2017. Votado por unanimidad. Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=80/0080000020071876007.doc_1&sec=Mar%C3%ADa_de_la_Cruz_Gonz%C3%A1lez__Arteaga&svp=1

del debate público desinhibido y robusto. Máxime que, según lo señala el tribunal, no se demostró que tales declaraciones eran falsas y que se expresaron con temeraria despreocupación de ello.

Conforme esto, es de concluirse que el criterio de la Suprema Corte es tendiente a proteger el libre discurso, con lo que se enriquecería la discusión pública. Asimismo, se podría inferir que la Corte permite la restricción de la libertad de expresión no solo por la afectación al honor e imagen de alguien, sino también por la afectación que pudiere generarse al debate público.

Por su parte, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió en el recurso de revisión de procedimiento especial sancionador SUP-REP-663/2018 y su acumulado SUP-REP-681/2018 que no es justo imponerle al acusado en medios de comunicación de haber cometido un delito la obligación de demostrar su propia inocencia. Sobre el particular, la Sala Superior consideró que quien ejerce la libertad de expresión es quien debe demostrar que contaba con un soporte sólido sobre la materia de la información difundida, para así demostrar la ausencia de negligencia inexcusable.⁵⁹ El caso en comento fue relativo a las acusaciones que realizó José Antonio Meade Kuribreña —entonces candidato presidencial— a Nestora Salgado García —entonces candidata a Senadora— de haber cometido el delito de secuestro. Se consideró que existió un ánimo de dañar la imagen de la señora Salgado, y, por ende, la Sala limitó la libertad de expresión.

Es de llamar la atención la anterior conclusión a pesar de que, como lo reconoce la misma Sala Superior, sí existían elementos de los cuales se desprendía —incipientemente— la posible comisión de Salgado de algún delito relacionado con la privación ilegal de la libertad. Consideramos que tal imposición hecha por la Sala Superior incide desproporcionalmente en la libertad de expresión.

Veamos, según la misma resolución de la Sala, es un hecho que se acusó ante la fiscalía local a la señora Salgado de la comisión del delito de secuestro cuando fue comandante de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en Guerrero e, incluso, fue sujeta a proceso por ello; esta cuestión es del conocimiento público según publicaciones periódicas. Es igualmente verdadero, sin embargo, que se dictó auto de libertad por lo que respecta a tales acusaciones, pues, si bien sí existió la privación de la libertad de diversas personas, estas en realidad eran “detenciones” previstas en la Ley 701 sobre Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Guerrero. Es decir, conforme a las fuentes disponibles, existe información que coincide: la señora Salgado sí privó de la libertad a diversas personas y que fue acusada por la fiscalía de Guerrero por la posible comisión del delito de secuestro.

⁵⁹ Recurso de Revisión de Procedimiento Especial Sancionador SUP-REP-663/2018 y su acumulado SUP-REP-681/2018. Mag. Reyes Rodríguez Mondragón. Sala Superior del TEPJF. 23 de agosto de 2018. Votado por unanimidad. Disponible en: http://www.te.gob.mx/Informacion_judiccial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0663-2018.pdf

La existencia de la información en comentario, a nuestro juicio, es razón suficiente y viable para traer a la arena de la discusión política una acusación como la realizada por el señor Meade. Es decir, era de interés público que se desarrollara una discusión abierta y libre sobre las acusaciones de secuestro que en su momento realizó la fiscalía guerrerense a la señora Salgado. Así, las constantes acusaciones del señor Meade podrían haber sido contestadas en la arena política y pública —no ante tribunales alejados de la proyección pública—, lo cual sería mucho más beneficioso para la formación de una opinión pública, máxime que las figuras en pugna eran dos candidatos a ocupar un puesto público.

Resultan erróneos, a nuestro juicio, los argumentos vertidos por la Sala Superior, pues estos parten de análisis jurídicos muy específicos para determinar si, jurídicamente hablando, se le puede llamar delincuente a la señora Salgado; concluye en que no es factible hacerlo y que, por ende, el señor Meade realizó los comentarios con real malicia y, por ello, se limitó la libertad de expresión. Asimismo, la Sala señala que el declarante debió consultar toda la información judicial existente relativa a la causa penal relacionada con la señora Salgado. Esto es contrario a la libertad de expresión, pues se impusieron obstáculos al libre flujo de ideas y más en materia política, y aún más tratándose de la posible participación de un candidato en la comisión de un ilícito: la ciudadanía tiene el derecho a saber qué pasó con tal cuestión; sin embargo, en el caso, simplemente se calló la discusión.

Como lo señalamos, las restricciones a derechos fundamentales han de someterse al escrutinio del juicio de ponderación. Incluso, en el caso de restricciones a la libertad de expresión, este debe ser un escrutinio estricto según lo establecido por la Suprema Corte Estadounidense, en razón de la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y libre.⁶⁰ Dicho ello, debemos entonces someter a la decisión de la Sala Superior a un doble escrutinio: un juicio de proporcionalidad estricto; no solo procederemos a hacer un análisis ordinario de la proporcionalidad de la medida, sino que debemos realizarlo a la luz de un escrutinio estricto. Así, aunado a los pasos ordinarios del juicio de proporcionalidad consistente en el fin constitucionalmente válido, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho, también tenemos que analizar que la restricción debe perseguir un fin constitucionalmente imperioso; luego, la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad imperiosa sin que sea suficiente que esté potencialmente conectada con los objetivos, y, asimismo, tenemos que realizar un análisis estricto de la necesidad de la medida, esto es, que sea la menos restrictiva de los derechos fundamentales.⁶¹

Dicho esto, en el caso en particular, según la misma resolución de la Sala electoral, la finalidad fue proteger el derecho a la imagen y honor de la señora Salgado en contra de las

⁶⁰ *Vid. Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310.

⁶¹ CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ERICTO. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, p. 109.

“calumnias” realizadas por el señor Meade. Este derecho está tutelado por la Constitución, por lo que podemos concluir en que existe un fin constitucionalmente válido. Sin embargo, este no es un fin constitucional o democráticamente imperioso que deba ser protegido y, por ello, se deba privar al electorado de una discusión política. Al contrario, tratándose de sujetos que detentan o aspiran a detentar el poder, debe privilegiarse la clase de debates que la Sala Superior acalló. En su resolución, la Sala únicamente analiza tangencialmente la afectación al derecho de la sociedad a recibir información veraz, pues tal análisis lo efectúa únicamente por lo que respecta a la individualización de la sanción impuesta al entonces candidato presidencial.⁶² Con esto se demuestra que no existió un fin constitucionalmente imperioso que motivare la decisión de la Sala electoral a restringir la libertad de expresión.

Siguiente, tenemos que analizar la idoneidad. Si bien de un escrutinio superficial, la medida consistente en restringir la libertad de expresión sí tiende a proteger la imagen y honor de quien se siente dañado por las declaraciones correspondientes. Ahora bien, tal como ya lo analizamos, la medida adoptada por la Sala no tiende a proteger un fin constitucionalmente imperioso, por ende, la medida no resulta idónea una vez sometida a un escrutinio estricto.

A continuación, analizamos la necesidad de la medida restrictiva. Si bien la medida impuesta por la Sala Superior sí tiende a proteger el honor e imagen, esto es a un costo muy alto: la privación de un debate político y público. Esto genera un efecto nocivo en la libre concurrencia de las ideas, porque a la ciudadanía se le privó de la posibilidad de tener acceso al debate que pudo haber sido consecuencia de las declaraciones sancionadas. Esto es, quizás las declaraciones sancionadas no son enteramente precisas o, incluso, conllevan falsedades en sí mismas, pero sería entonces deber de los sujetos afectados dar a conocer la verdad detrás de ello, lo cual enriquecería al electorado. Sobre esta idea, si habría una medida menos restrictiva a la libertad de expresión; por ejemplo, el impulso al derecho a la réplica, lo cual repararía la afectación a la imagen y honor, además otorgaría mayor debate a la arena pública y apoyaría a la creación de una opinión pública informada por diversos puntos de vista. Esto es, en aras de reforzar el escrutinio de la necesidad de la medida, hay que tener en consideración cómo es que se hubieren optimizado los derechos tanto al honor e imagen personales, y el derecho a la libertad de expresión. La restricción absoluta del derecho a la libertad de expresión podría traer un beneficio al honor e imagen, sin embargo, se transgrediría de manera prácticamente absoluta la libertad de expresión. En cambio, una solución como la réplica no solo protege el honor e imagen propio, sino que, además, enriquece el debate público.

Por último, analizamos la proporcionalidad propiamente hablando. En este paso hay que analizar si la afectación generada por la restricción a la libertad de expresión es proporcional al beneficio logrado en la protección al honor e imagen. La sanción impuesta no tiende a reparar el daño generado en el honor e imagen de la entonces candidata a

⁶² Página 46 de la resolución citada.

senadora, sino únicamente tiene una finalidad punitiva administrativa; sin embargo, la limitación impuesta también tendría como finalidad evitar que se continuara dañando la imagen y honor de la señora Salgado. Ahora, esto no nos parece proporcional, puesto que se priva de manera absoluta la libertad de cuestionar a una figura pública respecto de un proceso penal al cual sí estuvo sujeta y, no solo eso, también se privó la posibilidad de que se continuara con un debate sobre cuestiones que resultan de sumo interés a la sociedad: ¿cometió o no un crimen una candidata?

Además, consideramos que la medida adoptada por la Sala electoral tiene un “efecto congelante” en el desarrollo libre de las ideas, lo cual es pernicioso en un largo plazo. Esto es, quizás no vimos una inmediata afectación, pero quizás ya hubo personas que se han inhibido de expresar cuestiones similares sobre alguna figura pública por temor a ser sujeto a una sanción. La afectación a la libertad de expresión desborda al caso en concreto.

También, la restricción impuesta no establece una regla clara de cuándo declaraciones como las hechas por el señor Meade podrían ser válidas. Porque, si bien la resolución señala que sí existían elementos relacionados con el delito supuestamente cometido por la señora Salgado, la misma resolución los desestima por insuficientes. Esto es, ¿cuándo podría considerarse suficientemente soportado una afirmación? La regla de la Sala es poco clara.

Tal como lo ha sostenido la Suprema Corte, la crítica a quien ostenta el poder —en este caso, a quien aspira a él— no solo debe ser fuerte, sino también puede ser vehemente, cáustico, y desagradablemente mordaz.⁶³ Por causa de esto, debe dársele un “espacio de respiración” a la libertad de expresión; es decir, debe permitirse un espacio a la libertad de expresión que esté en el límite de lo válido, si bien podría haber falsedades derivado de ello, no hay que imponer sanciones —como la impuesta por la Sala Superior— que generen un “efecto congelante” en las expresiones que se refieran a quienes ostenten o aspiren a ostentar el poder.

4. LO QUE NOS FALTA

Hasta al día de hoy, si bien la Suprema Corte mexicana ha tomado pasos firmes hacia la protección de la libertad de expresión, no se han abordado con suficiente profundidad diversos elementos que aportan mayores garantías jurisdiccionales a la libertad de expresión. Por ejemplo, según lo ya resuelto por la Corte estadounidense, hay conceptos que podríamos adoptar en México para lograr una mejor protección a la libertad de expresión.

El “efecto congelante” al que hacen referencia los estadounidenses en las diversas resoluciones que hemos citado a lo largo de este trabajo es uno de los conceptos. Según esta idea, tenemos que ser conscientes que lo decidido en un asunto relativo a la libertad de

⁶³ *Vid.* Amparo Directo en Revisión 3111/2014, pp. 83-84.

expresión no solo tendrá efectos inmediatos entre las partes en pugna, sino que también sus efectos desbordarán hacia la sociedad. Así, la imposición de medidas restrictivas a la libertad de expresión carentes de reglas claras o de fines constitucionalmente imperiosos, tendrá el efecto de “congelar” la libertad de expresión: menos gente se animará a expresar libremente lo que creen saber por temor a ser sancionados. La idea es evitar tener este efecto en la sociedad, pues lo que debe ser es la expresión desinhibida de ideas, y críticas, más tratándose de quienes detentan o pretenden detentar el poder.

El “espacio de respiración” refiere al espacio existente entre la libertad de expresión válida y la inválida por ser falsa. Esto es, no es deber del Estado analizar de cerca toda expresión que circule en el mercado público de ideas para determinar cuál sí es legítima y cuál no. No es deber del Estado analizar si una determinada declaración cuenta con soporte jurídicamente válido, mucho menos calificar la idoneidad de tal soporte. La autoridad, por el contrario, debe permitir que esas ideas, comentarios y declaraciones circulen libremente siempre, aun cuando se encuentren cerca del límite, sea dentro o fuera, incluso, del derecho. Evidentemente, habrá casos que se podrán restringir, pero eso habrá de ser cuando es evidente el total alejamiento del límite permisible y siempre que se señale claramente cuál es este.⁶⁴

De igual modo, al proteger la libertad de expresión tan ampliamente, tenemos que aceptar la incidencia de ciertas falsedades. Esto es, gracias al “espacio de respiración”, habrá declaraciones que rayan en la falsedad o que, incluso, pudieren ser falsos pero que se encuentren protegidos por la libertad de expresión. Sin embargo, esto es preferible sobre la generación de un “efecto congelante” hacia los discursos válidos. Si el peor de los discursos es protegido, entonces también lo estará el mejor de ellos. Igualmente, habrán casos excepcionales en los que la judicatura podrá limitar la expresión de falsedades, pero en el solo supuesto en que se cumpla con el escrutinio propuesto para ello.

También tenemos que reconocer que existirán facciones generadas gracias al ejercicio libre de este derecho. Las facciones son grupos de ciudadanos alimentados por pasiones y tendientes a generar discursos soportados por ideas que pudieren lastimar a otros. El motor de estas es la misma libertad de expresión, pero el ahogar la libertad de expresión sería matar tanto a las facciones como al discurso legítimo.⁶⁵ En ese entendido, lo preferible es garantizar que el resto de los ciudadanos tenga la misma oportunidad de participar responsablemente en el intercambio de ideas y discursos, pues así es como podrá formarse una opinión pública que rechace los postulados que le resulten negativos.

Por último, tenemos que reconocer que los límites a la libertad de expresión deben ser sometidos a un escrutinio estricto en el que se justifique el fin constitucionalmente preponderante. La libertad de expresión es un elemento esencial del Estado democrático constitucional, por lo que cualquier intromisión a esta debe ser minuciosamente

⁶⁴ El llamado a cometer crímenes, sería un ejemplo.

⁶⁵ Madison, James, *op. cit.*

analizado.⁶⁶ Este análisis no ha sido abiertamente desarrollado mediante criterios obligatorios por nuestra Suprema Corte; si bien lo analiza en la Acción de Inconstitucionalidad 45/2006, el mismo no fue un objeto toral del análisis hecho por el tribunal. Por su parte, la Primera Sala sí analizó frontalmente este criterio al resolver el Amparo en Revisión 578/2015. Allí, la Corte sostuvo que toda restricción a la libertad de expresión política o constitucionalmente valiosa debe ser sometida a un escrutinio estricto para determinar su validez.⁶⁷ No obstante, este criterio no ha sido abordado de nueva cuenta por el Alto Tribunal.

De no lograr aclarar estas reglas sobre la trascendencia del ejercicio de la libertad de expresión, no podremos decir que este puede ser desinhibido. Tan es así, derivado de esta ausencia de reglas, la Sala electoral emitió un fallo que, como hemos estudiado, transgrede desproporcionadamente la libertad de expresión.

5. CONCLUSIONES

La democracia y Constitución dependen de la existencia de una sociedad plural. Esta sociedad no cuenta con una sola cosmovisión, sino con tantas como personas tenga. Habrá diferencias entre unos y otros, tendremos discrepancias, pero todos tenemos el mismo derecho a disentir, opinar y aportar. La libertad de expresión es precisamente una consecuencia de esa situación, y también aporta al enriquecimiento del debate público para la obtención de soluciones comunes. Por ello el operador infraconstitucional cuenta con el deber para garantizar el debido ejercicio de esta libertad tan esencial para la democracia.

Si bien el desarrollo del derecho a la libertad de expresión y sus límites, específicamente frente al derecho al honor e imagen, ha sido abordado en diversas ocasiones por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, las definiciones de estos órganos no han sido suficientes para fijar un estándar probatorio adecuado que sea efectivo y certero al momento de resolver y fijar con claridad los límites de la libertad de expresión. La falta de esta claridad respecto a cuáles deben ser los límites previsibles de la libertad de expresión causa que esta sea transgredida y se considere a esta como justa. En el caso del Tribunal Electoral, se han adoptado restricciones desproporcionadas en forma de cargas probatorias al derecho a la libertad de expresión.

⁶⁶ Sobre el particular, el Tribunal Pleno de nuestra Suprema Corte ya realizó un pronunciamiento, aunque tangencial, de esta cuestión al resolver la Contradicción de Tesis 247/2017 el día 30 de abril de 2020. Allí, consideró que no era necesario someter la restricción legal a la libertad de expresión analizada a un escrutinio estricto. Sin embargo, al día en que se escribe esto, no existe aún el engrose oficial, por lo que no se conoce con exactitud cuál es la postura de la Corte al respecto, porque, además, de la discusión no se desprende que se hubiere abordado esta cuestión frontalmente. La discusión está disponible en la siguiente liga: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2020-04-30/30%20de20abril%20de%202020%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>

⁶⁷ Amparo en Revisión 578/2015 del índice de la Primera Sala de la Corte.

La Sala Superior del Tribunal Electoral al ponderar la libertad de expresión frente a la libertad de expresión consideró que —a diferencia del criterio sostenido por la Suprema Corte— quien difunde información en la que se acusa a una tercera persona con proyección pública de haber cometido un delito está obligado a demostrar qué elementos lo guiaron a razonar tal situación, y no solo eso, sino que dichos fundamentos fácticos deben ser válidos y robustos a juicio de la autoridad para sustentar lo expresado.

Lo anterior es desproporcionado, puesto que, si bien se persigue un fin constitucionalmente válido (protección de derecho al honor e imagen), es idóneo para ello (la restricción de la libertad de expresión en este caso sí tiene relación con el beneficio superficial y no-imperioso que se pretende), no resulta necesario ni proporcional en estricto sentido ni constitucionalmente imperioso. Además, al someter la medida restrictiva de la Sala Superior a un escrutinio estricto, obtenemos que la decisión no fue adoptada con un fin constitucionalmente imperioso que proteger, sino que esta únicamente pretendió proteger el derecho individual de la afectada por las declaraciones. Ni la determinación establece parámetros de reglas claras sobre cuándo puede considerarse válida la libertad de expresión en casos similares a los que resolvió en la sentencia analizada.

Por ende, la solución propuesta por la Sala Superior nos parece contraria a los postulados constitucionales y atenta contra la esencia misma de la democracia, la cual es precisamente la participación de los diversos puntos de vista que confluyen en una nación sin restricción desproporcionada.

Ahora, el desarrollo interpretativo de la Suprema Corte de Justicia, si bien tiende a una mayor protección a la libertad de expresión, aún no aborda ampliamente la importancia de este derecho como esencial para la democracia. Es necesario, por ejemplo, que se tienda al reconocimiento jurisprudencial que la imposición de restricciones excesivas generaría un “efecto congelante”; que este derecho necesita de “espacio de respiración”; la posibilidad, incluso, de que se admitan ciertas falsedades o facciones en el debate, pero que estas controladas por la creación de contenido y divulgación de información certera, y que las restricciones a la libertad de expresión sean sometidas a un escrutinio estricto.

La falta de desarrollo de esta clase de conceptos deja en incertidumbre jurídica a quien ejerce válidamente la libertad de expresión, pues corre el riesgo de ser sancionado por el Estado con motivo de un análisis riguroso del ejercicio de la libertad de expresión como el realizado por la Sala Superior electoral. Es peligroso que los tribunales no impongan límites claros a la intromisión en la libertad de expresión, pues esto podría ser empleado por el autoritario para sancionar y acallar las voces críticas. En ese entendido, queda demostrado que el actual desarrollo jurisprudencial no es suficiente para lograr el ejercicio desinhibido de la libertad de expresión.

Con todo esto dicho, proponemos que el desarrollo jurisprudencial nacional relacionado con la libertad de expresión y sus límites sea tendiente a adoptar garantías jurisdiccionales a la libertad de expresión, ello desde la óptica de los conceptos que aquí estudiamos. Solo así

las resoluciones de esta clase de asuntos podrán ser tomadas a la luz de los principios democráticos decididos en nuestra Constitución.

6. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- ÁVILA ORNELAS, Roberto, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Transición Democrática*, México, Distrito Federal, Ed. Porrúa, 2012.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad, los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Perú, Palestra Editores, 2017.
- BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y Estado de derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, “Gramática de la democracia. Principios y desarrollos” trad. de Nicolás Guzmán, en BOVERO, Michelangelo y FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la Democracia. Dos perspectivas comparadas*, México, Distrito Federal, Instituto Federal Electoral, 2012.
- CARBONELL, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *Derechos, Libertades y Jueces*, México, Miguel Carbonell Sánchez, 2014.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Modelo Participativo y Deliberativo”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2a. ed., Madrid, España, Ed. Trotta, 2010.
- GARGARELLA, Roberto, “Soy escéptico a la idea de que hay que reconstruir los partidos políticos”, entrevista por Tomás Allan y Ramiro Albina, publicada en https://segundavueltarevista.com/2018/11/03/gargarella-soy-esceptico-a-la-idea-de-que-hay-que-reconstruir-los-partidos-politicos/amp/?__twitter_impression=true consultado el 26 de mayo de 2020.
- GUAISTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, México, Distrito Federal, Centro de Estudios Carbonell, A.C., 2015.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- HUERTA OCHOA, *Teoría del derecho, cuestiones relevantes*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

- ———, “Constitución y diseño institucional”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, Número 99.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, México, Distrito Federal, Ediciones Coyoacán, 1994.
- MADISON, James, *The Federalist Papers: No. 10.*, consultado en <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-10>
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín, *Constitución, democracia y autocracia*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar, *Por senda de justicia, inclusión, redistribución y reconocimiento*, México, Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 2a. ed., Madrid, 2009.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, España, Alianza Editorial, 2015.
- VILA CASADO, Iván, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*, 2a. ed., Colombia, Legis, 2012.
- WEBBER, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, 2009.

Criterios jurisdiccionales

- Acción de Inconstitucionalidad. 45/2006. Min. José Ramón Cossío Díaz. Tribunal Pleno. 7 de diciembre de 2006. Votado por mayoría de 8 votos. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=87362>
- Amparo Directo en Revisión. 3111/2013. Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala. 14 de mayo de 2014. Votado por unanimidad. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=156588>

- Amparo Directo 915/2016. Mag. Víctor Hugo Díaz Arellano. Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2017. Votado por unanimidad. Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=80/0080000020071876007.doc_1&sec=Mar%C3%ADa_de_la_Cruz_Gonz%C3%A1lez__Arteaga&svp=1
- Amparo en Revisión 578/2015. Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Primera Sala. 14 de junio de 2017. Mayoría de 4 votos. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=181157>
- Recurso de Revisión de Procedimiento Especial Sancionador SUP-REP-663/2018 y su acumulado SUP-REP-681/2018. Mag. Reyes Rodríguez Mondragón. Sala Superior del TEPJF. 23 de agosto de 2018. Votado por unanimidad. Disponible en: http://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0663-2018.pdf
- Tesis: P./J. 7/2016 (10a.), Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 10.
- Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8.
- Tesis: 1a. CDXX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 233.
- Tesis: 1a. CDXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 234.
- Tesis: 1a./J. 80/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 71, Octubre de 2019, p. 874.
- Tesis: 1a./J. 38/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro XIX, Abril de 2013, p. 538.
- Tesis: 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 25, Diciembre de 2015, p. 109.
- Proyecto de Contradicción de Tesis 247/2017 fallada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte el día 30 de abril de 2020.

Criterios de tribunales internacionales y extranjeros

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de

2 de julio de 2004. Serie C. No. 107. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. “Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C. No. 73. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf
- *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep485/usrep485312/usrep485312.pdf>
- *Citizens United v. Federal Electoral Commission* 558 U.S. 310 (2010). Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>
- *City of Houston, Texas vs. Hill*, 482 U.S. 451 (1987). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep482/usrep482451/usrep482451.pdf>
- *Philadelphia News-papers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767, 772 (1986). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep475/usrep475767/usrep475767.pdf>
- *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep485/usrep485046/usrep485046.pdf>
- *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/106761/new-york-times-co-v-sullivan/>