

Revista del  
**Instituto** de la  
**Judicatura**  
**Federal**

  
**24**  

---

**2007**



**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**  
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
ESCUELA JUDICIAL

## Número 24, 2007.

La *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* es una publicación editada y distribuida por el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Palacio de Justicia Federal, Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque, Delegación Venustiano Carranza, C. P. 15960, México, D. F.; tel. 51.33. 89.00, ext. 6659 y 6633; fax: ext. 6608.

Editor responsable: magistrado Jaime Manuel Marroquín Zaleta, Director General del Instituto de la Judicatura Federal. Número de certificado de licitud de título, 10459; número de certificado de licitud del contenido, 7373; certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del Instituto de la Judicatura Federal, en el género de publicaciones periódicas, 04-2004-102212264300-102.

Ilustración de portada: Pictograma de una de las láminas del *Códice Mendocino* que representa el proceso de enseñanza de la función jurisdiccional en el mundo azteca. El uso de este pictograma por el Instituto de la Judicatura Federal fue sugerido por el ilustre jurista e historiador José Manuel Villalpando.

Edición a cargo del Lic. Héctor Orduña Sosa  
Diseño de portada: Lic. Paloma Orona García

© 2007 Instituto de la Judicatura Federal  
ISSN (1405-8073)  
Tiraje 2,000 ejemplares

Las opiniones expresadas en esta Revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.



Formas e Imágenes, S.A. de C.V.  
Av. Universidad 1953 Edif. 2-E Coyoacán 04340 México, D.F.  
Tels./Fax: 5550-1784 5616-7117 e-mail: formas@myrealbox.com

## CONTENIDO

<b>Página de la Dirección</b>	5
-------------------------------	---

### FORO

#### **Jaime Allier Campuzano**

<i>La despenalización en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca</i>	11
--	----

#### **Ernesto Galindo Sifuentes**

<i>¿Qué es argumentar?: Retórica y lingüística</i>	31
--	----

#### **Lidiette Gil Vargas**

<i>La teoría de la infracción administrativa imputable a los juzgadores</i>	69
---	----

#### **Roberto Lara Chagoyán**

<i>El discurso narrativo en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	123
---	-----

#### **Jorge Ojeda Velázquez y J. Fernando Ojeda Montero**

<i>Los tribunales colegiados de circuito —identidad perdida—</i>	143
--	-----

#### **Martín Ángel Rubio Padilla**

<i>Usos y costumbres de la comunidad indígena a la luz del derecho positivo mexicano</i>	159
--	-----

#### **Óscar Vázquez Marín e Israel Rivas Acuña**

<i>Los juicios orales en México: ¿condición o alternativa del sistema penal acusatorio?</i>	179
---	-----

## **DERECHO Y OTRAS DISCIPLINAS**

- Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez**  
*La implicación del consentimiento informado como garantía  
constitucional en la administración de justicia* 205
- Graciela M. Landa Durán**  
*Los delitos informáticos en el Derecho penal de México y España* 233
- Jaime Manuel Marroquín Zaleta**  
*Tecnología vs. actitud crítica en la función jurisdiccional* 257
- Jean Claude Tron Petit**  
*Derecho, economía y crecimiento* 265

## Página de la Dirección

No basta ser un buen jurista para ser un buen juzgador. Un buen juzgador busca ampliar su capacidad para comprender los problemas que se le plantean, así como las situaciones vitales en que se crea la ley y en las que se aplica.<sup>1</sup> Dicho en otras palabras, el ejercicio de la función jurisdiccional enfrenta al juez con problemas complejos, cuya solución exige un conocimiento distinto a la mera comprensión formal de las normas. Esta exigencia se vuelve más apremiante en nuestro siglo, en el que la sociedad, la ciencia y la tecnología evolucionan aceleradamente, por ello; la sección temática de este número se dedica a estudios que vinculan el saber jurídico con el que proporcionan otras disciplinas:

*Derecho y medicina.* La doctora Gisela María Pérez Fuentes y la maestra Karla Cantoral Domínguez realizan un estudio sobre el alcance probatorio del consentimiento informado en materia de responsabilidad jurídica de los médicos.

*Derecho e informática.* La magistrada Graciela Landa Durán presenta un estudio de Derecho comparado sobre los delitos informáticos en México y España. Se trata de una síntesis del trabajo elaborado en el curso “Derecho Penal Económico: Cuestiones de Parte General y Especial”, que se impartió en la Universidad de Castilla-La Mancha,

---

<sup>1</sup> Vid. Agustín Pérez Carrillo, “La administración de justicia constitucional”, en Jorge Malem, J. Orozco y R. Vázquez (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-ITAM-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 113.

Toledo, España, en abril de 2007. Sobre la vinculación entre ciencia jurídica y la informática, también se incluye la ponencia que presenté en la IV Asamblea General de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, 16-18 mayo de 2007, Río de Janeiro. En la ponencia analizo la influencia de la informática en el trabajo de los secretarios y su relación con el método para la solución de los problemas jurídicos en la capacitación judicial.

*Derecho y economía.* El magistrado Jean Claude Tron Petit muestra diversos puntos en los que la economía y la ciencia jurídica se encuentran, y cómo la función jurisdiccional no es ajena al desarrollo económico de un país.

En la sección *Foro*—espacio abierto al debate, reflexión y actualización de los funcionarios judiciales—, se incluyen estudios jurídicos propositivos que, sin duda, resultarán de interés para los juzgadores y redundarán en beneficio de la impartición de justicia. Comienza esta sección con el artículo del magistrado Jaime Allier Campuzano, quien realiza un análisis crítico de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca. Nos advierte sobre la posible inconstitucionalidad de la ausencia de castigo de algunas conductas en ese ordenamiento legal.

Además, se publica la colaboración del magistrado Ernesto Galindo Sifuentes, en la que expone algunos conceptos de la argumentación jurídica y de la retórica, y explica la aplicación práctica de aquéllos en la actividad actual de los jueces y de los abogados.

También se incluye un artículo de la doctora Lidiette Gil Vargas, que sistematiza, desde la dogmática penal, el estudio de la infracción administrativa de los jueces. No sólo se trata de una propuesta en materia de responsabilidad disciplinaria, sino de un valioso desarrollo dogmático.

En su colaboración, el doctor Roberto Lara Chagoyán estudia el elemento narrativo de las sentencias y propone un rediseño de los resúmenes de las que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A partir del análisis de la estructura y funciones de los tribunales colegiados de circuito, el magistrado Jorge Ojeda Velázquez y el licenciado Fernando Ojeda Montero proponen una ampliación de las facultades de los tribunales superiores de justicia de los estados de la República.

El magistrado Martín Ángel Rubio Padilla analiza en su artículo el Derecho indígena, su relación con el ordenamiento jurídico y la forma en que las comunidades indígenas solucionan sus controversias. Análisis que sirve de base al magistrado para alertar sobre el complicado equilibrio que existe entre el respeto a la autonomía de las comunidades indígenas y la constitucionalidad de algunas de sus costumbres.

Finaliza la sección *Foro* con el artículo del consejero Óscar Vázquez Marín y el licenciado Israel Rivas, quienes analizan las iniciativas que se pretenden establecer en el sistema acusatorio y sopesan la necesidad de instaurarlas con sus consecuencias.



---

*Foro*

---



# La despenalización en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca

Jaime Allier Campuzano\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Marco legislativo. III. Análisis de la despenalización. IV. Medios de impugnación de la víctima. Conclusiones. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Entre el 12 de marzo y el 6 de julio de 2007, se llevaron a cabo en el Instituto de la Judicatura Federal, los cursos de capacitación y certificación en Justicia para Adolescentes, dirigidos a los jueces de distrito y magistrados de circuito que estamos relacionados con la materia penal.

En tales cursos hubo una participación conferencial multidisciplinaria, en la que concurrieron eminentes juristas, sociólogos, psicólogos y criminólogos. Por esa razón, las ponencias trataron de temas diversos, pero relacionados con el espíritu de la reforma del artículo 18 de nuestra Carta Magna, partiendo del marco conceptual y abordando el entorno social, económico y biológico del adolescente, así como su desarrollo psicológico, para finalmente analizar las principales características del sistema integral de justicia juvenil plasmado, hasta el momento, en el proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes.

---

\* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito.

Una vez adquiridos tan valiosos conocimientos, puedo colegir que esta jurisdicción constituye una nueva rama del derecho, con sus propios fundamentos, terminología, principios y procedimientos.

Y como muestra de la aplicación del saber asimilado, pongo a consideración de mis lectores un análisis jurídico de la despenalización establecida en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca.

## II. MARCO LEGISLATIVO

La nueva Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca (LJAE), vigente a partir del 1º de enero de 2007 y publicada en la tercera sección del *Periódico Oficial* de dicho estado el sábado 9 de septiembre de 2006, establece:

### Artículo 2. Ámbito de aplicación material.

No se procederá en los términos previstos por esta ley contra aquellos adolescentes a quienes se imputen las siguientes conductas previstas en el Código Penal para el Estado de Oaxaca.

- I. Por lo que hace a los sujetos comprendidos en el artículo 5º de esta Ley las señaladas en los artículos 160, 162, 174, 194, 200, fracción II, última parte, 202, 203, 204, 264, 326, 330, 332, 338;
- II. Por lo que hace a los sujetos comprendidos en la fracción I del artículo 5º de esta Ley, las señaladas en los artículos 317 y 390, fracción I.

Para el caso del delito de estupro previsto en el artículo 243 del Código Penal para el Estado de Oaxaca, no será considerado engaño la promesa de matrimonio formulada por el sujeto activo. En el caso de violación equiparada, en el supuesto previsto por el artículo 247, primera parte del primer párrafo, del Código Penal para el Estado de Oaxaca, sólo se procederá contra el adolescente cuando medie una diferencia de dos años de edad entre el sujeto activo y pasivo del delito.

Por su parte, la exposición de motivos de la referida Ley, en la parte conducente, establece:

Tomando en consideración la condición de los adolescentes se estimó pertinente despenalizar ciertas conductas delictivas y sólo establecer un ámbito de aplicación material directa, atendiendo a tres franjas etarias, como se encuentra previsto en la presente iniciativa de Ley, estableciendo una política criminal acorde a una realidad social para los adolescentes. Y es que en atención del principio de responsabilidad limitada, no sería legítimo hacer que los adolescentes respondan por conductas que, si bien son reprochables a los adultos, no lo son por lo que hace a los adolescentes. Se trata de manifestaciones propias del crecimiento y que tenderán a desaparecer con la edad. Tal es el caso del delito de injurias, el cual no será perseguido cuando lo cometa un adolescente.

En esta misma directiva de regulación se hizo un estudio en torno al delito de estupro, previsto y sancionado en el artículo 243 del Código Penal para el Estado de Oaxaca, y que atendiendo a las circunstancias propias del adolescente, se consideró necesario despenalizar la conducta consistente en engaño cuando se trate de la promesa de matrimonio formulada por el adolescente.

Mismo argumento cabe por lo que hace al delito de violación equiparada, en el supuesto previsto por el artículo 247, primera parte del primer párrafo, del Código Penal para el Estado de Oaxaca. En esos casos sólo se procederá contra el adolescente cuando medie una diferencia de 2 años de edad entre el sujeto activo y pasivo del delito.

### III. ANÁLISIS DE LA DESPENALIZACIÓN

Las conductas despunibles en el artículo antes transcrito son:

#### *Quebrantamiento de sanción*

Artículo 160. Se impondrá de uno a seis meses de prisión:

- I. Al sentenciado sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta.
- II. A aquel a quien se hubiese prohibido ir a determinado lugar o residir en él, si violare la prohibición.

Al respecto, cabe señalar que, por lo que concierne a la fracción I del artículo 160 del Código Penal del Estado de Oaxaca es correcta la despenalización de esa conducta típica debido a que, en el nuevo régimen

de justicia para adolescentes, la ejecución y cumplimiento de las medidas sancionadoras no corresponde a las corporaciones policíacas sino al juez de ejecución, a la Dirección de Ejecución de Medidas para Adolescentes y a las autoridades de los centros especializados (arts. 107, 108 y 109 LJAEO).

También resulta justificada la despunición de la hipótesis prevista en la fracción II del código sustantivo antes invocado, ya que el incumplimiento de la medida consistente en la prohibición en ir a determinado lugar o residir en él, de ninguna manera puede dar lugar a la comisión de un nuevo delito, sino, en todo caso, a la adecuación de la medida por incumplimiento.<sup>1</sup>

#### *Armas prohibidas*

Artículo 162. Son armas prohibidas:

- I. Los puñales, verduguillos y demás armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;
- II. Los boxers, manoplas, macanas, hondas, correas con balas, pesas o puntas y las demás similares;
- III. Las que las otras leyes designen como tales.

Injustificada resulta la despenalización del delito de armas prohibidas (ilícito penal contra la seguridad pública). Dicha conducta debe

---

<sup>1</sup> En el proyecto de la Ley Federal de Justicia para Adolescentes se establece que, durante la ejecución de las medidas, el Ministerio Público podría solicitar su adecuación, en cualquier momento, al juez de Ejecución de Medidas, cuando considere que el adolescente ha incurrido en un incumplimiento de gravedad tal que ponga en riesgo o impida la finalidad de la medida impuesta (art. 157).

El juez de Ejecución de Medidas citará a las partes a una audiencia de adecuación por incumplimiento, que se realizará dentro de los diez días siguientes a su notificación, al término de la cual determinará si hubo o no incumplimiento de la medida; en el primer caso (incumplimiento) el Juez de Ejecución podrá apercibir al adolescente para que dé cumplimiento a la medida en un plazo determinado, o bien decretar verbalmente la adecuación de aquélla; si el adolescente no cumpliera con el apercibimiento judicial, el Ministerio Público podrá solicitar la nueva audiencia de adecuación por incumplimiento; el Juez de Ejecución; deberá decretar en el acto la adecuación de la medida, si se presenta su inobservancia por parte del adolescente; el juez de Ejecución procederá a imponerle alguna medida de internamiento, atendiendo al principio de proporcionalidad (arts. 158, 159 y 160).

ser sancionada por constituir una situación de “delincuencia latente”, ya que la fabricación, venta, regalo, trafique y portación de armas prohibidas implica una potencial utilización de tales objetos con el fin de agredir. Por ello, es necesaria la intervención del Estado para corregir esa conducta antisocial del adolescente y evitar daños mayores.

*Violación de correspondencia*

Artículo 174. Se aplicarán de tres días a ocho meses de prisión y multa de cien a quinientos pesos:

- I. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no está dirigida a él; y
- II. Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no está dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido.

Este ilícito penal atenta precisamente contra la inviolabilidad y seguridad de la correspondencia, y es realizado por aquel que indebidamente abra o intercepte una comunicación escrita que no está dirigida hacia su persona.

Dejar de sancionar penalmente esta conducta no se justifica, pues además de que, en la exposición de motivos de la ley juvenil oaxaqueña, el legislador fue totalmente omiso en señalar las razones de tal proceder, lo cierto es que es necesaria la punición de dichos comportamientos antisociales por denotar irresponsabilidad e impulsividad del adolescente que atenta contra la seguridad de los medios de comunicación.

*Ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres o incitación a la prostitución*

Artículo 194. Se aplicará prisión de un mes a un año y multa de cincuenta a mil pesos:

- I. Al que fabrique, reproduzca o publique libros, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular;
- II. Al que ejecute o haga ejecutar a otros, exhibiciones obscenas, y
- III. Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal.

Estamos en presencia de un delito de peligro que lesiona la moral pública, las buenas costumbres y el pudor.

Ahora bien, con relación a la fracción I del precepto en comento, González de la Vega<sup>2</sup> señala:

El delito de ultrajes por cosas o símbolos obscenos para su existencia requiere: a) una acción de producir (fabricar, reproducir o publicar), o de circular (exponer, distribuir, transferir) cosas o símbolos obscenos (libros, escritos, imágenes u objetos). Por obscenidad se entiende, no cualquier aspecto sexual, sino la cualidad de despertar o excitar torpeza o lascivia erótica y, aparte la intencionalidad [...]. La figura supone un dolo específico que necesita demostración: conciencia del agente de que la fabricación o circulación tiende a la torpe excitación libidinosa. El delito no requiere consumación del daño, es de peligro, es previsor de la corrupción de costumbres...

Tocante a la fracción II de esta disposición, cabe mencionar que las exhibiciones obscenas son los actos de lubricidad que el sujeto ejecuta o hace ejecutar a otro.

El exhibicionismo como perversión consiste precisamente en la exhibición morbosa de los órganos genitales como medio de obtener la satisfacción sexual. En los adolescentes, por regla general, no se produce como un núcleo perverso aislado, sino asociado a otras manifestaciones, como masturbación y agresiones.

En tanto, el voyeurismo es una desviación de graficación sexual, mirando aspectos del cuerpo especialmente relacionados con las zonas erógenas. En la pubertad aparecerá con gran intensidad el deseo y la atracción hacia la contemplación de los genitales. Frecuentemente es motivo de sentimientos de culpabilidad y vergüenza.

Por otra parte, la fracción III del citado artículo exige la invitación escandalosa al comercio carnal. Invitar significa convidar, incitar a realizar la prostitución o el mencionado comercio carnal, que no es

---

<sup>2</sup> Francisco González de la Vega, *El Código Penal Comentado*, 1ª ed., México, Porrúa, 1985, p. 315 y 316.

otra cosa, según Díaz de León,<sup>3</sup> que “la compraventa del acto sexual pro vía vaginal, anal o mediante *fellatio in ore*”.

Por todo lo expuesto, no existe un motivo de peso que apoye la falta de sanción penal de estas conductas típicas, debido a que se trata de perversiones sexuales que representan una desviación de lo que en la sociedad se considera generalmente normal y que, al afectar o herir a otras personas en su dignidad e integridad física o mental, requiere la intervención estatal para su tratamiento.

#### *Lenocinio*

Artículo 200. Comete el delito de lenocinio: [...]

- II. El que induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

Este ilícito penal atenta contra la moral pública y las buenas costumbres y es cometido por quien media entre dos o más personas, de manera habitual o accidental, para que una de ellas se preste a usos de comercio carnal o prostitución para satisfacer a otra.

Es evidente que esta conducta de absoluta inmoralidad por parte del adolescente requiere la intervención de las autoridades para que éste enderece su conducta y la dirija a los valores prevalecientes en la sociedad.

#### *Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio*

Artículo 202. Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a un año y multa de cien a mil pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

---

<sup>3</sup> Marco Antonio Díaz de León, *Código Penal Federal con Comentarios*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 293.

La comisión de esta figura típica amerita necesariamente el sometimiento del autor adolescente a la autoridad, pues sólo así puede garantizarse la seguridad pública y la paz social.

#### *Revelación de secretos*

Artículo 203. Se aplicará multa de cien a tres mil pesos o prisión de dos meses a un año, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada, que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Artículo 204. Se aplicará prisión de uno a cinco años, multa de doscientos a tres mil pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, al que con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que puede resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce por virtud de servicios personales o técnicos prestados, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Resulta injustificada la despenalización de ambas figuras típicas, ya que es necesaria la intervención estatal para lograr la reparación de daños y perjuicios ocasionados por la afectación al derecho de mantener en secreto cuestiones que así convengan al gobernado.

#### *Amenazas*

Artículo 264. Se aplicarán de tres meses a tres años de prisión y multa de trescientos a mil pesos:

- I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo;
- II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.  
Este delito se perseguirá a petición de parte ofendida.

Al respecto, debe señalarse que amenazar es dar a entender, material o verbalmente, que se quiere hacer un mal futuro e injusto a otra persona en sí misma, en sus bienes, o en la persona o bienes de un tercero

relacionado. Los medios del anuncio amenazante pueden ser palabras, escritos firmados o anónimos, actos amedrentadores, etcétera.

La amenaza es un delito que atenta contra la libertad psíquica del amenazado.

Ahora bien, la intimidación de compañeros y extraños por parte del adolescente no constituye un motivo que fundamente la despunición del delito de amenazas, ya que es necesaria la presencia de la justicia juvenil para corregir esta conducta y reparar a la víctima, aunque sea por medios restaurativos o alternativos, el daño moral generado por el estado de zozobra que la alteró.

#### *Golpes y otras violencias físicas simples*

Artículo 326. Se aplicarán de tres días a un año de prisión y multa de doscientos a mil pesos:

- I. Al que públicamente y fuera de riña diera a otro una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara;
- II. Al que azote a otro por injurarlo;
- III. Al que infiera cualquier otro golpe simple.  
Son simples golpes o violencias físicas que no causan lesión alguna y sólo se castigará cuando se infieran o cometan con intención de ofender a quien los recibe.
- IV. Los Jueces podrán, además, declarar a los infractores, sujetos a la vigilancia de la autoridad, prohibirles ir a determinado lugar y obligarlos a otorgar caución de no ofender, siempre que lo crean conveniente.

La falta de sanción del delito de golpes y otros ataques peligrosos resulta inadmisibles, ya que crearía una atmósfera absolutamente permisiva que fomentaría e incrementaría la agresividad del comportamiento del adolescente; de ahí que sea necesaria la punición, aunque sea leve, pues sólo así puede prevenirse y evitarse un daño futuro de mayores consecuencias.

Corroboran lo anterior lo manifestado por los autores Papalia, Wendkos y Duskin<sup>4</sup> en el siguiente sentido: “Los psicólogos mencionan las

---

<sup>4</sup> Diane E. Papalia *et al.*, *Desarrollo humano*, 9ª ed., México, Mc-Graw-Hill Interamericana, 2004. p. 496-497.

señales potenciales de alarma que pueden evitar tragedias futuras. Los adolescentes proclives a actuar con violencia con frecuencia se niegan a escuchar a las figuras de autoridad, como los padres y los maestros; ignoran los sentimientos y derechos de los otros; maltratan gente; se basan en la violencia o las amenazas de violencia para resolver los problemas; y creen que la vida los ha tratado de manera injusta”.

### *Injurias y difamación*

Artículo 330. El delito de injurias se castigará con tres días a un año de prisión o multa de cien a mil pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Injuria es toda expresión hecha en forma verbal o escrita a toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa.

Artículo 332. La difamación será sancionada con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil pesos.

La difamación consiste en comunicar dolosamente a una o a más personas, la imputación que se hace a otra persona física o moral, en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

### *Calumnia*

Artículo 338. El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a cinco años y multa de cien a quinientos pesos:

- I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se impute;
- II. Al que presente denuncia o quejas calumniosas, entendiéndose por tales, aquellas en que su autor impute un delito a persona determinada sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido; y
- III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como autor de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la pena que a aquél se le hubiere impuesto.

En cuanto al delito de injurias, los legisladores oaxaqueños, en la exposición de motivos de la Ley de Justicia para Adolescentes de esa entidad federativa, despenalizaron lacónicamente esa figura típica, al considerar que “se trata de manifestaciones de crecimiento y que tenderán a desaparecer con la edad”. Sin embargo, aquéllos fueron omisos en señalar específicamente por qué las injurias son manifestaciones del crecimiento, así como las razones por las que desaparecen con el transcurso de los años.

Pudiera subsanarse la reticencia incurrida por la legislatura oaxaqueña y justificarse la despunición no sólo del delito de injurias, sino también respecto de otros delitos contra el honor, como lo son: difamación y calumnias, atendiendo a la psicopatología del adolescente, esto es, a las alteraciones socio-conductuales de éste, que presentan problemas de comportamiento, de aprendizaje y madurez social, determinando la aparición de conductas destructivas. Dentro de estas últimas, señala el maestro Ernesto Francisco Escalante de la Hidalga,<sup>5</sup> se encuentran: la mentira sistemática y la conducta irresponsable.

No obstante, existe un motivo de mayor peso para destipificar los mencionados delitos contra el honor no sólo en el ámbito de la jurisdicción de los adolescentes, sino también en el de los adultos. Tal motivo estriba en el hecho de que todas las recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales<sup>6</sup> coinciden en señalar que la difamación, la injuria y la calumnia penales no constituyen una restricción justificable a la libertad de expresión; de tal forma que estos tipos penales deben ser derogados y establecer, en la vía

---

<sup>5</sup> Ernesto Francisco Escalante de la Hidalga, “Psicología y psicopatología del adolescente”, en *Síntesis de los Cursos de Capacitación y Certificación en Justicia para Adolescentes*. Instituto de la Judicatura Federal, s.e., México, 2007, p. 121.

<sup>6</sup> Resolución de 27 de julio de 1999 de la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU. Declaraciones conjuntas de noviembre de 1999, noviembre de 2000 y diciembre de 2002 de los relatores especiales para la libertad de expresión e información de la ONU, la OEA y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.

civil, la reparación del daño moral para aquellos casos en que existan excesos en el ejercicio de esa libertad.

A este respecto, el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mexicano Sergio García Ramírez,<sup>7</sup> expresó en un voto razonado, al resolver el 2 de julio de 2004 el caso de Herrera Ulloa contra Costa Rica:

Despenalización no significa ni autorización ni impunidad. Esta forma de enfrentar la ilicitud parece especialmente adecuada en el supuesto (de algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto es así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querían derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta representa. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a quien le asiste el derecho y la razón. Por otra parte, la misma sentencia civil puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Así las cosas, una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita.

#### *Abandono de personas*

Artículo 317. A quien abandone a un menor o a otra persona cualquiera, incapaz de cuidarse a sí misma, o a un enfermo, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de dos a seis años de prisión, privándolo además de la patria potestad o tutela, si el inculpado fuera ascendiente o tutor de la persona ofendida. Si resultara daño alguno, se aplicarán las reglas de la acumulación.

---

<sup>7</sup> Citado por Jesús Cantú en “Leyes obsoletas”, *Revista Proceso*, México, 22 de enero de 2006, núm. 1525, p. 28 y 29.

La conducta típica estriba en la omisión de cuidado derivada de abandonar a un niño o a una persona imposibilitada para cuidarse. Es un delito de peligro.

De modo alguno puede admitirse la impunidad de este comportamiento irresponsable del adolescente, ya que al traducirse en una alteración socio-conductual, es necesario que intervenga la autoridad para reestructurar la personalidad dañada de aquél.

### *Encubrimiento*

Artículo 390. Se aplicarán de quince días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos, al que:

I. No procure, por los medios lícitos que estén a su alcance, impedir la continuación de los delitos que sepa que van a cometerse, o que se estén cometiendo, si son los que se persiguen de oficio;

Quedan exceptuados de pena aquellos que no pueden cumplir tal obligación sin peligro de su persona o intereses, o de la persona o intereses de su cónyuge, de algún pariente en línea recta o de la colateral dentro del segundo grado, y de los que no puedan ser compelidos por las autoridades a revelar secretos que se le hubiesen confiado en el ejercicio de su profesión o encargo.

Fuera de las excluyentes de responsabilidad previstas en el propio artículo en comento, no existe una causa que fundamente la despenalización de las demás conductas de encubrimiento, pues el comportamiento mentiroso e irresponsable del adolescente no puede prevaler sobre los bienes jurídicos tutelados por el delito en análisis, consistentes en la administración de justicia y la seguridad pública.

### *Estupro*

Artículo 243. A quien tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, cualquiera que haya sido el medio utilizado para lograrlo, se le impondrá de tres a siete años de prisión y multa de cien a trescientos días de salario.

Cuando la estupro fuese menor de quince años se presumirá en todo caso la seducción o el engaño.

Comentario especial merece la despenalización de la conducta consistente en engaño, cuando se trata de una falsa promesa de matrimonio formulada por el adolescente en el delito de estupro, pues, en primer término, el legislador oaxaqueño actuó dogmáticamente al no señalar alguna razón que sustentara su proceder.

Además, no tomó en consideración que, tratándose de ese fraude sexual, el medio comisivo más frecuente es el engaño, por medio del doloso incumplimiento matrimonial.

Asimismo, pasó por alto la necesidad reivindicativa de la víctima, consistente en la reparación simbólica por el daño psicológico sufrido,<sup>8</sup> de ahí que la característica criminógena de ciertos adolescentes, consiste en el incumplimiento de la palabra, de modo alguno puede justificar la no punición de esta conducta.

Por lo anterior, resulta necesaria la intervención estatal, pues sólo así puede repararse el atropello, engatusamiento o engaño sexuales a quienes, por sus pocos años de vida, están incapacitados para decidir sobre ello de manera consciente y responsable, evitando de esta manera no sólo traumas, desviaciones y lesiones en los pasivos, sino también la corrupción en la sociedad por las prácticas sexuales iniciadas en personas menores de edad o en período de inmadurez.

#### *Equiparación a la violación*

Artículo 247. Se equipara a la violación la cópula con persona menor de doce años de edad, aun cuando se hubiese obtenido su consentimiento, sea cual fuere su sexo; con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir. En tales casos la pena será de nueve a dieciséis años y multa de ciento sesenta y cinco a quinientos salarios.

Aberrante resulta ser la despunición de este delito cometido en contra de menores de doce años, sancionándose únicamente cuando medie una diferencia de dos años de edad entre el sujeto activo y el pasivo,

---

<sup>8</sup> Verónica Navarro Benítez, "Las víctimas en la Justicia para Adolescentes", en *Síntesis de los Cursos de Capacitación y Certificación en Justicia para Adolescentes*. México, Instituto de la Judicatura Federal, 2007, p. 103.

ya que no existe algún motivo racional que justifique ese proceder legislativo.

Por el contrario, estas cópulas deben penalizarse, sin excepción alguna, en virtud de la falta de madurez físico-psíquica o de la capacidad mental para entender el hecho, lo cual obliga a todos los que conozcan estas circunstancias (incluyendo a los adolescentes) a abstenerse de realizar el acceso carnal.

#### IV. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA VÍCTIMA

Dada la despenalización de los delitos antes mencionados en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca, surge la interrogante: ¿Qué medios de defensa tiene a su alcance la víctima para impugnarla?

La autoridad ministerial, ante la falta de punición de tales conductas, ineludiblemente decretará el no ejercicio de la acción penal (no acusación).

Ahora bien, los artículos 33 y 131 de la citada ley, en relación con el 220 del nuevo Código Procesal Penal de esa entidad federativa, establece a favor del ofendido y como medio de impugnación en contra de dicha determinación ministerial, un incidente judicial.

Lo anterior permite determinar que a la víctima no le queda más remedio que combatir, a través de amparo indirecto, el artículo 2º de la ley juvenil oaxaqueña por contravenir lo dispuesto por el artículo 20, apartado B, de la Carta Magna, con motivo de su primer acto de aplicación, que resulta ser la determinación ministerial de no acusación.

En ese supuesto, el quejoso (ofendido), previamente al ejercicio de la acción de amparo, no se encuentra obligado a agotar el incidente antes invocado, ya que al plantear la inconstitucionalidad de un precepto legal, se está en presencia de un caso de excepción al principio de definitividad que rige el amparo biinstancial.

Corroborar lo anterior la jurisprudencia número P/J. 128/2000 sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que aparece publicada en la página 5 del *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, diciembre 2000, bajo el texto siguiente:

ACCIÓN PENAL. EL ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, CONSTITUCIONAL, SE ERIGE EN GARANTÍA DEL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA. En la iniciativa presidencial que dio origen a la reforma al artículo 21 constitucional, que entró en vigor el primero de enero de mil novecientos noventa y cinco, se reconoció la necesidad de someter al control jurisdiccional las resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, con el propósito de garantizar los derechos de las víctimas y la protección misma de la sociedad, evitando que algún delito quede, injustificadamente, sin persecución. Del dictamen elaborado por las Comisiones Unidas de Justicia, Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en cuanto a la iniciativa en comento descuella, como elemento preponderante, la determinación de hacer efectiva la seguridad jurídica de los gobernados en lo referente a las funciones que el Ministerio Público tiene encomendadas de perseguir los delitos y ejercer la acción penal, otorgando a aquéllos la oportunidad de impugnar las determinaciones respecto del no ejercicio y desistimiento de la acción penal, para lograr, por un lado, que las víctimas de los delitos o sus familiares obtengan una reparación del daño; por otro, que se abata la impunidad; y, además, que se impida que por actos de corrupción, la representación social no cumpla con sus funciones constitucionales. A su vez, el dictamen emitido respecto de la iniciativa presidencial por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, que dio paso a la aprobación con modificaciones de la citada iniciativa, pone de relieve el propósito legislativo de elevar al carácter de garantía individual el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, para hacer efectivo el respeto a la seguridad jurídica. Esos antecedentes legislativos son reveladores del nacimiento de la garantía individual de impugnar las resoluciones de mérito, por lo que es factible lograr que, mediante el juicio de amparo, el Ministerio Público, por vía de consecuencia, ejerza la acción penal o retire el desistimiento.

Asimismo, la tesis aislada número 2a. LVI/2000 sostenida por la Segunda Sala del más Alto Tribunal del país, que aparece publicada en

la página 156, tomo XII, julio de 2000, del semanario antes mencionado, con el siguiente texto:

DEFINITIVIDAD. EXCEPCIONES A ESE PRINCIPIO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. De la interpretación literal y teleológica del artículo 107, fracciones III, IV, VII y XII, de la Constitución Federal, así como de los artículos 37, 73, fracciones XII, XIII y XV y 114 de la Ley de Amparo y de los criterios jurisprudenciales emitidos al respecto por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, se deduce que no existe la obligación de acatar el principio de definitividad que rige el juicio de amparo indirecto, cuando se reclaman los siguientes actos: I. Los que afectan a personas extrañas al juicio o al procedimiento del cual emanan; II. Los que dentro de un juicio su ejecución sea de imposible reparación; III. Los administrativos respecto de los cuales, la ley que los rige, exija mayores requisitos que los que prevé la Ley de Amparo, para suspender su ejecución; IV. Los que importen una violación a las garantías consagradas en los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución Federal; V. Leyes, cuando se impugnan con motivo del primer acto de aplicación; VI. Los que importen peligro de la privación de la vida, deportación o destierro o cualquiera de los prohibidos por el artículo 22 constitucional; VII. Actos o resoluciones respecto de los cuales, la ley que los rige no prevé la suspensión de su ejecución con la interposición de los recursos o medios de defensa ordinarios que proceden en su contra; VIII. Los que carezcan de fundamentación; IX. Aquellos en los que únicamente se reclamen violaciones directas a la Constitución Federal, como lo es la garantía de audiencia; y X. Aquellos respecto de los cuales los recursos ordinarios o medios de defensa legales, por virtud de los cuales se puede modificar, revocar o nulificar el acto reclamado, se encuentran previstos en un reglamento, y en la ley que éste regula no se contempla su existencia.

## CONCLUSIONES

La despenalización es la autorización legal para cometer la conducta prohibida por la norma o para omitir la acción impuesta por ésta. Por lo mismo, la concreción del tipo es insuficiente para establecer la antijuridicidad de la conducta. Para la existencia de la ilicitud se

necesita que la realización del tipo no esté especialmente autorizada por otra norma, o sin el amparo de una causa de justificación, esto es, que sea, además de típica, antijurídica.

Ahora bien, la nueva concepción de justicia para adolescentes, derivada de la reforma al artículo 18 de la Constitución Federal, requiere de un perfecto equilibrio entre la protección integral del adolescente y el derecho restaurativo de la víctima.

Bajo ese orden de ideas, el congreso oaxaqueño, al despenalizar varios delitos en la ley juvenil local, debió tener extremo cuidado y suficiente sustento técnico a fin de no afectar los derechos legítimos de la víctima.

Lamentablemente, tal órgano legislativo no procedió de esa manera, sino que incurrió en un dogmatismo irresponsable y, aun cuando existen verdaderas causas que justifican la despunición de algunos tipos penales, tales como quebrantamiento de sanción, injurias, difamación y calumnias, lo cierto es que no puede decirse lo mismo respecto de los delitos restantes. Situación esta última que propicia un vacío de impunidad, el cual no puede tener cabida en un Estado de Derecho y en una sociedad democrática prevalecientes en nuestro país.

Por fortuna, la parte ofendida no queda en estado de indefensión, sino que cuenta con un eficaz instrumento procesal, como lo es el amparo indirecto, para impugnar la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca, con motivo de su primer acto de aplicación, consistente en la determinación ministerial de no ejercicio de la acción penal (no acusación).

La última palabra la tendrán los juzgadores federales al conocer y resolver esos juicios de amparo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997.
- Escalante de la Hidalga, Ernesto Francisco, "Psicología y psicopatología del adolescente", en *Síntesis de los cursos de capacitación y certificación en*

- justicia para adolescentes*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2007.
- González de la Vega, Francisco, *El Código Penal comentado*, 7ª ed., México, Porrúa, 1985.
- Navarro Benítez, Verónica, “Las víctimas en la justicia para adolescentes”, en *Síntesis de los cursos de capacitación en justicia para adolescentes*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2007.
- Papalia, Diane E. *et al.*, *Desarrollo humano*, 9ª ed., México, Mc-Graw-Hill Interamericana, 2004.
- Revista Proceso*, México, 22 de enero de 2006, núm. 1525.
- Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, tomo XII, julio de 2000.
- \_\_\_\_\_ tomo XII, diciembre de 2000.

#### DISPOSICIONES JURÍDICAS RELACIONADAS

*Código Penal para el estado de Oaxaca.*

*Código Procesal Penal del estado de Oaxaca.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Exposición de Motivos de la Ley de Justicia para Adolescentes del estado de Oaxaca.*

*Ley de Justicia para Adolescentes del estado de Oaxaca.*

*Proyecto de Ley Federal de Justicia para Adolescentes.*



# ¿Qué es argumentar?: Retórica y lingüística\*

Ernesto Galindo Sifuentes\*\*

SUMARIO: I. *Conceptos fundamentales de la argumentación.* II. *¿Qué es la retórica?* III. *La retórica clásica (Aristóteles y Cicerón).* IV. *La neoretórica (Viehweg y Perelman).* V. *La importancia de la retórica en las teorías de la argumentación.* VI. *La sentencia: su estructura argumentativa.* VII. *Análisis y evaluación de la argumentación. Conclusiones. Referencias.*

## I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN

### A. ¿Qué es argumentar?

Para Anthony WESTON (2002: 13) es ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión.

Para Manuel Atienza (2001: 254) es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar.

De estas definiciones encontramos que argumentar, principalmente, es dar razones a favor de una pretensión, pero agregaríamos que no cualquier razón, sino razones correctas y aceptables por el destinatario de la argumentación que puede ser el juez, las partes, la

---

\* Artículo presentado en el Seminario Teórico Práctico de Argumentación Jurídica organizado por la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “Ministro José Fernando Ramírez”, en la ciudad de Chihuahua, Chih., el 3 de septiembre de 2007.

\*\* Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango.

autoridad, la contraparte en un debate. Además, otro elemento importante en la argumentación es la persuasión: de nada serviría aducir razones si no convencen a la otra parte en el juicio o en el debate, al parlamento, o a la misma autoridad.

## B. *Argumento*

### 1. Definición

El argumento es la expresión de nuestro razonamiento que pretende convencer a otras personas en confrontación con razones opuestas (Falcón, 2003: 54).

### 2. Partes de un argumento

Toulmin (2007: 134) nos ofrece un modelo de argumentación que se puede aplicar tanto en la motivación judicial como en la argumentación de los litigantes. Señala que en un argumento se distinguen cuatro elementos:

#### a) **La pretensión**

Es tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en la argumentación; por ejemplo, X tiene derecho a recibir la herencia.

#### b) **Las razones**

Son motivos a favor de la pretensión que sean relevantes y suficientes; son los hechos específicos del caso.

#### c) **La garantía**

Son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de la experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión. Se pueden expresar por medio juicios hipotéticos, esto es, mediante la fórmula “si... entonces...”. La diferencia entre razones y garantía es la misma que la que existe entre enunciados de hecho y normas. (Toulmin, 2007: 134).

La garantía puede estar constituida por máximas de la experiencia (Stein, 1999: 27), que pueden ser de carácter científico especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; de carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de la experiencia del juez al margen del ejercicio de su profesión. También puede estar constituida por presunciones, que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente, por definiciones o teorías, de origen doctrinal, legal, jurisprudencial (González, 2005: 61).

#### **d) El respaldo**

Puede expresarse en la forma de proposición categórica sobre hechos. Muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Son las normas, las tesis, los principios y los derechos fundamentales.

Este modelo puede ser utilizado tanto en los considerandos de una sentencia por los jueces, como en los alegatos, agravios o conceptos de violación por las partes. Veamos el siguiente ejemplo:

Las pruebas ofrecidas por el actor no deben admitirse (*pretensión*), pues en la especie, el actor no relacionó las pruebas con los hechos controvertidos (*razones*), debido a que si las partes ofrecen pruebas, entonces deben relacionarlas con los hechos de acuerdo con el principio de pertinencia y relación de la prueba (*garantía*), esto con fundamento en el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles del Estado que señala que las pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos (*respaldo*), no obstante que el recurrente sostenga que sí ofreció las pruebas conforme a la Ley (condiciones de refutación).

### *C. Argumentación*

Para Plantin (2002: 39), la argumentación es el conjunto de técnicas (conscientes o inconscientes) de legitimación de las creencias y de los comportamientos. La argumentación intenta influir, transformar o reforzar las creencias o los comportamientos de la persona o personas que constituyen su objetivo.

Para Toulmin, argumentación es la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas. (Atienza, 2004: 83).

Para Oscar Correas (1998: 219), argumentar es dar razones que justifiquen una decisión. Justificar no es otra cosa que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio, que podría ser la comunidad de juristas, en primera instancia, y la sociedad civil, en definitiva.

Para José Luis Castillo Alva (2006: 233), la argumentación consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad.

Según Habermas (2002: 185), la argumentación es un acto de habla, es un medio para conseguir un entendimiento lingüístico, que es el fundamento de una comunidad intersubjetiva donde se logra un consenso que se apoya en un saber proporcional compartido, en un acuerdo normativo y una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno.

### 1. Polemizar y argumentar

Si por polemizar entendemos suscitar un conflicto acerca de un tema y discutirlo a favor y en contra, entonces aquí hay un campo fértil para la argumentación. En este ámbito se destaca la importancia de la concepción dialéctica de la argumentación jurídica (Atienza, 2006: 250), porque sería el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, como sería una polémica, y en ese caso lo importante son los procedimientos argumentativos, así como también las normas sobre el debate que rigen el ejercicio de los papeles de defensor y oponente.

En una polémica, la argumentación es de suma importancia, porque no se puede convencer con una simple discusión acalorada sin ningún orden. Por el contrario, quien problematiza una cuestión debe estructurar formal y correctamente sus argumentos no sólo para ganar a su oponente, sino también para influir en él y convencerlo. Por lo

tanto, el oponente y el proponente deberán incluir, además, argumentos retóricos para lograr la persuasión.

## 2. Finalidad de la argumentación

La argumentación jurídica tiene como fin la justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada; es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el porqué se asume una postura.

La retórica y, ahora, la argumentación tienen como principal fin la persuasión de los interlocutores o antagonistas, en el marco y contexto de la argumentación (Vega, 2003: 238), debido a que sin persuasión o convencimiento no tendría sentido la argumentación y sería una simple explicación.

La argumentación tiene como finalidad conseguir que la tesis propuesta sea admitida por el interlocutor; o también trata de justificar una acción o un hecho; por ejemplo, cuando el legislador justifica el porqué de la aprobación de una ley (Castillo, 2006: 236).

También tiene como fin lograr la adhesión del auditorio a quien se dirige, pero se discute si la argumentación persuade o convence, (Andruet, 2003:108), debido a que persuadir significa lograr que la otra parte se adhiera a nuestra tesis, mientras que convencer se refiere a imponer nuestra tesis frente a la tesis del contrario, esto es, vencerlo.

La finalidad de la argumentación jurídica en sede judicial es determinante para que cada uno de los sujetos que intervienen en un juicio cumplan su función, y así:

- Las *partes* en el juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo con base en decisiones razonadas, las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.
- El *mismo tribunal* necesita también de razones. Por medio de argumentos bien formulados, el tribunal puede llevar a cabo un útil *autocontrol* que le permita probar la solidez de sus soluciones.

- El tribunal de *apelación* y la Suprema Corte tienen mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas. La deliberación de un caso en los tribunales de instancia superior es una especie de *diálogo* con el tribunal inferior. Este diálogo puede producir una protección jurídica máxima si y sólo si los argumentos del tribunal inferior son correctos y públicos. El diálogo se establece entre *argumentos*, y la “mejor solución posible” al caso es aquella que se basa en el conjunto de argumentos mayor y más coherente (Aarnio, 2000: 44).

Para Peczenik (2000: 84), un argumento desde un conjunto de premisas a una conclusión es bueno y la conclusión de tal argumento está justificada si las razones que pueden basarse en las premisas que abogan a favor de la conclusión tienen mayor peso que las razones que pueden basarse en las premisas y que abogan en contra de la conclusión.

### 3. Distinción entre argumentar y explicar

Para Otero Parga (2006: 116), explicar consiste en dar a conocer lo que se piensa o exponer cualquier materia, doctrina o texto con palabras más claras para hacerlo perceptible.

Para Aarnio (1991: 57), se refiere a hacer comprensible un estado de cosas, es decir, por qué se actuó de una forma determinada.

Según Atienza (2003: 31), la explicación requiere indicar motivos, esto es, los antecedentes causales de una acción.

De estas definiciones obtenemos que explicar tiene que ver con dar motivos que determinan el curso de una acción, mientras que la argumentación se refiere a dar razones, de tal suerte que los motivos pueden no ser correctos, mientras que las razones que justifican una argumentación tienen una pretensión de corrección.

#### 4. Lógica, dialéctica y retórica

##### a) Lógica

En la lógica, lo importante son las pruebas deductivas y en particular las demostrativas en las que las consecuencias son necesarias, y los argumentos son considerados como productos discursivos, autónomos e impersonales (Atienza, 2006: 250).

##### b) Dialéctica

La dialéctica se encarga de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, sea teórica o práctica; lo que importa son los procedimientos argumentativos y las normas que gobiernan y dirigen el ejercicio de los papeles defensor u oponente (Atienza, 2006: 250). Es la que se desarrolla, por ejemplo, en el debate argumentativo.

##### c) Retórica

La retórica se encarga de los procesos de argumentación en los que desempeña un papel principal la comunicación personal dirigida a inducir ciertas creencias o disposiciones, o a provocar determinadas reacciones y actuaciones (Atienza, 2006: 250).

##### d) Diferencias entre la argumentación lógica y la retórica

- La lógica formal elabora su propio lenguaje artificial (sistema de signos, axiomas y reglas de transformación), con el fin de evitar toda ambigüedad y lograr univocidad. La teoría de la argumentación emplea el lenguaje natural y cuenta con la carga emotiva de éste para influir en el auditorio.
- La demostración apunta a la verdad. La argumentación, a la adhesión.
- La lógica formal llega a una verdad que es reconocida por todos y es siempre la misma. La intensidad de adhesión a la tesis a que llega la argumentación es susceptible de aumentarse.
- Los datos que maneja la lógica formal son presentados como claros y significativos. Por tanto no existen problemas

de interpretación. En la teoría de la argumentación revisite gran importancia la selección de datos, su interpretación y significación.

- En la lógica formal, la repetición no tiene lugar. En la teoría de la argumentación es importante porque favorece la presencia de las tesis en la mente de los auditores.
- En el razonamiento demostrativo, el papel del orador es reducido al mínimo. En la argumentación cobra importancia desde el momento en que se establece una interacción entre orador y discurso.
- El razonamiento corto es más elegante en la demostración. En la argumentación, la amplitud que establece solidaridad entre diferentes premisas contribuye mejor a la persuasión.
- Si bien existe orden en la demostración formal, su importancia es limitada porque las variantes son equivalentes siempre que se respete la regla de inferencia aceptada. La adhesión a una tesis depende, en gran medida, del orden de los argumentos que propone el orador, porque de acuerdo con ello se condiciona al auditorio.
- Reconocida la verdad de las premisas, la prueba demostrativa es más convincente y definitiva. En la argumentación, la adhesión a las tesis siempre es susceptible de ser sometida a revisión.
- Admitidos determinados axiomas y reglas de deducción, el resultado a que se llega a partir de ellos en el sistema formal siempre es igual. En la retórica, el conjunto de argumentaciones siempre variables en fuerza y pertinencia nunca llega a idénticas conclusiones (Manassero, 2001: 185).

#### e) Diferencias entre argumentación dialéctica y retórica

- En la retórica priman los discursos largos, a diferencia de lo que ocurre en la dialéctica.
- En la dialéctica existe oportunidad de examinar los pros y contras de una situación, mientras que la argumentación retórica tiene un carácter más unitario, es unidireccional.

- La dialéctica está más vinculada a la filosofía, al descubrimiento de la verdad, mientras que la retórica se inclina más hacia la literatura, la psicología, la política, las figuras de dicción y de las emociones.
- Las reglas que rigen a la dialéctica son normas de comportamiento que gobiernan la conducta de los participantes en el juego dialéctico, esto es, los tipos de actos de lenguaje y las cargas de argumentación que se asumen, mientras que las reglas de la retórica se refieren a reglas técnicas que muestran de qué manera hay que producir y presentar un discurso para que resulte persuasivo.
- La contradicción y la negación juegan un papel central en la dialéctica, en las que una de las partes se esfuerza por mantener su tesis, mientras que el oponente busca la contradicción del adversario; por otro lado, la retórica se centra en encontrar argumentos y exponerlos en forma adecuada (Atienza, 2006: 261).

## 5. La argumentación del juzgador y la del litigante

A pesar de que tanto la argumentación del juzgador como la del litigante tienen como lugar común el convencer respectivamente a las partes y tribunales de segunda instancia, estas presentan diferencias.

La argumentación que realizan los jueces al momento de motivar una sentencia es diferente a la argumentación que realizan los abogados en los diferentes momentos del juicio y así podemos señalar las siguientes diferencias:

- El juez toma una decisión; el abogado toma una postura.
- El juez trata de justificar; el abogado trata de convencer.
- El razonamiento del juez es objetivo (imparcial); el razonamiento del abogado es subjetivo (parcial).
- El juez trata de fundamentar y justificar con leyes; el abogado trata de demostrar con pruebas.
- El juez utiliza argumentos veraces y justificables; el abogado utiliza argumentos falaces y no demostrables.

- El juez utiliza argumentos formales; el abogado utiliza argumentos retóricos.
- Además, como el papel de los abogados es el de asesoría y defensa de una posición interesada que reclama la satisfacción de una pretensión jurídica, los abogados acomodan la versión presentada por su cliente, de tal forma que resulte amparada por el sistema legal a efecto de lograr dicha declaración por parte del juez al momento de sentenciar (León, 2005: 25).
- Mientras que la argumentación del juez requiere una dosis más fuerte de imparcialidad, objetividad y discreción, el razonamiento de los abogados es interesado, parcial y revela sólo los hechos y aspectos normativos favorables a la pretensión que defiende (León, 2005: 25).

## II. ¿QUÉ ES LA RETÓRICA?

### A. *Definición*

Para Helena Beristáin (2004: 26), es el arte de elaborar discursos gramaticalmente correctos, elegantes y sobre todo persuasivos.

De lo que se concluye que la retórica es:

- El arte o la técnica del saber sobre los argumentos que buscan persuadir.
- Arte de la refutación y de la confirmación.
- Estudia los medios de persuasión.
- La retórica utiliza razonamientos entimemáticos.
- La dialéctica emplea razonamientos silogísticos.

### B. *Partes de la retórica*

#### 1. La invención

La invención abarca lo relativo a la concepción del discurso, al hallazgo de las ideas generales, los argumentos, los recursos persuasivos (Beristáin, 2004: 427).

Esta es la parte de mayor carga creativa por parte del rétor, que a su vez examina cada una de las otras operaciones desde el punto de vista del emisor, del receptor y del mensaje mismo (Carmona, 2005: 36).

## 2. La disposición

Se entiende como la prudente disposición que hacemos de las ideas y partes del discurso, dando a cada cual su lugar (López, 1997: 35).

En esta fase se distribuye el contenido del discurso en los apartados siguientes: exordio (que integra la proposición, división e insinuación), la narración, la argumentación (que contiene confirmación y refutación) y el epílogo (con peroración) (Carmona, 2005:37).

## 3. La elocución

La elocución analiza cuanto atañe a verter la argumentación en oraciones gramaticalmente correctas, en forma precisa y clara con el objeto de que sirvan para convencer; y en forma elegante, con el fin de que logren causar un impacto psicológico que conduzca a la persuasión. (Beristáin, 2004: 427-428).

Esta es la etapa de pulimento y depuración gramatical, la cual está integrada por dos actividades, que se denominan *electio* (elección de expresiones y figuras pertinentes) y *compositio* (redacción y construcción del texto) (Carmona, 2005: 37).

En esta fase se presenta el discurso de manera atractiva y, por ello, el discurso debe tener ciertas cualidades:

- *Puritas* o claridad de expresión.
- *Ornatos* o embellecimiento del texto mediante tropos y figuras, bien sean de dicción o de pensamiento.
- *Urbanitas* o elegancia de estilo (Atienza, 2006: 272).

## 4. La memoria

La memoria propone métodos mnemotécnicos de aprendizaje de la pieza oratoria y de los discursos en general (Beristáin, 2004: 428).

## 5. La expresión (pronunciación)

La expresión recomienda procedimientos para modular y hacer valer la voz, combinándola con los gestos, durante el tiempo en que el discurso se profiere (Beristáin, 2004:428).

También llamada *actio*, era la puesta en escena del orador al recitar su discurso, es la entrega del discurso del rétor a la audiencia, el acto mismo de persuadir, es la realización verbal del discurso (Carmona, 2005: 37).

### C. Retórica y argumentación

Tanto en la retórica como en la argumentación, lo más importante es la persuasión del auditorio a quien se dirige el discurso; sin embargo, presentan las siguientes diferencias:

- La retórica hace más énfasis en el discurso hablado, mientras que la argumentación en el escrito, sobre todo, en el de los jueces.
- La retórica distingue tres géneros del discurso: el deliberativo, el judicial y el epidíctico; en cambio, en la argumentación, la importancia otorgada al deliberativo es mínima, y nula en el género epidíctico.
- Como parte de la retórica se estudia la elocuencia, la belleza del discurso y la memoria para la ejecución del discurso; por su parte, la argumentación no se interesa por estos temas.

## III. LA RETÓRICA CLÁSICA

### A. La retórica de Aristóteles

#### 1. Definición

Aristóteles (1990: 173) señala que la retórica es útil y su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso; y por eso la define como la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer.

## 2. Componentes del discurso

En la retórica, el discurso consta de tres componentes:

- I. El que habla (el orador), el cual deberá tener las siguientes condiciones:
  - El *status* que le reconozca la comunidad a quien dirige el discurso.
  - El conocimiento objetivo sobre la cosa que argumenta.
  - Que la presentación no sea maligna ni falaz.
  - Capacidad de verdadera adaptabilidad al auditorio. (Andruet, 2003: 294).
  
- II. Aquello de lo que habla (el discurso).
  
- III. Aquel a quien se habla (el auditorio) (Aristóteles, 1990: 193) y que tendrá las siguientes características:
  - Disposición del auditorio para ser persuadido.
  - Predisposición a escuchar.
  - Reconocerse implicado y solidarizado con el orador. (Andruet, 2003: 296).

## 3. Géneros del discurso

### a) Deliberativo

Es la deliberación que se hace ante la asamblea y lo propio de este género es el consejo y la disuasión.

El discurso deliberativo es propio de asambleas públicas y privadas. Se emplea para exhortar a los oyentes a tomar una decisión orientada en algún sentido preciso, o bien para disuadirlos de adoptar una resolución. Su finalidad es elegir entre lo conveniente y lo perjudicial, o lo legal y lo ilegal, o lo placentero y lo enojoso, en relación con eventos futuros. Versa sobre asuntos públicos tales como finanzas (impuestos, comercio), política exterior (alianzas, tratados, guerra y paz, defensa territorial) (Beristáin, 2004: 427).

### **b) Judicial**

Es el discurso que se realiza ante el juez y lo propio es la acusación o la defensa.

El discurso judicial o forense versa sobre la justicia o injusticia de hechos pretéritos cometidos por un sujeto a quien se acusa o se defiende. Su finalidad es ventilar juicios y litigios o pleitos ante el juez. Los jueces y el público constituyen la audiencia. Su argumentación requiere agilidad: se desarrolla con base en entimemas (Beristáin, 2004: 427).

### **c) Epidíctico**

Es el que se realiza ante el pueblo en un funeral o en contra de un gobernante y lo propio es el elogio y la censura (Aristóteles, 1990: 194).

El discurso epidíctico o demostrativo constituye elogio exaltante de las cualidades y la figura de un hombre público, o bien el vituperio que minimiza el mérito y aumenta los defectos de un enemigo. Se pronuncia en honras fúnebres, efemérides, consolaciones, peticiones, sermones moralizantes. Se dirige a un público espectador. Su razonamiento suele ser inductivo y se desarrolla con base en comparaciones amplificatorias (los mismos ejemplos del género deliberativo) (Beristáin, 2004: 427).

## **4. Partes del discurso**

### **a) El exordio**

Es el comienzo del discurso, es la preparación para lo que sigue después. La función más necesaria del exordio es mostrar la finalidad por cuya causa se dice el discurso (Aristóteles, 1990: 559).

El exordio, según Aristóteles, persigue el fin de dar al juez una muestra del tema que el orador se presta a tratar; debe mostrar la finalidad del discurso y debe preparar al juez sobre lo que no conoce (Martineau, 2000:13).

#### **I. Elementos del exordio**

- *La división* es la enumeración ordenada de nuestras proposiciones y las de nuestros adversarios; sirve para advertir

al juez sobre lo que se va a hablar, es decir, sobre el objeto del debate judicial y establece el punto de la división (Martineau, 2000: 33).

- *La insinuación* es una manera indirecta de penetrar en el espíritu de los magistrados, introduciendo la causa; se opone al exordio directo; conviene minimizar desde el comienzo los hechos (Martineau, 2000: 18).

## II. Clases de exordio

- Exordio por insinuación

Para TRAVERSI (2005:113), el exordio por insinuación tiene por objeto llegar al ánimo del que escucha por estas cuatro vías indirectas:

- hablando de nosotros mismos;
  - hablando de nuestros adversarios;
  - hablando de los jueces, en otras sentencias;
  - hablando del imputado y la causa.
- Exordio directo (Martineau, 2000: 18).

## III. Temas del exordio

- Los sujetos del litigio.
- Los jueces o autoridades.
- La causa. (Martineau, 2000: 15).

## IV. Reglas del exordio

- El exordio debe ser acorde con la causa, esto es, proporcionado.
- Debe haber moderación en el estilo, en las ideas y en la voz.
- Se compone al final del estudio. (Martineau, 2000: 20).

## V. Errores del exordio

- Exordio banal.
- Exordio común.
- Exordio de intercambio.
- Exordio contraproducente. (Martineau, 2000: 21).

## b) La narración

La narración es por partes, ya que hay que pasar sucesivamente por todos los hechos de que se compone el discurso (Aristóteles, 1990: 571).

Es una información que se proporciona a los jueces y al público acerca del problema que se ventila, y sirve de base para la parte decisiva del discurso, que es la argumentación (confirmación y refutación). Los elementos de la narración son el tiempo, el lugar, las acciones, los medios, la manera y el fin. Hay diversos tipos de disposición del orden de las acciones, de los cuales el más usual e importante es el orden cronológico.

La narración debe ser sucinta, sin digresiones, clara, verosímil, estimulante. A partir de la narración se generan las pruebas de la confirmación, que es la parte siguiente. La narración es necesaria en el género judicial y en el demostrativo, donde los hechos fundamentan la acusación o defensa y los elogios, respectivamente, pero es prescindible en el género deliberativo (Beristáin, 2004: 158-159).

La narración puede ser hecha más de una vez de tal manera que pueda ser confrontada con cada prueba, debido a que la narración precede a la prueba, y por ende puede ser útil en algunas circunstancias volver sobre los hechos narrados y poner de manifiesto el objetivo al confrontarlos con elementos probatorios (Ghirardi, 2001: 96).

Cualidades de la narración:

- *Brevedad*. Debe estar siempre en el centro de las preocupaciones del orador al redactar la narración, sobre todo cuando la causa es compleja y difícil (Martineau, 2000: 24).
- *Verosimilitud*. Se debe evitar lo que no parezca natural al orador o contrario a las buenas costumbres y velar sobre todo por la concordancia lógica de cada uno de los elementos del relato, que también se deben aplicar al tiempo, los lugares y la naturaleza de la causa, así como a los argumentos alegados en las otras partes del discurso.
- *Claridad*. La narración es inteligible o lúcida cuando está compuesta por términos apropiados y significativos, que no sean

- rebuscados ni extraordinarios y cuando el orador distingue los diferentes elementos de su relato, las cosas, las personas, el tiempo, los lugares y los motivos (Martineau, 2000: 27).
- *Magnificencia*. La narración debe engrandecer y ensalzar los hechos; esta cualidad se presenta sobre todo en los juicios orales.
  - *Evidencia*, así como la conveniencia y la dignidad que están presentes en cualquier discurso (Ghirardi, 2001: 95).

### c) La demostración

Las pruebas por persuasión deben ser demostrativas. Como son cuatro los temas sobre los que cabe un litigio, es necesario que la demostración se aplique sobre el punto de litigio al que corresponde la prueba (Aristóteles, 1990: 580).

La demostración contiene el establecimiento de pruebas, suministra razones que procuran convencer. Algunos tratadistas consideran que forma parte de ella la refutación, otros la han visto como independiente.

En toda demostración se deberán acompañar:

- Las pruebas;
- Los razonamientos como:
  - la deducción,
  - el epiquerema,
  - la inducción y
  - la analogía.

El orden de los argumentos es importante.

Aristóteles (1990: 290) distinguía en la demostración las pruebas que no eran propias del arte de la retórica y que consistían en

- Las leyes,
  - en las que se tomaba en cuenta la equidad, la justicia;
  - ya Aristóteles se refería a los problemas de aplicación del derecho como son las antinomias y ambigüedades, y recomendaba utilizar su sentido como mejor conviniera al orador.
- Los testigos, entre los que diferenciaba:
  - los antiguos y los recientes;

- los testigos sobre cosas del pasado y sobre cosas del futuro;
- los hombres ilustres;
- testigos acerca de cuestiones tales como si sucedió o no, o si existe o no.
- Los contratos.
  - Dependiendo si convienen o perjudican a la causa: amplificar o anular su importancia.
  - Hay que tomar en cuenta si se hacen según las leyes o si no, para atacar su validez.
- Las confesiones bajo tortura.
  - Los que están forzados resisten para no decir la verdad o engañan fácilmente para acabar más de prisa.
- Los juramentos.
  - Hay que distinguir si se aceptan y se prestan, o bien no se aceptan ni se prestan, o se prestan pero no se aceptan, o se aceptan pero no se prestan; además, hay que distinguir si proviene de uno o del adversario.
  - No se les puede dar mucha importancia porque es fácil cometer perjurio.
  - También se refería a las pruebas que son propias de la retórica (Aristóteles, 1990:404) y que son:
- El ejemplo
  - Clases de ejemplo:
    - Referir un hecho que ha sucedido antes;
    - Inventarlo uno mismo por medio de la parábola y las fábulas.
- Las máximas.
  - Es una aseveración en sentido universal sobre las cosas que se refieren a la acciones y son susceptibles de elección o rechazo en orden a la acción.
  - Clases de máximas:
    - las que van con epílogo o sin él;
    - las que expresan algo controvertido necesitan de la demostración;
    - las que tratan de algo conocido de antemano, y las que son comunes.

- Son útiles porque los oyentes se sienten complacidos por opiniones universales que ellos tienen.
- Los entimemas
  - El entimema es a la retórica lo que el silogismo es a la lógica.
  - Parten de elementos que sean pertinentes o lugares comunes, tópicos.
  - Cuantos más elementos pertinentes contenga, más fácil será hacer la demostración.
  - Especies de entimemas:
    - los demostrativos de algo que es o no es y parten de premisas acordadas, y
    - los refutativos que se deducen a propósito de lo que no hay acuerdo.

#### d) La refutación

La refutación es una anticipación o una respuesta que objeta los argumentos del contrario.

La impugnación forma parte de las pruebas por persuasión, ya sea por medio de una objeción, ya sea por medio de un silogismo (Aristóteles, 1990: 586).

#### I. Modos de refutación

##### – *Ad rem*

Demostramos que la tesis no se adecua a la naturaleza de las cosas, la verdad objetiva.

##### – *Ad hominem*

Demostramos que la tesis no concuerda con las afirmaciones del adversario, la verdad subjetiva.

#### II. Métodos de refutación

##### – Refutación directa

- Ataca a la tesis en su fundamento base
- Demuestra que la tesis no es verdadera porque:
  - los fundamentos de su afirmación son falsos;
  - admitimos los fundamentos, pero atacamos la consecuencia, la deducción.

- Refutación indirecta
  - Ataca a las consecuencias de la tesis;
  - Se emplea:
    - La apagoge. Asumimos la tesis como verdadera y después demostramos que la consecuencia que se sigue es falsa, porque contradice la naturaleza de las cosas o las afirmaciones del adversario.
    - La instancia refutación de la tesis general, mediante indicación de los casos a los cuales no se puede aplicar.

### e) El epílogo o peroración

Es una clausura recapitulativa del discurso. En él se repiten las ideas esenciales, resumiéndolas y enfatizándolas para garantizar la seducción de los jueces y del público, despertando pasiones como el amor o el odio, el rigor y la piedad en el género judicial (Beristáin, 2004: 159).

Tiene fuerza persuasiva porque es una recapitulación de los principales y más importantes argumentos (Traversi, 2005: 122).

Para Aristóteles (1990: 594), el epílogo consiste en cuatro puntos:

- I. inclinar al auditorio a nuestro favor y en contra del adversario;
- II. amplificar y minimizar lo que se ha demostrado;
- III. excitar las pasiones en el oyente o el auditorio;
- IV. recapitular el conjunto de los elementos empleados para hacer que se recuerden los argumentos.

### Funciones del epílogo

#### I. La persuasión

Consiste en recordar y revisar rápidamente los principales argumentos tratados durante la argumentación y la refutación; se trata de no repetir el discurso.

#### II. La implicación del auditorio

Se logra recurriendo a la conmoción para granjearse la benevolencia de los jueces mediante su implicación en el plano emotivo. Se utilizan dos técnicas de implicación:

- *La indignatio*. El propósito es suscitar el rechazo del público y del tribunal en contra de un hecho o del adversario.
- *La conmisericordia* mencionando la suerte adversa, enfermedades u otras desventuras sucedidas al acusado o a sus familiares (Traversi, 2005: 123).

Son partes del epílogo o peroración:

- Disposición
- Verificación
- Levantar las pasiones
- Recapitulación

### B. *La retórica de Cicerón*

Para Cicerón, el epílogo o peroración consta de tres partes:

- I. la enumeración o recapitulación;
- II. la amplificación de la acusación o la indignación;
- III. la queja (consiste en exaltar la piedad de los jueces mediante la utilización de lo patético, que debe estar siempre acompañado de argumentos) o la conmisericordia (Martineau, 2000: 71,75).

### C. *La aplicación del discurso retórico en los juicios orales*

No es el objetivo del presente trabajo los juicios orales ni la argumentación de los abogados en estos juicios, porque de ello nos ocuparemos en un trabajo posterior. Sólo mostraré alguna aplicación de la retórica en el momento en que el abogado o el fiscal presentan sus conclusiones o alegatos ante el juez en este tipo de juicios, de acuerdo con las legislaciones que contemplan los juicios orales en los estados de Nuevo León y Chihuahua, en las que el abogado cuenta de veinte a treinta minutos para exponer sus alegatos, y ante lo cual se formulan las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el contenido de los alegatos?, ¿Cuál es la estructura de los alegatos o conclusiones? ¿De qué elementos se componen y cómo pueden ser más persuasivos? Estamos convencidos

de que la retórica clásica nos puede responder estas preguntas e indicar la manera en que podría distribuirse el contenido del discurso, como en seguida veremos.

### 1. El exordio

El discurso conclusivo en un juicio oral; si la causa así lo requiere, puede iniciar con un exordio, el cual contendrá:

- Introducir brevemente la teoría del caso.<sup>1</sup>
- Fijar o establecer la hipótesis acusatoria o de la defensa que se pretende demostrar en la argumentación.
- Adelantar la hipótesis de la parte contraria para restarle el efecto sorpresa cuando sea enunciada por la contraparte.
- Mencionar en orden los cargos de la acusación.
- Manejar buen nivel de comunicación con la autoridad.

### 2. La narración

En esta parte, el abogado deberá dar a conocer al juez los hechos relevantes e importantes del caso, pero sobre todo aquellos acontecimientos, personas o cosas que después, en la demostración, le sirvan de apoyo para probar su hipótesis, y en ella se incluye:

- La narración de los hechos adecuándolos a las premisas fácticas y jurídicas.
- Los hechos relevantes que puedan demostrarse posteriormente con las pruebas.
- La narración de los hechos de manera cronológica como ocurrieron.

---

<sup>1</sup> Es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos plenamente relevantes (teoría fáctica), las pruebas que los sustentan (teoría probatoria), y los fundamentos jurídicos que lo apoyan (teoría jurídica). Se trata de subsumir los hechos dentro de la norma aplicable según los elementos de convicción recopilados, de modo que permitan construir una historia con significado penalmente relevante (Baytelman, 2005: 83).

- Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; los medios, y el fin.

### 3. La demostración

Es la etapa más importante del discurso conclusivo, porque en ella se demuestra nuestra hipótesis y teoría del caso con pruebas y argumentos, y se refuta la de la contraria. Es aquí donde la retórica muestra su utilidad para convencer al juez de nuestra postura. En esta parte:

- Se enuncia y se reafirma la teoría del caso de manera persuasiva.
- Se mencionan las pruebas en que se basa nuestra hipótesis y la demuestran.
- Se enuncian nuestros argumentos, ya sean lógicos, como los razonamientos deductivos, inductivos o abductivos; ya sean informales, utilizando el modelo argumentativo de TOULMIN.
- Se utilizan tanto premisas fácticas como jurídicas para reforzar nuestros argumentos.
- Se objetan las pruebas de la parte contraria y se refutan sus argumentos, o se anticipan para restarles impacto.

### 4. El epílogo o peroración

Es el momento final del discurso en el que se resumen las partes más importantes de las conclusiones para que sean retenidas en la memoria del juez. No se trata de repetir los argumentos, sólo los más fuertes y contundentes. En esta parte:

- Se mencionan sólo los argumentos más importantes y contundentes que puedan resistir las críticas y objeciones.
- Se puede utilizar la amplificación, pero sin exagerar.
- Se deben evitar las falacias *ad misericordiam* y *ad populum*, pues sería un mal uso de la retórica.
- Se pueden utilizar preguntas retóricas, por ejemplo: ¿que no establece la ley que actuar en legítima defensa es una causa excluyente de responsabilidad?

- Un buen alegato de clausura es un proyecto de sentencia para el juez.

#### IV. LA NEORRETÓRICA (VIEHWEG Y PERELMAN)

##### A. La teoría de Theodor Viehweg

Para Viehweg (1997: 191), la perspectiva argumentativa del derecho consiste en el intercambio de razones y se expresa mediante la acción comunicativa de los sujetos; es un proceso retórico en que la tópica sirve como fuente de sus argumentos.

Función del consenso en la racionalidad de las decisiones jurídicas:

- Selección de las premisas de los argumentos que pueden fundar las soluciones.
- La decisión basada en una solución admisible y los argumentos que apoyan a ésta.
- En la elección de las premisas es donde el consenso desempeña una función decisiva.

Elementos de la tópica:

- a. Desde su objeto, es una técnica del pensamiento problemático.
- b. Desde el instrumento con que opera, el lugar común o topos.
- c. Desde su actividad, es una búsqueda y examen de premisas.

Los tópicos son lugares comunes o puntos de vista que sirven de premisas para la argumentación y tienen como función servir en la discusión de problemas y pueden ser:

- lugares comunes de la vida ordinaria;
- principios de sentido común;
- fórmulas argumentativas;
- principios generales de derecho, y
- normas positivas.

Para este autor, la tópica es un *ars inveniendi*, esto es, su teoría se ubicaría dentro de la invención como parte de la retórica, que tendría

como finalidad encontrar los tópicos o lugares comunes que posteriormente se van a utilizar en la argumentación.

### B. *La teoría de Chaïm Perelman*

Entre las obras de los precursores de las teorías de la argumentación, la de Chaïm Perelman (1989: 39), *Tratado de la Argumentación*, es en donde más influye la retórica o, como él la llama, la nueva retórica. En su libro se comprueba que toma de Aristóteles los géneros del discurso; los elementos del discurso, como el orador, el discurso y el auditorio; en las técnicas de argumentación utiliza las figuras retóricas del estagirita.

#### Diferencias entre la retórica de Aristóteles y la retórica de Perelman

- Ampliación de la idea de auditorio e introducción de la de auditorio normativo. Este auditorio posee la peculiaridad de estar conformado por el conjunto de los hombres razonables, de ahí su función normativa.
- Incorporación del juicio de valor como objeto del debate retórico, al cual se adhieren con intensidad variable, y se puede obtener o aumentar la adhesión a ciertos valores que se proponen, por lo que el orador debe desplegar un considerable poder persuasivo, y de ahí su importancia en la teoría de la argumentación.
- Nueva interpretación del género epidíctico, pues a éste le da más importancia que a los otros géneros, y agrega Perelman que el combate que libra el orador epidíctico es un combate contra objeciones futuras, sirviéndose del conjunto de medios de que dispone la retórica para ampliar y valorizar. (Manassero, 2001: 159).

#### V. LA IMPORTANCIA DE LA RETÓRICA EN LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN

La retórica para el siglo XXI es necesaria y la retórica jurídica, así entendida, es la herramienta fundamental para la comprensión, elaboración y aplicación del derecho (Robira, 2004: 235).

### A. *La teoría de Neil MacCormick*

En la primera obra de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, hay algunos rasgos de la retórica en su teoría, como por ejemplo cuando hace referencia al principio de universalidad; pero en la segunda obra de este autor, relativa a la argumentación, sí encontramos que dedica particular importancia a la retórica, pues incluso del mismo título se aprecia: *Rethoric and the Rule of Law, a Theory of Legal Reasoning*, y es interesante cómo destaca el filósofo el impacto de los argumentos retóricos de las partes en la decisión del juzgador.

En esta obra, MacCormick (2005: 19) señala que en el Estado de Derecho la aplicación de la ley puede ser problemática debido tanto a la aplicación de normas como a la interpretación de los hechos, por lo que busca conciliar la retórica y el Estado de Derecho para lograr una mayor seguridad jurídica.

Señala el autor escocés que el derecho es una disciplina en sí misma argumentativa. En ocasiones hay personas que dominan el derecho pero no conocen la retórica y, otras veces, los que saben de retórica no son expertos en derecho. Por tanto, lo ideal sería una persona que dominara ambas disciplinas.

En su última obra, MacCormick (2005: 19) analiza las teorías retóricas, como la tópica de Viehweg, y destaca su importancia en el Estado de Derecho. También se refiere a la teoría de PERELMAN y la gran importancia de la persuasión en la argumentación, aunque reconoce la dificultad de establecer el concepto de auditorio universal. De igual manera se dedica a la obra de Toulmin y su reinterpretación de la lógica formal, así como a su modelo de argumentación como proceso dialéctico.

Al final, el autor destaca que, en ocasiones, los argumentos que son conclusivos y demostrativos no son persuasivos, por lo que propone una reconciliación entre éstos y, como consecuencia, lograr tal reconciliación entre la retórica y el Estado de Derecho (MacCormick, 2005: 31).

### B. *La teoría de Robert Alexy*

Debido a que en Robert Alexy (1989: 172) influye bastante la teoría de Perelman quien, a su vez, se inspira en la retórica aristotélica, es fácil

destacar la importancia de esta última en la teoría de la argumentación jurídica de ese autor alemán. Así, por ejemplo, relaciona y hace suyo el concepto perelmaniano de auditorio universal con la situación de diálogo ideal que, a su vez, toma de Habermas, el cual se aplica a que en un discurso en el que se intenta persuadir a la contraparte, se debe tomar en cuenta el lenguaje y la libre participación en la discusión de las partes. También toma de Perelman y, por lo tanto, de la retórica, el concepto de argumentación racional de acuerdo con la idea de universalidad.

Pero la influencia más importante de la retórica en la teoría alexiana la podemos encontrar en sus reglas en formas de discurso práctico. Así, por ejemplo, cuando se refiere a las reglas fundamentales en las que señala que ningún hablante puede contradecirse, está empleando un principio retórico; al formular las reglas de razón en las que señala que todo hablante, cuando se le pide, debe fundamentar lo que afirma, también está utilizando principios de la retórica, y, sobre todo, en sus reglas sobre la carga de la argumentación, cuando indica que quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos (Alexy, 1989: 192), puede verse que se están aplicando principios de la dialéctica, por ejemplo, en un debate.

### C. La teoría de Manuel Atienza

Es en Manuel Atienza (2006: 28) en quien más influye la retórica, pues en su última obra *El Derecho como argumentación* desarrolla las concepciones lógica, formal y pragmática de la argumentación y esta última la divide en retórica y dialéctica, a las que les dedica mayor importancia que a las otras concepciones. Inclusive, en el curso de posgrado en argumentación que actualmente dirige, le dedica un módulo a la retórica de Aristóteles que imparte el propio jurfilósofo español.

La retórica influye en la teoría del maestro de Alicante cuando señala la importancia de las partes del discurso retórico, de la antigüedad y su vigencia para un discurso actual, así como las reglas del debate que toma de la dialéctica, también influido por la obra de Aristóteles.

## VI. LA SENTENCIA: SU ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

La estructura argumentativa consiste en un conjunto de proposiciones relacionadas entre sí gracias a la relación hipótesis/sustentación, relación que podemos captar gráficamente así:

$$X \leftarrow Y$$

Con ello queremos simbolizar que la proposición Y apoya (es argumental de) X (Baquero, 1998: 26).

Analizar la estructura argumentativa de una sentencia es necesario para poder evaluar su argumentación y determinar si es correcta. De inicio podemos afirmar que la estructura de la mayoría de las sentencias es compleja, pero habrá que distinguir si es así porque su argumentación así lo requiere, por las dificultades del caso y las múltiples inferencias que se tienen que hacer en los considerandos a fin de resolver cada una de las hipótesis, o si es compleja por su mala distribución de las premisas de los argumentos, que dificulta su comprensión. Vamos a ver a continuación cada una de las estructuras argumentativas.

### *Estructuras argumentativas*

#### 1. Argumentación simple

Una argumentación simple como estructura argumentativa se presenta cuando una sentencia sigue una sola línea argumentativa, entendida como conjuntos parciales de argumentos dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión. Así, el primero de los argumentos forma una línea con varios otros, dirigidos todos ellos a probar una tesis (Atienza, 2001: 256-257).

#### 2. Argumentación compleja

La argumentación compleja es la estructura argumentativa de la sentencia en la que en virtud de resolver diferentes cuestiones, se tienen

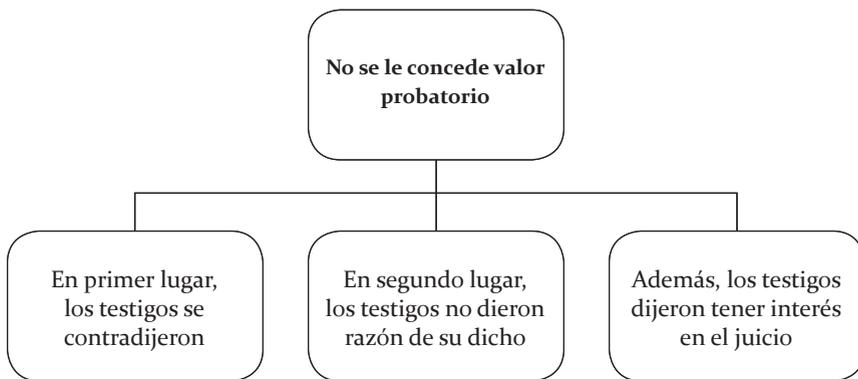
que esgrimir argumentos compuestos y coordinados de tal manera que sólo en su conjunto pueden apoyarse unos a otros y, así, sustentar mejor las líneas argumentativas que se desarrollan en la resolución; presenta las siguientes modalidades:

### a) Argumentación múltiple

Consiste en diferentes defensas del mismo punto de vista presentadas una después de otra, las cuales no dependen cada una entre sí para sostener un punto de vista y son de un peso equivalente (Eemeren, 2006: 70).

Esta argumentación se reconoce cuando vemos los indicadores: *aparte de, otra razón para esto es..., en primer lugar, además, al lado de...*

Por ejemplo:

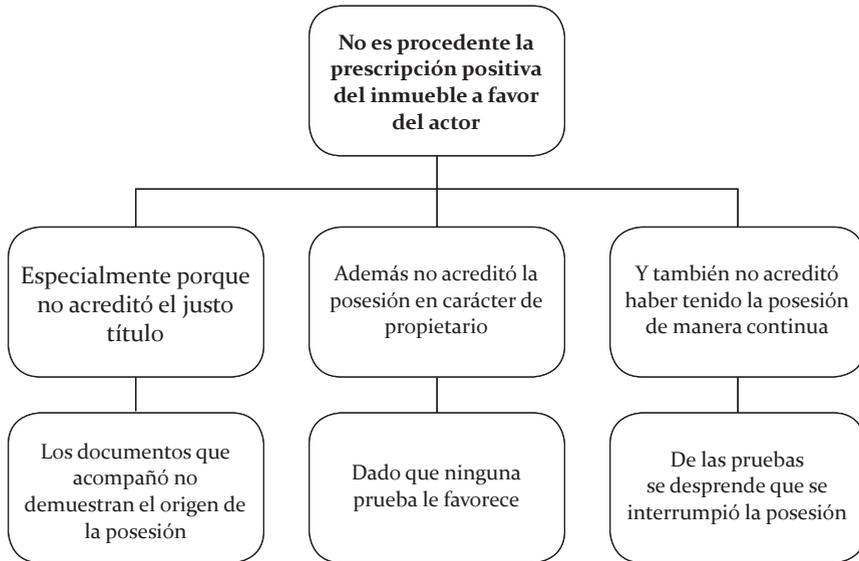


### b) Argumentación coordinada

Es cuando se defiende un punto de vista mediante la combinación de argumentos que pueden ser tomados juntos para conformar una defensa concluyente. Las partes componentes de la argumentación son dependientes de cada una para la defensa del punto de vista (Eemeren, 2006: 70).

Esta estructura argumentativa se identifica cuando vemos los conectores: *además el hecho que..., por encima de eso, especialmente porque..., sino también, de manera más importante.*

Por ejemplo:

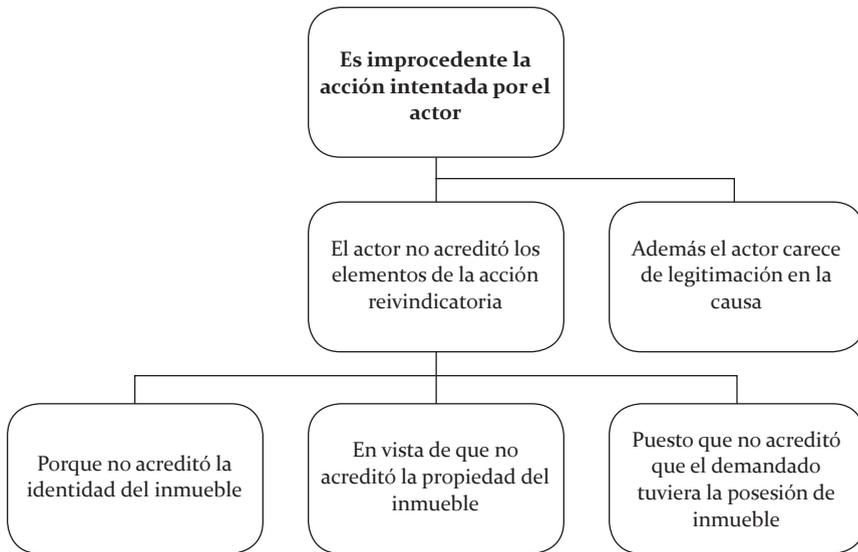


### c) Argumentación compuesta subordinada

Cuando el argumento que soporta el punto de vista inicial no puede mantenerse por sí solo, entonces es apoyado por otro argumento. Si éste requiere otro sostén, entonces se añade un nuevo argumento, y así sucesivamente hasta que la defensa sea concluyente (Emeren, 2006: 71).

Se reconoce cuando vemos los conectores: *porque, por esa razón, por lo tanto, dado que..., por eso es que, en vista de...*

Por ejemplo:



## VII. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

Una vez que ya se han identificado las premisas y la estructura argumentativa de la sentencia, podemos analizar la argumentación de los considerandos en términos de que las premisas contengan razones relevantes, aceptables, suficientes y respaldadas.

Las premisas son relevantes cuando responden afirmativamente a las preguntas:

- ¿Son relevantes las premisas para lo que se afirma?
- ¿Conducen a la conclusión?
- ¿Prestan apoyo para la conclusión?

Las premisas son suficientes cuando responden afirmativamente a las interrogantes:

- ¿Aportan base suficiente para sostener la conclusión?
- ¿Se hacen todas la inferencias para llegar a la conclusión?
- ¿No se apoyan en generalizaciones apresuradas?
- ¿Se fundan en argumentos causales (pruebas)?
- Se apoyan en indicios que deben ser:
  - Concordantes
  - Plurales
  - Pertinentes
  - Conducentes

Las premisas son aceptables cuando

- Contienen valores o juicios que involucran lugares comunes y aceptados por la comunidad jurídica a quien van dirigidos.
- Tienen un respaldo que las sostenga.
- Se basan en datos objetivos y verificables.
- Expresan un conocimiento común o personal, un testimonio o informe incontrovertido de un experto.
- Recogen la conclusión de un argumento ya aceptado.
- Pueden probarse porque cuentan con un respaldo sólido.

En cambio, las premisas son inaceptables cuando

- El juicio está en contradicción con la evidencia.
- Se basan en datos subjetivos o suposiciones.
- Es un juicio dudoso o poco creíble que no lleva respaldo.
- Es un juicio confuso, ambiguo o ininteligible.
- Es un juicio idéntico a la conclusión basado en un supuesto cuestionable.

Un argumento es correcto cuando las premisas están respaldadas en

- la ley;
- tesis y jurisprudencia;
- doctrina;

- tratados internacionales, o
- principios.

Cuando ya hemos identificado la falta de aceptabilidad, relevancia, suficiencia y respaldo de las premisas que conforman el argumento contenido en los considerandos de la sentencia, podemos añadir premisas para respaldar y dar fuerza al argumento. Así, por ejemplo, si vemos que nuestro argumento es débil porque no es aceptable, le agregamos una premisa que contenga un tópico aceptado, como un valor o un principio (“lo accesorio sigue a lo principal”).

Al analizar y evaluar la argumentación que contiene la sentencia, nos vamos a dar cuenta de que no es que la justificación sea mala, sino que algunas partes deben ser reforzadas con otras premisas y, así, mejorar el argumento.

## CONCLUSIONES

1. Argumentar es dar razones en apoyo de una conclusión. De acuerdo con el modelo de Toulmin, un argumento consta de cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo, y este modelo se puede emplear para motivar los considerandos de una sentencia.
2. Explicar es diferente a argumentar. Lo primero es dar motivos, esto es, los antecedentes causales de la acción, mientras que lo segundo es dar razones, pero no cualquier razón sino razones correctas.
3. La argumentación del juez es diferente a la argumentación del litigante. La principal diferencia es que la argumentación del juez es objetiva e imparcial, mientras que la del litigante es subjetiva y parcial.
4. La retórica de Aristóteles tiene vigencia en la actualidad. Se puede aplicar en los juicios orales, al momento en que el abogado o el fiscal presenta sus alegatos conclusivos, que pueden contener del discurso conclusivo, los mismos elementos de la retórica clásica: el exordio, la narración, la demostración y el epílogo.

5. La retórica ha influido en la teorías precursoras de la argumentación, como son las de Viehweg, Perelman, Toulmin, y en la teorías modernas como las de MacCormick, Alexy, Atienza, Eemeren y Grootendorst, pero cada uno ha tomado del antiguo arte los elementos más importantes para incorporarlos a su teoría, destacando la postura del autor escocés que busca conciliar la retórica con el Estado de Derecho.
6. La sentencia, en cuanto a su estructura argumentativa, puede presentar la forma de argumentación simple, compleja o múltiple (coordinada y subordinada). Lo que nos permite identificarla son los indicadores que se emplean para unir las premisas entre sí. El tipo de estructura argumentativa nos permite reconocer si una premisa por sí sola no presta apoyo para la conclusión. En ese caso, podemos reforzarla con premisas adicionales.
7. Una vez reconocida la estructura argumentativa, procedemos a evaluar y analizar la argumentación para ver si las premisas empleadas son aceptables, suficientes, relevantes y respaldadas. Si detectamos que un argumento es débil, por ejemplo, porque la premisa no es relevante, añadimos otra premisa y reforzamos la argumentación.

## REFERENCIAS

### BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, Aulis (1991): *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_ (2000): “Sobre el derecho y el Estado de bienestar” en *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre filosofía del derecho*, México, Distribuciones Fontamara.
- Alexy, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Andruet, Armando S. (2003): “El discurso forense: sus partes”, en Armando S. Andruet *et al.*, *El fenómeno jurídico*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

- Atienza, Manuel (2001): *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2003): *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.
- (2004): *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM.
- (2006): *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel.
- Aristóteles (1990): *Retórica*, trad. Quintín Racionero, Madrid, Gredos.
- Baquero V., Julia Marlén y José Felipe Pardo Pardo (1998): *El texto jurídico argumentativo, cuestiones de redacción y comprensión*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañes.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce (2005): *Litigación penal, juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Castillo Alva, José Luis, Manuel Luján Túpez y Róger Zavaleta Rodríguez (2006): *Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Lima, Ara Editores.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2005): *Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica*, México, UNAM.
- Cicerón, Marco Tulio (1995): *Acerca del orador*, t. II, México, UNAM.
- Correas, Óscar (1998): *Metodología jurídica: una introducción filosófica i*, 2ª ed., México, Distribuciones Fontamara.
- Eemeren Van, Frans H., Rob Grootendorst y Francisca Snoeck Henkemans (2006): *Argumentación, análisis, evaluación, presentación*, trad. Roberto Marafioti, Buenos Aires, Biblos.
- Falcón, Enrique M., Jorge A. Rojas (2003): *Cómo se hace un alegato*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Ghirardi, Olsen A. (2001): *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Gianformagio, Letizia (1987): “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica”, en *Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Alicante.
- González Lagier, Daniel (2005): *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra Editores.
- León Pastor, Ricardo (2005): *Introducción al razonamiento jurídico*, Lima, Programa de actualización y perfeccionamiento de la Academia de la Magistratura.

- López Navia, Santiago A. (1997): *El arte de hablar bien y convencer*, México, Editorial Planeta Mexicana.
- MacCormick, Neil (2005): *Rethoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.
- Manassero, María de los Ángeles (2001): *De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaïm Perelman*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra (Eunsa).
- Martineau, François (2000): *Técnicas de la argumentación del abogado*, trad. Ricardo Guevara Bringas, Barcelona, Bosch.
- Otero Parga, Milagros (2006): *Cuestiones de argumentación jurídica*, México, Porrúa.
- Peczenik, Aleksander (2000): *Derecho y razón*, México, Distribuciones Fontamara.
- Perelman, Chaïm (1989): *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, 2ª. reimp., trad. Julia Cevilla Muñoz, Madrid, Gredos.
- Plantin, Christian (2002): *La argumentación*, trad. Amparo Tusón Valls, 3ª ed., Barcelona, Ariel.
- Robira Florez de Quiñonez, María Carolina (2004): “De la retórica a la argumentación contemporánea”, en Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela, *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, España, Universidad de Santiago de Compostela.
- Stein, Friedrich (1999): *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Bogotá, Temis.
- Toulmin, Stephen Edelson (2007): *Los usos de la argumentación*, trads. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península.
- Traversi, Alessandro (2005): *La defensa penal: técnicas argumentativas y oratorias*, trad. María de los Ángeles Gómez Campos, Navarra, Editorial Aranzadi.
- Vega Reñón, Luis (2003): *Si de argumentar se trata*, España, Montesinos.
- Viehweg, Theodor (1997): *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa.
- Weston, Anthony (2002): *Las claves de la argumentación*, 7ª ed., trad. Jorge Malem Seña, Barcelona, Ariel.

ELECTRÓNICAS

Mina Paz, Álvaro, “Reflexiones preliminares y lineamiento metodológico para la meta-comprensión de la teoría de la argumentación” en [www.monografías.com](http://www.monografías.com)

Gianformagio, Leticia, [www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA](http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA)

FUENTES DE CONSULTA

Beristáin, Helena (2004): *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa.



# La teoría de la infracción administrativa imputable a los juzgadores\*

Lidiette Gil Vargas\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tipicidad*. III. *Aspecto negativo de la tipicidad*. IV. *La antijuridicidad administrativa disciplinaria*. V. *La responsabilidad administrativa como tercer nivel de valoración*. VI. *La sanción administrativa*.

## I. INTRODUCCIÓN

El Consejo de la Judicatura Federal, quien es comúnmente el titular del poder disciplinario en los procedimientos administrativos seguidos en contra de los juzgadores federales, no cuenta con un método idóneo para poder tener o no por acreditada la responsabilidad administrativa que se les atribuye. Cabe señalar que tal circunstancia no es atribuible al citado órgano, sino que ello se debe, en primer término, a la poca evolución teórica del derecho disciplinario; y, en segundo lugar, a la falta de una legislación acorde.

En las siguientes páginas el lector hallará la explicación de un método para el estudio y análisis de las faltas administrativas que se atribuyen, en concreto, a los juzgadores federales.

---

\* Extracto de la tesis doctoral presentada en la Universidad Nacional Autónoma de México. La tesis fue elaborada con datos y criterios recopilados antes de 2003.

\*\* Magister Iuris Comparativi por la Universidad de Bonn. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Por principio de cuentas debemos partir de la definición del término “método”. Por él debe entenderse aquel procedimiento expositivo conforme al cual se estudia y analiza un fenómeno, estableciéndose principios de sistematización, categorías o niveles de comprensión, relaciones recíprocas entre éstos, lo que implica la adopción de una terminología propia.

Hay que mencionar que la falta administrativa no es la que se estratifica, sino que sólo su análisis o proceso analítico. La conducta humana no es estratificada, sólo su estudio. En efecto, una conducta se convierte en una falta administrativa sólo cuando de su estudio estratificado se desprende que aquélla posee ciertas características, que se ofrecen en un determinado orden.

El método que propongo ayuda a que el estudio de las faltas administrativas sea conforme a un orden determinado y no como un todo. Recuérdese que el todo es la conducta o comportamiento del juzgador, no la falta. El análisis de la falta no niega la unidad, sino que es el medio para verificar su existencia. Entonces, las faltas administrativas son conductas con ciertas características, las que son definidas por la ley disciplinaria como tales.

Por lo anterior, para el análisis de la existencia de una falta administrativa se deberán tomar en consideración las características de la conducta, que se estratifica, según el método que propongo, en los siguientes niveles, que denomino elementos positivos: tipicidad administrativa, antijuridicidad administrativa y responsabilidad administrativa. Estos niveles poseen subniveles o subcaracterísticas. La suma de tales factores da lugar a la certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del juzgador, lo que conlleva a la imposición de una sanción administrativa.

Ahora bien, en el análisis de la conducta administrativa puede suceder que el titular del poder disciplinario se tope con alguna característica de la conducta que haga que la falta desaparezca. Estas características también se estratifican para su estudio en los mismos tres niveles, pero en sentido inverso: atipicidad, juridicidad y no responsabilidad administrativa. Cada uno de ellos también posee subniveles. A tales niveles les denominamos elementos negativos de la falta. A cada elemento de la infracción corresponde un aspecto negativo, el

cual impide su integración. Tan pronto como se acredite la existencia de un elemento negativo, bastará para tener por no probada la falta y, en consecuencia, no habrá sanción que imponer.

Para tener una visión general de los elementos y subelementos de la falta administrativa, véase el siguiente diagrama:

TIPICIDAD ADMINISTRATIVA	ANTI JURIDICIDAD ADMINISTRATIVA	RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	SANCIÓN ADMINISTRATIVA
1. Parte objetiva: conducta, resultado y nexo causal	Carga de trabajo	Reprochabilidad	Apercibimiento público o privado
2. Parte subjetiva: intención (dolo) o negligencia (culpa)	Características del asunto		Amonestación pública o privada
	Elementos materiales y humanos con los que cuenta el juzgador		Multa
	Antecedentes personales, laborales y profesionales del juzgador		Suspensión en el ejercicio del cargo
	Cumplimiento a una orden antijurídica de un superior jerárquico		Destitución del cargo
			Inhabilitación para ejercer otro empleo, cargo o comisión públicos

Conforme al cuadro anterior se concluye que, para poder sancionar a un juzgador, no sólo se debe acreditar la existencia de una infracción,

sino también que esa infracción haya sido cometida a título de dolo o culpa, que en dicha comisión no haya mediado ninguna causa que la justifique y que tampoco haya concurrido una eximente que pueda excluir al juzgador de responsabilidad.

He ahí el plan de este trabajo en el que ilustraremos, al menos someramente, cada uno de los elementos positivos de la falta administrativa y, junto a ellos, su aspecto negativo.

## II. LA TIPICIDAD

Las leyes administrativas castigan las infracciones de normas que han sido establecidas para la tutela mediata de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia del servicio de impartición de justicia, como cautela para prevenir posibles ofensas al orden jurídico.<sup>1</sup>

El primer nivel en el estudio de la infracción administrativa lo constituye la tipicidad. Este nivel realiza una función motivadora, por cuanto el legislador amenaza con imponer una sanción disciplinaria al juzgador que cometa una de las conductas descritas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. De esta forma, el Estado, a través de la legislación, motiva a los juzgadores a comportarse de determinada forma.<sup>2</sup> La descripción de la que hablamos la realiza el legislador de manera abstracta y genérica, mediante preceptos jurídicos que permiten predecir, con suficiente grado de certeza, qué conducta constituye una infracción administrativa y cuál es la sanción a la que se hace acreedor el juzgador que la lleve a cabo. Esta descripción de la conducta es el tipo administrativo.

Ahora bien, en no poca bibliografía se define a la tipicidad como la perfecta adecuación de una conducta, en nuestra materia, a una causa de responsabilidad o tipo administrativo de los previstos en los artículos 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

---

<sup>1</sup> Teófilo Sánchez García, "Derecho administrativo sancionador", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, España, Consejo del Poder Judicial, 1993, p. 370.

<sup>2</sup> Trayter, citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho disciplinario*, Bogotá, Universidad de Externado, 2002, p. 221 y 222.

u 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. Esto es, el hecho concreto que se imputa al juzgador debe corresponder exactamente con el descrito previamente en el tipo administrativo. Esta perfecta adecuación, conocida como requisito de tipicidad, es un presupuesto de la garantía de seguridad jurídica a favor del juzgador que guarda estricta vinculación con el principio *nullum crimen sine lege*.<sup>3</sup> Por ende, no es posible derivar acciones administrativamente punibles de principios generales y sin una causa de responsabilidad fijada,<sup>4</sup> como puede ocurrir con algunas consecuencias jurídicas civiles.

El proceso de tipificación no termina con la previsión legal de la infracción administrativa, sino que el hecho concreto que se atribuye al juzgador debe corresponder exactamente con el descrito previamente en la norma. Pero, en concreto ¿qué es lo que debe corresponder con la descripción legal? Bueno, en este aspecto hablamos de dos partes que deben corresponder: una objetiva y otra subjetiva. Dentro de la primera deben corresponder con la descripción legal a) la conducta, b) las consecuencias de esa conducta, y c) el nexo causal entre conducta y esas consecuencias o ese resultado. Dentro de la segunda deben corresponder con la causa de responsabilidad la intencionalidad o bien la negligencia del comportamiento atribuido al juzgador.

Como es obvio, a veces resulta materialmente imposible la subsunción exacta de los hechos reales en la causa de responsabilidad, esto es, la realización del juicio de tipicidad.<sup>5</sup> Es aquí donde debe

---

<sup>3</sup> Debe tenerse siempre en cuenta que los principios del derecho penal se aplican *mutatis mutandi* al derecho disciplinario.

<sup>4</sup> Así lo señala el Código Disciplinario Único de la República de Colombia, en su artículo 4º, que dice: “Artículo 4º. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

<sup>5</sup> Ello se debe a que en el Derecho disciplinario resulta materialmente imposible abarcar exhaustivamente las conductas prohibidas, puesto que la lógica de la infracción a la norma opera en forma inversa a como sucede en el Derecho penal. En efecto, mientras que en el Derecho penal la conducta punible recorre la descripción típica, se ajusta o adecua a ella, en el Derecho disciplinario la contraría. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 272 a 275.

comenzar la prudencia del titular del Derecho disciplinario, es decir, del Consejo de la Judicatura, así como el control jurisdiccional casuístico de sus decisiones.

Ni qué decir de los conceptos jurídicos indeterminados mediante los cuales se describen los tipos administrativos. Tal es el caso de la causa de responsabilidad prevista por la fracción VIII del artículo 131 de la ley orgánica ya mencionada, relativa a la “falta de profesionalismo” en el desempeño de las labores del juzgador. En este caso, el operador jurídico debe decidir razonablemente su concreción por medio de criterios lógicos, técnicos o empíricos que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de los comportamientos que puedan tipificar dicha infracción.

Debe destacarse que la formulación de tipos administrativos mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no entra en conflicto hasta en tanto no desemboque en una inseguridad jurídica insuperable. Por tanto, es legal la utilización de conceptos que permitan un margen de apreciación, hasta el punto de permitir al Consejo “un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que ‘cree’ figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma”.<sup>6</sup>

### 1. *Tipicidad objetiva*

Según se dijo, la tipicidad objetiva está constituida por una conducta, un resultado y un nexos causal entre conducta y resultado. Esto es, no sólo se imputa objetivamente a un juzgador haber desplegado una conducta típicamente administrativa, sino el hecho de que por esa conducta se hayan producido determinadas consecuencias o resultados.

#### A. Conducta

Para nosotros sólo importa la conducta del juzgador como juzgador, es decir, sus actuaciones judiciales, o bien sus actuaciones en ejercicio

---

<sup>6</sup> Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 297.

de la titularidad de un órgano jurisdiccional. Por tanto, sus actos como persona privada no constituyen una conducta en sentido relevante para el Derecho disciplinario, a menos que interfieran de alguna forma con el servicio de impartición de justicia o se encuentren dentro del ámbito de débito de comportamiento que surge de los deberes oficiales.<sup>7</sup> Un ejemplo de una conducta relevante en sentido disciplinario, aunque llevado a cabo como persona privada, lo constituye el hábito de la embriaguez, pues impide que los juzgadores cumplan cabalmente con todas sus obligaciones.

Ahora bien, la conducta disciplinariamente relevante de un juzgador constituye una infracción a uno de los deberes constitucionales cuando contraviene la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esa contravención se produce por actividad o inactividad del juzgador, como más adelante se verá.

Cualquier conducta del juzgador (sea por actividad o inactividad) constituye una expresión de su voluntad.<sup>8</sup> En efecto, el comportamiento de aquél siempre está impreso de su propia voluntad. De no ser así, no habría actuado como lo hizo. Esta voluntad no debe entenderse como “intención”, pues también en las conductas culposas, como se verá, existe una voluntad, que se traduce en la voluntad de no haber puesto suficiente cuidado.<sup>9</sup> Por voluntad debe entenderse, entonces, la libertad del juzgador que se exterioriza en una acción u omisión, en los asuntos que son sometidos a su consideración o como titular de un órgano jurisdiccional.

---

<sup>7</sup> Así lo determinó el Consejo de la Judicatura Federal, al resolver la Q.A. 272/97, el 26 de mayo de 1998.

<sup>8</sup> Algunos autores manejan a la conducta como expresión de la personalidad del autor, en la que incluyen tanto su voluntad como su conciencia. Claus Roxin, *Derecho penal parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2000, p. 252 a 266.

<sup>9</sup> Se trata de una “negligencia voluntaria” de no pesar las probables consecuencias de un acto. José Salsmans, *Deontología jurídica o moral profesional del abogado*, México, Editorial Buena Prensa, 1947, p. 26.

Cuando la voluntad es desprovista de libertad, simplemente no puede ser imputable al juzgador. En este sentido podemos afirmar que la conducta de un juzgador debe ser un acto consciente de su parte. Acto consciente es aquel que es producto de un análisis conceptual y objetivo del caso que es sometido a la decisión del juez y que se expresa a través de una actuación judicial.

En teorías recientes de la acción, la conducta se entiende como la causación del resultado individualmente evitable.<sup>10</sup> En ellas se define a lo inevitable como aquello por lo que no se puede responder. En este aspecto estimo que, a diferencia del Derecho penal, el disciplinario no versa sobre una evitabilidad individual, sino de una previsibilidad acorde con la capacidad de un juzgador de inteligencia y preparación media.

Ahora bien, la acción puede estar constituida por un solo acto o bien por una pluralidad de ellos, sin que por esto se desvirtúe su carácter unitario. A una acción así entendida corresponde, por regla general, un solo tipo administrativo, si la pluralidad de actos están objetivamente vinculados espacial y temporalmente.<sup>11</sup>

También suele suceder que una causa de responsabilidad prevea varios hechos<sup>12</sup> en una sola acción típica. Un ejemplo de un tipo así lo constituye la fracción II del artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que dice: “Inmiscuirse indebidamente en cuestiones de orden jurisdiccional que competan a otros órganos del Poder Judicial de la Federación”. Desde el punto de vista natural, es claro que tenemos un solo hecho, pero la norma lo descompone en dos: a) inmiscuirse en determinadas cuestiones y b) que tales cuestiones competan a otros órganos del Poder Judicial. Esos hechos son de naturaleza separada, pero se funden en una sola conducta. Para el tipo administrativo, esa fusión de hechos es intrascendente.

---

<sup>10</sup> Günther Jakobs, *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Conteras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 168 a 184.

<sup>11</sup> Esa unidad se conoce como “unidad típica de acción”. Alejandro Nieto, *op. cit.*, nota 6, p. 450.

<sup>12</sup> Hecho es el acontecimiento físico natural. Para el Derecho disciplinario, sólo es relevante aquel que la norma recoge en su redacción.

### a) Actos ajenos

La conducta que se imputa debe ser desplegada por el juzgador, y no por sus subalternos. En efecto, una indebida notificación sólo puede ser imputada al actuario; una incorrecta certificación (por ejemplo de un término dentro de un expediente) incumbe exclusivamente a un secretario. Caso contrario sucede si lo que se imputa al titular de un órgano jurisdiccional es no percatarse de las constantes irregularidades en que incurren su actuario o su secretario, pero entonces la conducta típica será no velar por la debida actuación de sus inferiores jerárquicos.

En los casos en que el titular de un órgano jurisdiccional, por la diversidad de obligaciones que como tal debe realizar, delegue alguna función en algún subalterno y éste incurra en alguna infracción en la ejecución de la tarea delegada, no se trata de un acto consciente del juzgador, sino cuasi consciente. ¿Por qué? Porque el juez al delegar esa tarea era consciente de sus actos; sin embargo, la falta no la comete él, sino el delegado, en quien confió, muchas veces, incluso por ministerio de ley. En estos casos, considero que existe tipicidad sólo si la ley no permite expresamente esa delegación. Por otro lado, si la ley permite esa delegación, entonces estamos ante la ausencia de una conducta por parte del juzgador, quien actuó dentro de su ámbito de dominio, debiéndose encaminar el procedimiento de responsabilidad administrativa en contra del delegado.

No se descarta que en la comisión de una misma falta coexistan una pluralidad de imputaciones y, por ende, una pluralidad de conductas que se pueden atribuir a los distintos integrantes de un órgano jurisdiccional, desde su titular hasta el inferior jerárquico. En los casos de concurrencia, es decir, de aportaciones parciales de conductas, surgen las siguientes hipótesis:

- Cada autor responde por su aportación a la infracción, es decir, se responde de un *quantum* parcial.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> En el Derecho disciplinario no existe la figura de coparticipación, porque en realidad constituye una forma de participación, es decir, se encuentra incluida en el concepto de autor y, por tanto, se trata de una forma de imputación.

- Todos los autores responden por el total de la infracción, independientemente de su aportación.
- Existe un responsable principal (juzgador), sin perjuicio de que éste pueda iniciar en contra del coautor (secretario, actuario, oficial, etcétera), el correspondiente procedimiento de responsabilidad.

En lo particular estimo que no se puede hablar de una responsabilidad solidaria, en virtud de que no se trata de una unidad de prestación del servicio de impartición de justicia, esto es, del cumplimiento de una sola obligación conjunta, sino que cada integrante de un órgano jurisdiccional tiene que cumplir con la suya propia. Esto lo corrobora el hecho de que, por ejemplo, aun en un tribunal colegiado, cada magistrado integrante vota a favor o en contra del proyecto de resolución puesto a discusión en una sesión plenaria; votación por la que responde individualmente.

#### **b) La acción y la omisión**

La conducta de un juzgador manifestada a través de una acción es una conducta positiva, una actividad voluntaria, que contraviene una norma prohibitiva a su cargo. Por otro lado, la omisión es una conducta negativa, que se traduce en una inactividad voluntaria, con violación a una norma preceptiva.

Esto es, para que la conducta del juzgador impresa de su voluntad tenga relevancia disciplinaria, debe tener relación con el tipo administrativo en el que subyace una norma prohibitiva o una norma preceptiva.

Entonces, el juzgador, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual, en las causas de responsabilidad de acción, es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello, en tales causas se contraviene una norma prohibitiva. Sin embargo, en los tipos omisivos, el juzgador contraviene un deber o un mandato de hacer; por tanto, en esas causas el juez infringe una norma preceptiva.

En síntesis, los elementos de la acción son: a) actividad, b) voluntad o querer por parte del juzgador de realizar dicha actividad y c) violación a una norma prohibitiva.

Por su parte, la omisión se integra por: a) inactividad, b) voluntad del juzgador de no actuar y c) contravención a un deber jurídico de obrar.

Por lo que hace a los elementos b) antes citados y, conforme a las teorías recientes de la acción, como se dijo con antelación, más que de voluntad debería hablarse de evitabilidad. En el caso de la acción debe entenderse como causación evitable del resultado. En el caso de la omisión, como la no evitación evitable del resultado.<sup>14</sup>

Algunos autores estiman que para el ordenamiento jurídico-disciplinario carece de importancia diferenciar entre acción y omisión, pues en ambos casos se trata del incumplimiento a un deber.<sup>15</sup> Aunque esta observación es cierta, creo que la diferencia entre acción y omisión sí tiene relevancia para el Derecho disciplinario, sobre todo para distinguir qué conducta se puede imputar a un juzgador y cuál no. Regresemos a los ejemplos de las indebidas notificaciones o certificaciones. Las acciones de notificar o certificar incorrectamente sólo pueden ser atribuidas al actuario o al secretario; pero la omisión de no velar por el debido funcionamiento del órgano jurisdiccional sólo se puede atribuir a su titular. De ahí la relevancia de diferenciar entre acción y omisión.

Cabe añadir que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 109, fracción III, refiere que las sanciones administrativas se aplicarán tanto por los actos como por las omisiones que afecten los deberes de los juzgadores de los que ya hemos hablado con anterioridad. Esto es, la diferencia entre acción y omisión es reconocida incluso a nivel constitucional.

Si revisamos los catálogos de faltas administrativas en que pueden incurrir los juzgadores, nos encontramos con que la mayoría de ellas pueden ser cometidas, indistintamente, por acción o por omisión. Son pocos los tipos administrativos que en su redacción exclusivamente admiten la omisión como forma de comisión.

---

<sup>14</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, nota 10, p. 177.

<sup>15</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 270.

## B. El resultado

Según se vio, en el Derecho disciplinario, la falta administrativa constituye una infracción por parte de un juzgador a alguna de las obligaciones a su cargo. Esa desobediencia se materializa en una consecuencia.<sup>16</sup> Por tanto, se imputa al juzgador no solamente su conducta (acción u omisión), sino también la consecuencia de aquélla, es decir, el resultado que con ella provoca.

El resultado suele definirse como el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o como la modificación del mundo exterior con motivo de una conducta,<sup>17</sup> en nuestro caso, típicamente administrativa.

Así, el juzgador que acepte dinero por sí, o por interpósita persona, de cualquiera de las partes contendientes en un asunto sometido a su consideración, produce el resultado de allegarse ilícitamente de un beneficio económico. Ese beneficio es el cambio en el mundo exterior, pues el dinero pasa del patrimonio de la parte que lo ofreció, al patrimonio del juzgador.

No pasa inadvertido que puede haber una o varias consecuencias de la conducta de un juzgador. Sin embargo, sólo debe tomarse como resultado para el Derecho disciplinario, el jurídicamente relevante, por cuanto éste lo recoge el tipo administrativo. En ese sentido, el cambio en el mundo exterior que produce el resultado, debe darse también en el mundo jurídico-disciplinario.

Siguiendo las ideas de Luis Jiménez de Azúa, todos los delitos son de resultado, debiéndose entender por él, no sólo el cambio en el mundo exterior, sino también las mutaciones de orden moral e incluso el peligro corrido.<sup>18</sup> De ahí que en nuestra materia, en la mayoría de los procedimientos disciplinarios de los que conoce el Consejo de la Judicatura Federal, ese resultado no se materialice en el mundo exterior, sino sólo en el ámbito jurídico y se traduce, por ejemplo, en

---

<sup>16</sup> En las causas de responsabilidad en las que no se prevé expresamente un resultado, éste lo constituye la lesión al bien que jurídicamente tutelan las mismas.

<sup>17</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1991, p. 205.

<sup>18</sup> Luis Jiménez de Azúa, *Lecciones de Derecho penal*, México, 2000, p. 139.

una resolución errónea, que afecta los intereses de alguna de las partes. También puede hablarse en muchos casos de un daño moral, como resultado de la conducta del juzgador.

De acuerdo con el artículo 14, fracción VI, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el resultado de la conducta constituye uno de los elementos a tomar en consideración en el momento de individualizar la sanción y lo define como el monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones.

### C. El nexo de causalidad

Uno de los pilares de la teoría de la infracción administrativa y, en concreto, de la tipicidad objetiva, lo constituye la responsabilidad causal. Se dice que el hombre es responsable de las consecuencias de sus actos y, por tanto, en el Derecho disciplinario los juzgadores no escapan de ese principio.

Ahora bien, las consecuencias de una conducta desplegada por un juzgador le son imputables cuando se hace posible la atribución de ellas a ese comportamiento como su causa. Dicha relación es dinámica y productiva, puesto que la conducta produce el resultado al obrar como su causa.<sup>19</sup>

Pero, ¿cuándo se sabe qué conducta causó el resultado? Para delimitar qué condiciones producen un resultado, ha de echarse mano tanto de la ley causal como de la experiencia jurídica.

Pormenores:<sup>20</sup>

- La condición debe surtir efectos realmente, pues debe tomarse en cuenta que durante el curso causal, puede suceder que las condiciones se vean interrumpidas por otras.
- La condición interesa exclusivamente en relación con el curso causal que conduce al resultado típico.

---

<sup>19</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, nota 17, p. 212.

<sup>20</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, nota 10, p. 229 a 237.

- Las circunstancias concomitantes del resultado típico son irrelevantes. Por circunstancia concomitante debe entenderse aquella que no afecta a la forma concreta del resultado típico.
- Si una circunstancia substituye a otra, la primera ya no interesa para el curso causal.
- Importa la causalidad del curso causal concreto y no hipotético. La falta de realidad no puede ser imputable.
- Si la condición de un resultado opera sólo en relación con otras condiciones, se habla de causalidad cumulativa, que se define como la concurrencia conjunta de cursos causales que, por separado, no serían suficientes para la producción del resultado típico.

## 2. Tipicidad subjetiva

Desde la antigua Grecia, en tiempos de Esquines, Demóstenes y Aristóteles, los jueces eran sujetos de responsabilidad no sólo por sus actos intencionales, sino también por injusticias derivadas por culpa o negligencia. Ello, en coherencia con el ideal de igualdad entre jueces y juzgados, propio de la democracia griega.<sup>21</sup>

Lo mismo sucedía en el Derecho romano, en el que el juez respondía penalmente, si *litem suam fecerit* o, civilmente, si *licet per imprudentiam*. Este tipo de responsabilidad era personal, esto es, no se trataba de una responsabilidad del juez-funcionario, sino de la de cualquier persona que realizara una función a nombre del Estado.<sup>22</sup>

La legislación disciplinaria mexicana, a diferencia de la colombiana,<sup>23</sup> no prevé la forma de comisión de las faltas administrativas en que pueden incurrir los juzgadores. De ahí que deba aplicarse de manera supletoria el Código Penal Federal, en cuyo artículo 8º señala que las

---

<sup>21</sup> Adrián Rentería, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Ediciones Fontamara, 2001, p. 156.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> El artículo 13 del Código Disciplinario Único de la República de Colombia dice: “Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

acciones u omisiones sólo pueden ser realizadas dolosa o culposamente, pues no se puede estructurar la tipicidad por el mero resultado.

En la anterior Ley Federal de Responsabilidades encontrábamos un tipo disciplinario que expresamente mencionaba la forma de comisión de la falta. En efecto, la fracción I del artículo 47 de dicho ordenamiento legal decía que era obligación de todo servidor público “cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado...”. Ello resultaba un error, dado que la mayoría de los tipos administrativos pueden ser cometidos por no poner la máxima diligencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, dicha causal no contenía en sí misma ningún elemento, sino que sólo se trataba de una forma de comisión de las faltas, es decir, de la culpa. Seguramente por esa razón fue derogada tal fracción en la nueva ley.

Para poder tener por acreditada la tipicidad subjetiva se requiere probar, en primer término, un nexo psicológico entre el juzgador y su conducta. Este nexo se obtiene al analizar la actitud de dicho agente frente a los deberes que le corresponden como juzgador. Por otra parte, se debe también acreditar el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento (modalidad dolosa); o bien, la observancia del cuidado necesario en el ejercicio de la función jurisdiccional que se le encomendó (modalidad culposa).<sup>24</sup>

De lo antes expuesto podemos concluir que sólo existen dos formas de comisión de la conducta típica. En efecto, en este apartado se estudiará si el juzgador actuó a título de dolo, esto es, con la intención de causar una consecuencia típica; o bien, si aquél actuó culposamente, es decir, si su comportamiento se debió a la falta de diligencia en su actuación.

Cabe destacar que el Derecho disciplinario es un Derecho de imprudencia o de culpa, pues la mayoría de las infracciones en las que los juzgadores incurrirán se cometen por falta de diligencia y sólo por excepción se sanciona a algún juzgador por su actuación dolosa. Por ello, algunos autores consideran a la tipicidad subjetiva como el criterio distintivo entre las infracciones administrativas y los delitos penales. Aquéllos estiman que la concurrencia del dolo y la culpa sólo

---

<sup>24</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 334.

es necesaria para la apreciación del ilícito criminal, pero no —al menos plenamente— para que exista la infracción administrativa.<sup>25</sup>

La distinción entre una falta dolosa y culposa repercute en la determinación de la gravedad o levedad de la falta, y ello, en la individualización de las sanciones administrativas a imponer. Esto es así pues no se puede sancionar con la misma intensidad a quien comete una falta dolosa que a quien, por un descuido, incurre en responsabilidad administrativa.

### A. Dolo

Como se vio, en la imputación subjetiva se debe acudir supletoriamente al Código Penal Federal, que en su artículo 9º, en lo conducente, textualmente, señala: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

De ahí que para que una falta administrativa pueda considerarse como dolosa se requiere, según la ley, que el juzgador, a pesar de tener conocimiento de que su conducta, encuadre en una situación típicamente administrativa, haya querido llevar a cabo ese comportamiento. Se refiere entonces a la comisión intencional de una infracción, *litem suam fecerit*.

La doctrina clásica del Derecho penal define al dolo como el conocer y querer el resultado típico. Sin embargo, actualmente sólo se habla del conocimiento como elemento esencial del dolo.<sup>26</sup> En efecto, quien tiene conocimiento de la ilicitud de una conducta y, a pesar de ello la lleva a cabo, entonces, implícitamente quiere el resultado; de no ser así no hubiera desplegado esa conducta. Por tanto, en el conocer subyace el querer. Esta postura se pone de relevancia en el Derecho disciplinario de los juzgadores, pues para ellos el conocimiento de una situación típica no es problema alguno; saben distinguir perfectamente lo lícito de lo ilícito, dada su formación jurídica. En este sentido, en

---

<sup>25</sup> Teófilo Sánchez García, *op. cit.*, nota 1, p. 370.

<sup>26</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, nota 10, p. 382.

el ámbito que nos ocupa no se requiere de un aspecto psicológico ante el conocimiento de la norma por parte del juzgador.

En suma, para que exista dolo basta que el juzgador haya tenido conocimiento de la tipicidad administrativa de su comportamiento, en la que se encierra el deber que ha infringido.

## B. Culpa

La segunda parte del artículo 9 del Código Penal Federal, de aplicación supletoria al Derecho disciplinario mexicano de los juzgadores, dice: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Contrariamente al dolo, en la culpa sí concurren dos elementos: por un lado, un elemento normativo, determinado por el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado y, por otro, un elemento intelectual determinado, generalmente, por la ausencia de una previsión consciente y voluntaria de la atención del juzgador (*licet per imprudentiam*). Esta previsión no requiere de un conocimiento cierto, sino, como se vio anteriormente, sólo de una cognoscibilidad del deber que el juzgador infringe. Esta cognoscibilidad se basa en los deberes de observar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en que se funda el servicio de impartición de justicia.

En este apartado, la doctrina habla de una “culpa por asunción”. Ésta consiste en que “el aceptar un encargo profesional implica el haber evaluado las condiciones técnicas para asumir el asunto, sin que se presente exculpación por no ser conocedor de la especialidad...”<sup>27</sup> Trasladando el anterior concepto al Derecho disciplinario, la culpa por asunción consiste en que, quien acepta el cargo público de juzgador, lo hace evaluando sus propios conocimientos, capacidades técnicas e intelectuales y aptitudes para afrontar lo que la propia función jurisdiccional le exige, en la que no puede presentarse causa de justificación ni eximente de responsabilidad alguna. Para mí, aun ante la

---

<sup>27</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 343 a 344.

aceptación del cargo que implica la propia evaluación de las anteriores circunstancias, estimo que, en ocasiones, sí cabe tolerar ciertos descuidos, sobre todo cuando son mínimos. Sin embargo, aun en esos casos, aunque se acredita la culpa —esto es, la tipicidad subjetiva—, como se verá, lo que no se puede acreditar es la responsabilidad, por falta de reproche ético.

La culpa se puede clasificar doctrinariamente en grave, leve y levísima.<sup>28</sup> La normatividad aplicable nada dice sobre dicha clasificación. Sólo habla de la negligencia del juzgador de carácter gravísimo, al utilizar la expresión “notoria ineptitud o descuido” en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar, prevista en el artículo 131, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Cuando se trata de notoria ineptitud o descuido la falta será catalogada siempre como grave, tal y como lo prevé el artículo 136, segundo párrafo, del citado ordenamiento.

Debe reiterarse que, aun cuando se está ante el primer plano normativo de imputación (tipicidad), la graduación de la culpa habrá de verificarse nuevamente al realizar la individualización de la sanción, es decir, al tratarse de la imputación personal. Así lo preceptúa el artículo 14, fracción I, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, al mencionar como uno de los criterios para dicha operación la gravedad de la responsabilidad en que se incurra. Por tanto, el determinar si la falta en que incurrió un juzgador se cometió por culpa grave o leve no impide que se inicie en su contra el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad, pues lo único que queda limitado, en el último caso (es decir, tratándose de la culpa leve o levísima), es el empleo de la sanción administrativa.

---

<sup>28</sup> La culpa grave se caracteriza por la vulneración de las normas de cuidado que respetaría aun el juez menos diligente, cuidadoso o atento. La culpa leve o imprudencia simple supone la vulneración de normas de cuidado que respetaría cualquier juez ordinario. Por último, la culpa levísima recae sobre la infracción al deber de cuidado y atención en que puede incurrir aun el más cuidadoso de los juzgadores. Ángeles de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 136.

### III. ASPECTO NEGATIVO DE LA TIPICIDAD

Como se dijo, la tipicidad no sólo se agota con la previsión legal de la causa de responsabilidad, sino que el hecho concreto imputado al autor debe corresponder exactamente con el descrito previamente en la norma. Ahora bien, existe ausencia de tipicidad o atipicidad cuando el comportamiento del juzgador no encuentra perfecta adecuación con la hipótesis normativa, por estar ausentes alguno o algunos de sus requisitos. Ello impide la integración de la infracción administrativa, con lo cual no se puede imponer sanción alguna al juzgador denunciado.

No debe confundirse la atipicidad con la ausencia de tipo o causa de responsabilidad administrativa, pues ésta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

La importancia de estudiar las causas que originan la atipicidad tiene razón de ser en la medida en que se pretenda encontrar exactamente el nivel donde se escinde el estudio metodológico de la infracción administrativa, pues, al igual que las causas de justificación o las eximentes de responsabilidad de las que hablaremos con posterioridad, su presencia trae como consecuencia el que no se sancione al juzgador denunciado.

La legislación disciplinaria mexicana no dice nada respecto de la atipicidad. Por tanto, de nueva cuenta hay que acudir a la aplicación supletoria del Derecho penal. En este sentido, puede decirse que las causas que generan la atipicidad son las que se describen en los apartados siguientes.

#### 1. *Ausencia de objeto*

No existe objeto cuando el juzgador no lleva a cabo conducta alguna, ni por actividad, ni por inactividad. Cabe recordar que estamos hablando de conducta, en sentido típicamente administrativo. Por tanto, para que exista atipicidad por ausencia de objeto, se requiere que el juzgador no haya llevado a cabo alguna de las conductas descritas legalmente como causas de responsabilidad.

Podemos dar un ejemplo de dicha atipicidad a través de la tesis P.XLVII/93, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

QUEJA ADMINISTRATIVA. LAS IRREGULARIDADES EN QUE SE AFIRMA INCURRE UN TRIBUNAL COLEGIADO EN UNA RESOLUCIÓN, SÓLO DEBEN ENTENDERSE IMPUTADAS A LOS MAGISTRADOS QUE VOTARON A FAVOR DE LA MISMA. Las irregularidades en que se afirma incurre un tribunal colegiado de Circuito al dictar resolución en un asunto de su competencia, sólo deben entenderse imputadas a los magistrados que votaron a favor de tal resolución, pero no pueden hacerse extensivas al magistrado que votó en contra de la misma, pues con ello manifestó precisamente no compartir el criterio que en la sentencia respectiva se hubiere sustentado. [Octava Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 70, octubre de 1993, p. 27].

En efecto, del anterior criterio podemos concluir que la conducta del juzgador consistente en haber votado en contra del proyecto de resolución no está prevista en tipo administrativo alguno. Por ello, tal acción es atípica.

Un caso similar se presenta cuando a los magistrados no ponentes se les atribuye omitir resolver un juicio. En ese caso, tampoco está prevista esa conducta en el tipo en tanto el relator no presente a su consideración en la sesión colegiada el respectivo proyecto de resolución. En este sentido estamos también ante la presencia de una causa de atipicidad por ausencia de objeto.

### 2. *Ausencia de referencias temporales o espaciales*

En esta causa de atipicidad se ha dado una conducta, en principio, típicamente administrativa, aunque en la realización de ese comportamiento no están presentes las circunstancias temporales o espaciales exigidas por la ley. Por ello, no existe tipicidad.

### 3. *Ausencia de los medios de comisión*

Esta atipicidad se da cuando en la conducta del juzgador, éste no ocupa los medios de comisión previstos legalmente por alguno de los tipos administrativos.

#### 4. *Falta de elementos subjetivos del tipo administrativo*

En esta causa de atipicidad, el juzgador despliega un comportamiento, en principio típico, aunque aquél no se realiza ni con intención ni por negligencia. Se trata de los casos de fuerza mayor, caso fortuito y miedo insuperable. En ellos, la conducta del juzgador no es la expresión de su voluntad, pues ésta no es libre y, por tanto, no se le puede imputar. En general, puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria en el sentido de espontánea y motivada, supone ausencia de acto humano.<sup>29</sup>

#### 5. *Conducta del propio justiciable*

Estamos hablando de los casos en que la actuación de los propios justiciables, o de quienes dicen resentir un perjuicio por una indebida actuación judicial, han propiciado la conducta típica que atribuyen al juzgador.

Por ejemplo, si en un asunto penal no se dicta sentencia en el plazo legal, pero se acredita que la omisión de que se trata se debe a la constante interposición de recursos por parte del justiciable o de su abogado, no existe conducta típica que imputar al juez denunciado. En efecto, si bien el procesado ejercita un derecho o una libertad (de interponer los medios de impugnación que estima pertinentes), en el ejercicio de tal derecho no le está permitido abusar del mismo o extralimitarlo. Esto último, a menos que no quiera sufrir una consecuencia, como lo es el hecho de que el juez no pueda sentenciar. Por ello, aun en los casos en que el juzgador lleve a cabo una conducta descrita por la ley como indebida, si el incumplimiento a su deber obedece a la actitud de justiciable, no existe tipicidad. En ese supuesto, al igual que en el anterior apartado, la voluntad del juzgador ante la situación creada por el justiciable ya no es relevante.

Otro caso de ausencia de tipicidad atenta la conducta del propio justiciable lo constituye aquel en el que se atribuye al juzgador la omisión de valorar una prueba que no fue ofrecida por las partes.

---

<sup>29</sup> Luis Jiménez de Azúa, *op. cit.*, nota 18, p. 142.

#### IV. LA ANTIJURIDICIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA

En términos generales, es antijurídico aquello que contradice el orden normativo. Para el Derecho disciplinario, es irrelevante la distinción que, en su caso, pueda llegar a presentarse entre ese vocablo, ilicitud e injusto.

Desde siempre se ha definido a la antijuridicidad a través de un concepto negativo, desaprobador del hecho humano frente al Derecho.<sup>30</sup> Así, la doctrina penal mexicana, basándose en un sistema de exclusión, tiene como antijurídica aquella conducta típica que no se encuentra amparada por alguna causa de justificación. En este sentido, para que se colme el segundo plano normativo que ahora nos ocupa, se requiere la concurrencia de dos condiciones: en primer término, la violación de un deber legal (de no afectar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia propios de la función jurisdiccional) y, en segundo lugar, la ausencia de una causa que justifique tal contravención.<sup>31</sup>

La antijuridicidad es una característica objetiva de desvalor, pues recae sobre la conducta típica de un juzgador. Recuérdese que la conducta es la expresión de la voluntad del agente. Entonces, esa característica califica la voluntad del juzgador externada a través de su actuación judicial.

La valoración de la conducta debe hacerse necesariamente *ex post*, pues de hacerse *ex ante* nos bastaría el estudio de la tipicidad. Al respecto, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en su libro *Dogmática del derecho disciplinario*, es contundente al afirmar que “en materia disciplinaria tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas, por cuanto ambas se refieren a infracción de deberes”.<sup>32</sup> Esta afirmación puede ser acertada, pero sólo en cuanto a la materialización de la antijuridicidad que es la infracción de deberes. Sin embargo, como vimos, aquélla abarca no sólo esa materialización, sino

---

<sup>30</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, nota 18, p. 294.

<sup>31</sup> Así define el Código Disciplinario Único de la República de Colombia a la ilicitud sustancial, en su artículo 5º: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

<sup>32</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 313.

también el hecho de que tal infracción no esté amparada por una causa de justificación.

Respecto de la antijuridicidad cabe hablar de un aspecto formal y de uno material. El primero se refiere a una trasgresión a la norma, esto es, a la contradicción de un mandato o prohibición del orden jurídico; desde el punto de vista material, una conducta es antijurídica cuando resulta contraria a lo que la sociedad espera de un juzgador (antisocial).<sup>33</sup> Pero, ¿qué esperan los justiciables de quienes resuelven sus conflictos? Para responder dicha interrogante debe hablarse del papel de garante que los juzgadores desempeñan.

Así es, el juez, al serle sometido un conflicto a su consideración, adquiere un rol especial con respecto al justiciable y, dicho sea de paso, con respecto al propio Estado (Consejo de la Judicatura, con quien mantiene una relación jurídico-administrativa especial). Ese rol especial frente al justiciable se basa en el hecho de que cada juzgador, al aceptar el cargo, sabe que debe cumplir con ciertos deberes funcionales;<sup>34</sup> correlativamente a esos deberes surge a favor del justiciable el derecho de exigir jurídicamente su cumplimiento, pues la responsabilidad del garante, como hemos visto, surge por mandato legal.

Relacionado con el aspecto jurídico de la responsabilidad del juzgador como garante, se debe mencionar que la honestidad, buena fe, independencia, imparcialidad, suficiente preparación, etcétera, siempre serán presumidas por los justiciables. En efecto, los justiciables tienen el derecho de confiar en jueces capaces y eficientes que, en su fallos, den siempre a cada quien lo que en derecho les corresponde.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, nota 17, p. 301.

<sup>34</sup> Tan es así que, a nivel constitucional, en el artículo 97, párrafo sexto, se prevé: “Cada Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al entrar a ejercer su encargo, protestará ante el Senado, en la siguiente forma: Presidente: ‘Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?’. Ministro: ‘Sí protesto’. Presidente: ‘Si no lo hicieréis así, la Nación os lo demande’”.

<sup>35</sup> Jaime Manuel Marroquín Zaleta, “Sin buenos jueces la justicia, una ficción”, Comunicado de prensa 2000/044, 11 de mayo de 2000, <http://www.cjf.gob.mx/>

En la actualidad se ha reconocido la necesidad de que tanto los aspirantes a las funciones judiciales, como quienes ya las ejercen, para cumplir con el rol de garante de que se habla, realicen estudios posteriores a la licenciatura que les permitan contar con los conocimientos necesarios para desempeñar correctamente el servicio de impartición de justicia.

Señalan Héctor Fix- Zamudio y José Ramón Cossío Díaz , en el libro *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, que la preparación especializada ha puesto de relieve que el juzgador no es sólo el funcionario técnico, sino que “desde el punto de vista sociológico es un mediador institucional de conflictos jurídicos y, por ello, no sólo requiere ser un excelente jurista, sino también de manera esencial un profundo conocedor de la sociedad en que vive, de manera que esté capacitado para percibir lo que existe bajo la superficie del conflicto inmediato que se somete a su decisión, así como las consecuencias e implicaciones que va a tener su resolución”.<sup>36</sup>

Aboquémonos enseguida al estudio de las causas de justificación disciplinarias de los juzgadores.

### 1. *Causas de justificación*

Al igual que en el Derecho penal, en el disciplinario rige el principio de que un juzgador no es responsable hasta que se demuestre lo contrario. De tal principio se desprende que antes de declarar fundado un procedimiento administrativo de responsabilidad, se debe buscar una causa de justificación o una eximente —de las que hablaremos más adelante—, que releven de responsabilidad al denunciado.

---

comunica/2000044.html. Este criterio se encuentra sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis P. XLIX/91, visible a fojas 12, tomo VIII, Octava Época del *Semanario Judicial de la Federación*, bajo el rubro: “QUEJA ADMINISTRATIVA. LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE A SU FORMULANTE CUANDO ATRIBUYE A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES FEDERALES LA COMISIÓN DE CONDUCTAS GRAVES EN SU ACTUACIÓN”.

<sup>36</sup> Héctor Fix- Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 47.

Se habla de una causa de justificación cuando existe una circunstancia que hace que el juzgador deba ser protegido por el orden jurídico, esto es, la conducta de aquél ya no resulta desaprobada por el ordenamiento jurídico-administrativo y con ello ya no se le sanciona. Así lo refiere la tesis J/P. 31/92, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada a fojas 17, Octava Época, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 57, septiembre de 1992, p. 17, con el rubro: “QUEJA ADMINISTRATIVA. POR REGLA GENERAL DEBE DECLARARSE FUNDADA, SI EXISTE UNA DILACIÓN EXCESIVA EN LA FORMULACIÓN DEL PROYECTO DE SENTENCIA DE UN ASUNTO A MENOS QUE SE DEN SITUACIONES EXCEPCIONALES QUE LO JUSTIFIQUEN”.

Las causas de justificación son, entonces, permisos para contravenir el ordenamiento jurídico administrativo, los que, al no estar legislados, constituyen un catálogo abierto. Cabe destacar que algunas de dichas causas, como la premura con que debe resolverse un asunto, el volumen y la complejidad de éste, entre otras, se encuentran previstas en los criterios jurisprudenciales emitidos por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien, recientemente contenidas en criterios del Consejo de la Judicatura Federal, derivados de los asuntos que han sido sometidos a su consideración en materia disciplinaria desde su creación en 1994. Sin embargo, no se puede lograr de modo cerrado y definitivo una sistematización, pues los puntos de vista que pueden dar lugar a la exclusión del injusto son sumamente variados y proceden de todas las partes del ordenamiento jurídico, el que es sometido a necesidades cambiantes; en todo caso se habla de causas de justificación con validez limitada.

Roxin, al hablar de la sistematización de las causas de justificación, hace referencia a la importancia de la “teoría del fin”, según la cual, una conducta típica estará justificada, cuando sea “el medio adecuado (correcto) para conseguir un fin reconocido por el legislador como justificado (correcto)”.<sup>37</sup> Sin embargo, de una fórmula no se puede obtener exactamente cuál es el medio justo para el fin justo. Por ello hay que partir de la idea de que las causas de justificación deben aspirar a la regulación socialmente correcta de intereses que colisionan.

---

<sup>37</sup> Claus Roxin, *op. cit.*, nota 8, p. 573.

Tal regulación sólo se puede lograr a través de principios ordenadores sociales, que operan como directrices interpretativas.<sup>38</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, para poder tenerse por acreditada una causa de justificación, no sólo se requiere de la comprobación de su existencia, sino también de la prueba de que el juzgador obró con base en ella y no aprovechándose de ella. “Pensar lo contrario sería negar la influencia ética en el derecho disciplinario”, señala Gómez Pavajeau.<sup>39</sup> Por ejemplo, en una dilación, no basta probar que el órgano jurisdiccional del cual es titular el juzgador denunciado cuenta con una excesiva carga de trabajo, sino que, a fin de no sancionarlo, se requiere también probar el hecho de que aquél hace todo lo posible por abatir dicha carga y, a pesar de su esfuerzo, no lo logra. Esto es, si el juez no dicta sentencia en un asunto, pretextando carga de trabajo, sin que haga nada por abatirla, no se actualiza causa de justificación alguna y debe declararse fundado el procedimiento administrativo disciplinario que se sigue en su contra. De ahí que lo objetivo de las causas de justificación debe coincidir con la parte subjetiva que las anima, esto es, la situación normativa de la justificante debe coincidir con la subjetiva de quien se ampara en ella.

No debe pasarse por alto que en una misma conducta típica pueden concurrir dos o más causas de justificación.

Pasemos ahora al análisis de las causas de justificación más comunes en el ordenamiento disciplinario de los juzgadores.

#### A. Carga de trabajo

La función judicial que llevan a cabo los juzgadores se había concebido tradicionalmente como una actividad técnica tendente a la resolución de conflictos jurídicos. Sin embargo, actualmente se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo que enfrenta serios obstáculos dado el creciente número de controversias jurídicas y su progresiva tecnificación derivada del desarrollo tecnológico y demográfico de la actualidad. Ello ha

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 575.

<sup>39</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 320.

cargado excesivamente la labor de los órganos jurisdiccionales y ha provocado un serio rezago y lentitud en la resolución de los asuntos que se someten a su consideración.<sup>40</sup> Dicha ineficiencia judicial provoca la inconformidad de los justiciables que detona en numerosos procedimientos disciplinarios.<sup>41</sup>

La inconformidad de la que hablamos en materia disciplinaria se conoce como dilación en el dictado de las resoluciones, generalmente de las sentencias. Esta hipótesis es denominada en el ordenamiento jurídico español como el anormal funcionamiento de la administración de justicia que junto con el error judicial son reconocidos a nivel constitucional como generadores de responsabilidad civil para el Estado-juez.<sup>42</sup>

Sobre la dilación, Oñate Laborde distingue entre lentitud en los procesos y rezago judicial. La primera está referida al desfase respecto a los términos legales establecidos para la resolución de controversias. Por su parte, el rezago judicial consiste en la acumulación de asuntos que están condenados a su no resolución en un plazo razonable.<sup>43</sup> No se trata de los asuntos pendientes por dilucidar, pues el propio trámite conlleva a que siempre existan asuntos pendientes de resolución.

Para nadie es desconocido que tanto la productividad como la calidad del servicio público judicial que desempeñan los órganos jurisdiccionales mexicanos (esto último, con las reservas de cada caso), son ineficientes, puesto que no se han resuelto en forma satisfactoria

---

<sup>40</sup> Sin embargo, se sabe que el rezago judicial ha sido un problema que ha agobiado al Poder Judicial desde el siglo pasado. Por tal motivo fueron creados los tribunales colegiados de circuito en 1951. De esta forma fueron desconcentrados una gran cantidad de asuntos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>41</sup> Héctor Fix Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

<sup>42</sup> Álvaro Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, p. 113 a 117.

<sup>43</sup> Alfonso Oñate Laborde, *El rezago judicial*, Conferencia dictada en el Ciclo de conferencias magistrales invierno 1996, Instituto de la Judicatura Federal, México, 13 de noviembre de 1996.

las necesidades de los que deben someterse a él.<sup>44</sup> De ahí que se deba buscar disminuir el número de causas pendientes, así como el tiempo de tramitación de ellas (del inicio a la sentencia, y de ésta a su ejecución). Ello, sin lugar a dudas, hará aumentar la confianza y satisfacción de los gobernados en el Poder Judicial de la Federación.

Para tal efecto deben ponerse en marcha mecanismos de evaluación cuantitativa que analicen, entre otras circunstancias, la carga de trabajo existente en cada uno de los órganos jurisdiccionales (o al menos en el Distrito o Circuito al que pertenezcan), puesto que no es la misma en toda la república, además de otros factores variables de cada época, según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de la función jurisdiccional.<sup>45</sup> Las conclusiones obtenidas forman un sistema de control que debe estar actualizado, pues de ordinario se deben aplicar como criterio de evaluación. De esta forma, el juzgador evaluado también conocerá de antemano los criterios con los cuales se ponderará su labor a efecto de que sea acorde con la realidad de su trabajo y luche por obtener las metas que se le proponen como mínimo.<sup>46</sup>

En este orden de ideas, dentro de un procedimiento administrativo disciplinario se deberá verificar si la dilación en la emisión de una sentencia, por ejemplo, se debe a que el juzgador denunciado no la ha pronunciado por el exceso de trabajo, esto es, analizando el egreso del juzgado, o bien, a alguna otra causa que pueda o no estar justificada, como pueden ser carencias de tipo administrativo.

Sobre esta causa de justificación y sobre las demás que a continuación se analizarán, conviene transcribir la tesis P/J. 32/92 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

---

<sup>44</sup> Miguel Ángel Aguilar López, "Análisis sociológico del juzgador federal", en revista *Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal*. México, Consejo de la Judicatura Federal, primavera 2003, volumen I, número 2, 2003, p. 92.

<sup>45</sup> La evaluación cuantitativa se refiere a datos sometidos a análisis estadísticos, con los que se procura llegar a conclusiones apoyadas en evidencias empíricas. *Ibidem*, p. 94.

<sup>46</sup> A estas metas, el autor Álvaro Castro Estrada las denomina "estándares de rendimiento medio del servicio". A. Castro Estrada, *op. cit.*, nota 42, p. 23.

TÉRMINOS PROCESALES. PARA DETERMINAR SI UN FUNCIONARIO JUDICIAL ACTUÓ INDEBIDAMENTE POR NO RESPETARLOS SE DEBE ATENDER AL PRESUPUESTO QUE CONSIDERÓ EL LEGISLADOR AL FIJARLOS Y A LAS CARACTERÍSTICAS DEL CASO. El artículo 17 de la Constitución consagra la garantía de derecho a la jurisdicción que consiste, conforme al texto literal del precepto, en que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial” lo que significa, por regla general, que un funcionario judicial actúa indebidamente cuando incurre en dilaciones que lo llevan a vulnerar esos dispositivos al no acordar las promociones de las partes o emitir las resoluciones dentro de los términos específicos que para cada situación señalan las normas procesales aplicables. De ello se sigue que si se formula una queja administrativa con motivo de esas irregularidades y el funcionario admite que incurrió en ellas o las mismas se encuentran probadas, en principio, debe considerarse fundada la queja e imponer las correcciones disciplinarias que correspondan o adoptar medidas que se juzguen convenientes. Sin embargo, al examinar cada caso se debe considerar que el legislador, al fijar los términos procesales en las leyes respectivas no pudo atender a la variada gama de casos que se someten a la consideración de los tribunales, tanto por la índole de las cuestiones jurídicas que se controvierten como por la complejidad de los hechos a los que se refieren, así como al volumen del expediente y la extensión de los escritos aportados y pruebas desahogadas. Por la naturaleza del problema resulta lógico inferir que el legislador, al hacer la determinación a que se alude tomó en cuenta, por una parte, el tiempo que previsiblemente, considerando la capacidad y diligencia medias de un juzgador y de su personal profesional y administrativo de apoyo, se requiere para acordar o resolver la generalidad de los asuntos que ingresan a los órganos jurisdiccionales y, por otra, que este ingreso sea en número proporcionado a la potencialidad de trabajo del juzgado o tribunal que corresponda. Por todo ello cuando se trate de un asunto excepcional, por alguna o todas las características mencionadas o bien cuando el ingreso de asuntos al órgano jurisdiccional respectivo supere notoriamente al que podría considerarse normal, debe concluirse que o bien se presentaron atenuantes o bien, excluyentes

de responsabilidad en relación con la actuación del funcionario contra el que se formuló la queja administrativa y resolverla en consecuencia. [Octava Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 57, septiembre 1992, p. 18].

Dentro de otras causas de justificación podemos mencionar el aspecto humano del juzgador que, con frecuencia, cumple su función alejado de su familia, de su vida social, cultural y académica, lo que, seguramente, de una forma u otra, incide en el desempeño de la función.

## B. Elementos humanos y materiales

Esta causa de justificación se refiere a aquellos elementos con los que cuenta el juez al momento de cometer la falta que se le imputa. Por lo que se refiere a los elementos humanos, se trata del personal con que se dota al órgano jurisdiccional del cual es titular el juzgador denunciado, desde el de más inferior categoría hasta los actuarios y secretarios, quienes, en conjunto, apoyan al juzgador en su función.<sup>47</sup> En relación con los elementos materiales, son todos los instrumentos con los que debe contar un juzgador para realizar su función, que van desde un apéndice de jurisprudencia hasta computadoras, discos compactos con legislación, etcétera.

Para ilustrar esta causa de justificación, permítaseme citar el siguiente ejemplo hipotético. Imaginemos que el justiciable presenta una queja ante el Consejo de la Judicatura Federal, atribuyendo al juzgador no haber dictado sentencia en un asunto penal. Supóngase que ese asunto consta de varios volúmenes y se trata además de delitos informáticos atribuidos a varios procesados, en el hay que dilucidar autoría y coparticipación. Agréguese que ese juzgado cuenta sólo con un secretario proyectista y con una sola computadora. En ese caso, resulta comprensible que el juez no haya dictado sentencia en el término legal, pues no cuenta con los elementos materiales ni humanos

---

<sup>47</sup> Joel Carranco Zúñiga, en su libro, *Poder Judicial*, denomina a los secretarios y actuarios como personal profesional jurisdiccional. Joel Carranco Zúñiga, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000, p. 53.

suficientes para dictar sentencia en el plazo legal, ni en el asunto de que se duele el promovente de la queja ni en todos los demás que están siendo puestos a su consideración.

### C. Antecedentes personales, laborales y profesionales

Generalmente, los antecedentes personales, laborales o profesionales del juzgador denunciado, más que acreditar una causa que justifique la infracción que se le imputa, sirven en el momento de individualizar la sanción, pudiendo agravarla o aminorarla, según el caso.

### D. Características del asunto

Es muy común que el juzgador incurra en alguna infracción que encuentre justificación por las características del asunto en el que la cometa. En efecto, estamos hablando de una causa de justificación objetiva dado que se refiere al asunto puesto a la consideración del juzgador denunciado. Por lo general, si el asunto es muy complejo o voluminoso resulta, hasta cierto punto, comprensible el hecho de que el funcionario haya cometido la infracción que se le atribuye. El problema es determinar ese “cierto punto”, pues, como se dijo, el juez es garante ante la sociedad de cumplir fielmente con todas las obligaciones a su cargo, sin que la validez de esa garantía dependa de las características del asunto sometido a su consideración.

### E. Cumplimiento a una orden antijurídica de un superior jerárquico

Para que se pueda tener por acreditada esta causa de justificación y, por ende, para que no se sancione al juzgador, deben colisionar dos deberes. Uno de ellos debe corresponder al Derecho disciplinario e imponer al juzgador una determinada forma de actuación, que se traduce en el cumplimiento de sus deberes funcionales, mientras que el otro deber, también legal, le impone una forma de actuación, pero opuesta. Ejemplo: los integrantes de un tribunal colegiado, al resolver un juicio de amparo directo, imponen a la autoridad responsable

dictar una sentencia en un sentido que es erróneo. Esa autoridad sabe que cumplimentando el amparo, satisface su obligación de responsable (es más, de no hacerlo incurre en responsabilidad); sin embargo, también sabe que la sentencia que dictará no será legal. La actuación típica del juez consistente en la emisión de una sentencia errónea será permitida a través de la causa de justificación en estudio. Por ende, no habrá lugar a sancionar al juzgador.

De ahí que los elementos que integran esta causa sean los siguientes: a) existencia de dos deberes; b) esos deberes deben ser de contenido distinto, pero en las mismas coordenadas de tiempo y lugar, y c) los imperativos deben ser dirigidos al mismo juzgador que, posteriormente, actúa típicamente.

Debe tenerse presente que todo conflicto de deberes presupone la imposibilidad de su cumplimiento simultáneo. Ello, naturalmente, trae como consecuencia que uno de dos órdenes normativos no sea cumplido. Por tal razón, y a fin de no romper con el dogma de la unidad del Derecho, el orden que se infringe, en este caso el administrativo disciplinario, encuentra la solución en la presente causa de justificación y decide no sancionar. Así, este último ordenamiento, en principio quebrantado, al fin de cuentas no se corrompe. Recuérdese: la tipicidad queda activa, lo que no se acredita es la antijuridicidad administrativa.

## 2. Los efectos de las causas de justificación

Una conducta que esté amparada por una causa de justificación, como se dijo, será conforme al Derecho. Se trata de una tolerancia legal de un comportamiento.

Pero no sólo eso, las causas de justificación conceden también derechos de intromisión.<sup>48</sup> En efecto, el justiciable que resiente una conducta típica por parte del juzgador no tendrá otro remedio que aceptarla, es decir, soportarla, sin poder ejercer medio de impugnación alguno. Por ello, si un justiciable se inconforma ante el Consejo, por la dilación en la resolución de un conflicto puesto a la consideración

---

<sup>48</sup> Claus Roxin, *op. cit.*, nota 8, p. 602.

de un titular de un órgano jurisdiccional con excesiva carga de trabajo y ésta se acredita como causa de justificación, ese justiciable no tendrá jurídicamente otro remedio que soportar la dilación y esperar a que el juez dicte sentencia cuando pueda hacerlo. Claro está que la presentación de una queja administrativa representa una fuerte presión para cualquier juzgador, por lo que, generalmente, cuando el denunciado se entera del procedimiento seguido en su contra, de inmediato dicta sentencia, sin que por ello quede sin materia el procedimiento disciplinario. Así lo refiere la tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, J/P. 30/92, que dice:

QUEJA ADMINISTRATIVA POR NO FORMULAR EL PROYECTO DE SENTENCIA EN UN ASUNTO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. NO QUEDA SIN MATERIA PORQUE EL FUNCIONARIO INFORME QUE YA SE RESOLVIÓ. Cuando se formula una queja administrativa en contra de un funcionario judicial federal, con base en lo previsto por el artículo 13, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, denunciándose que en un asunto determinado ha transcurrido en exceso el término que legalmente se tenía para proyectar la sentencia y resolverlo y el funcionario al rendir su informe comunica que el negocio ya ha sido resuelto, no debe declararse sin materia la instancia, pues el fin de la misma no es simplemente que se subsane la irregularidad que, se pretende, ha sido cometida, sino poner en conocimiento del más Alto Tribunal una conducta que podría revelar una actuación indebida del funcionario que ameritara la imposición de una corrección disciplinaria o la adopción de alguna otra medida. [Octava Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 57, septiembre 1992, p. 16].

## V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA COMO TERCER NIVEL DE VALORACIÓN

Partiendo del principio elaborado por Beling *nulla poena sine culpa*, llegamos a la conclusión de que la culpabilidad (o como más adelante explicaremos, la responsabilidad) forma parte necesariamente de la teoría de la infracción administrativa, junto con la tipicidad y la

antijuridicidad, conformando así el tercer y último escalafón de su estudio.

El concepto de culpabilidad ha evolucionado a través del tiempo. En un principio se entendió en un sentido puramente objetivo.<sup>49</sup> Posteriormente, se tomó en cuenta un elemento psicológico, relacionante del resultado con su autor, haciéndose consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de su causación (dolo y culpa). Más tarde, el finalismo consideró al dolo y a la culpa parte del injusto, siendo ellos el objeto de valoración. Actualmente, la doctrina ha dilucidado el porqué el autor debe responder de su hecho antijurídico a un “poder hacer”<sup>50</sup> en relación con el hecho que se le imputa, esto es, se trata del estudio de la orientación de la voluntad con arreglo al comportamiento debido. En este sentido, la culpabilidad constituye el motivo de reproche de un hecho a su autor. Pero, ¿qué es reprochable, censurable, achacable o exigible a un autor? Para responder esta pregunta, el Derecho penal actual se basa en la participación del autor “en los valores básicos de la convivencia”.<sup>51</sup> Ahora bien, el ordenamiento disciplinario debe basarse en la participación del juzgador en los valores básicos no de toda la convivencia, sino del servicio de impartición de justicia.

En palabras más sencillas, se entiende por culpabilidad el juicio de exigibilidad, en virtud del cual se le imputa o atribuye a un juzgador la realización de un injusto administrativo. Ese reproche jurídico-disciplinario se basa en el hecho de que, dadas las condiciones imperantes en el órgano jurisdiccional, aquél se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los deberes que rigen la función jurisdiccional y no lo hizo. Ello evidencia el carácter individual y social de la responsabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en un ámbito jurisdiccional y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento in-

---

<sup>49</sup> Es decir, se entendió solamente como el nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella.

<sup>50</sup> Günther Jakobs, *op. cit.*, nota 10, p. 574 y 575.

<sup>51</sup> “Si el autor ha cometido un injusto culpablemente, ha negado, por decirlo así, su propia participación en los valores básicos de la convivencia”. *Ibidem*, p. 575.

dividual del juzgador.<sup>52</sup> Se habla de individualidad de la responsabilidad dado que, a diferencia del Derecho civil en el que una persona puede ser el autor de una conducta, pero no el responsable de reparar el daño causado,<sup>53</sup> en el orden disciplinario, autor y responsable siempre coinciden.

El principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), entre otras implicaciones, trae como consecuencia que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica estén en proporción adecuada, es decir, la imputación al juzgador debe ser necesaria, por estar descartada la posibilidad de resolver la situación sin castigar al juzgador. También la medida de la responsabilidad se ve limitada por “lo necesario” de acuerdo con las exigencias del sistema de impartición de justicia. De ahí que el principio de que hablamos sea la fundamentación de la sanción y su medida.

En resumen podemos decir que la responsabilidad implica: a) el conocimiento de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta que se atribuye; b) reprochabilidad, en el sentido de no haber actuado en modo distinto a como se hizo y, c) ausencia de eximentes de responsabilidad.

### 1. *Distinción entre culpabilidad y responsabilidad*

Son varias las razones por las que creemos que en materia disciplinaria no se puede hablar de culpabilidad sino de responsabilidad. Algunas de esas razones son las siguientes:

- La culpabilidad atiende a un grado mayor de responsabilidad y pertenece al Derecho penal,<sup>54</sup> pues este Derecho protege bienes jurídicos de “mayor importancia” como son la vida, la integridad física, el patrimonio de las personas, etcétera. Por su parte, la

---

<sup>52</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p.333 a 334.

<sup>53</sup> Entiéndase por responsable, la persona que debe soportar las consecuencias de una actuación.

<sup>54</sup> El Derecho penal es la *última ratio* de la política social, de manera que no debe intervenir si se dispone de medios más benignos para evitar el daño social.

responsabilidad administrativa, que pertenece al Derecho disciplinario, protege bienes de “menor jerarquía” como es el correcto ejercicio del servicio de impartición de justicia.

- Algunos autores estiman que si bien se habla de un juicio de exigibilidad en materia administrativa, éste no debe serlo en los mismos términos que en el Derecho penal. En este último se conoce con exactitud el catálogo de los delitos, en tanto que en el Derecho disciplinario no se puede exigir al juzgador, con ese grado de certeza, el conocimiento de todas y cada una de las infracciones. Por ello, para poder sancionar a un juez se debe partir de la presunción *iuris et de iure* de que los juzgadores conocen todas y cada una de las faltas.<sup>55</sup> Independientemente de que considero que en materia disciplinaria no se debe hablar de culpabilidad, sino de responsabilidad, estimo que la razón no es la presunción antes mencionada. Por el contrario, el juzgador, al ser un conocedor del derecho, está obligado a tener conocimiento cierto de absolutamente todas y cada una de las infracciones. Es por ello, que el conocimiento no es el fundamento de la responsabilidad, sino la exigibilidad de otro comportamiento distinto al que se le imputa al juzgador, esto es, la determinación de si el agente pudo haber actuado de modo distinto al que lo hizo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en concreto.

Otra de las razones por las que no se puede hablar de culpabilidad en materia disciplinaria, es la importancia que tiene la buena fe de los juzgadores. La buena fe viene a ser la confianza que los justiciables, a través de su nombramiento, depositan en ellos. Por tal razón, muchas conductas, basándose en el principio de la buena fe, pueden no generar responsabilidad a los juzgadores, a pesar de que éstos se hayan comportado típica y antijurídicamente. El problema radica en la determinación de los límites de la buena fe, pues si bien no es justo sancionar a quien obra de buena fe, tampoco es justo que a los juzga-

---

<sup>55</sup> Alejandro Nieto, *op. cit.*, nota 6, p. 347.

dores, esto es, de quienes más esperan los justiciables, se les exima de responsabilidad aprovechándose de aquélla.

## 2. *Inimputabilidad*

Al ser la imputabilidad un presupuesto de la responsabilidad, su ausencia (inimputabilidad) no constituye una eximente de responsabilidad, sino que de antemano impide el estudio de esta última. El reproche supone necesariamente la capacidad de reprochabilidad.

Ahora bien, dicha capacidad es “la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el conocimiento del deber existente”.<sup>56</sup> Únicamente quien, por su desarrollo y salud mental, es capaz de representar el hecho, conocer su significación y dirigir su voluntad hacia la infracción de una norma puede ser sujeto de responsabilidad administrativa. Consecuentemente, la inimputabilidad supone la ausencia de dicha capacidad.

Al no estar regulada por las leyes especiales, debe acudir, una vez más, al Derecho penal.<sup>57</sup> La fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal señala que el delito se excluye cuando “al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”.

En materia disciplinaria, aunque poco frecuente, pueden llegar a darse casos de inimputabilidad por la superveniencia de algún trastorno mental o alteración en el desarrollo intelectual del juzgador que le impide la realización del servicio de impartición de justicia que se le encomendó. Se dice superveniencia porque, al momento de nombrar

---

<sup>56</sup> Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, nota 17, p. 373.

<sup>57</sup> El artículo 28, inciso 7, del Código Disciplinario Único de la República de Colombia prevé a la inimputabilidad como causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, señalando que en tales eventos se dará inmediata aplicación a los mecanismos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

a una persona como juzgador, la capacidad se presume. Así lo refiere la tesis P.XLIX/91, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada a fojas 12, tomo VIII, Octava Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, con el rubro: “QUEJA ADMINISTRATIVA. LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE A SU FORMULANTE CUANDO ATRIBUYE A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES FEDERALES LA COMISIÓN DE CONDUCTAS GRAVES EN SU ACTUACIÓN”.

De acreditarse que, al cometer una infracción, un juez no era imputable, no puede, entonces, como lo señala la doctrina, ser declarado administrativamente responsable.<sup>58</sup> En esos casos, el Consejo debe tomar otras medidas antes que sancionar al juzgador inimputable, pues, aun cuando haya llevado a cabo una conducta típica y antijurídica, ésta no fue expresión de una voluntad negadora del deber funcional.

### 3. *El aspecto negativo de la responsabilidad administrativa*

En este apartado estudiaremos las causas que impiden la integración completa o atenuada de la responsabilidad administrativa. Constituyen el aspecto negativo de esta última, haciendo inexistente la sanción administrativa, pues el juzgador es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas de exclusión de la responsabilidad:

- el error, y
- la inexigibilidad de otra conducta.

#### A. El error

Se trata de una actitud psíquica del juzgador en su mundo de relación, que consiste en una idea errada o falsa respecto de un objeto, cosa o situación. A diferencia de la ignorancia que supone un estado negativo, pues entraña una falta completa de conocimiento, el error es un estado positivo que, como se dijo, se basa en un conocimiento falso.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 326.

<sup>59</sup> Luis Jiménez de Azúa, *op. cit.*, nota 18, p. 260.

De acuerdo con el artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal, el delito se excluye cuando aquél se realiza bajo un error invencible:

Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

En este orden de ideas, para que el error pueda operar como eximente de responsabilidad en materia disciplinaria se requiere, en primer término, tratarse de una equivocación invencible, pues al no estar “nadie obligado a lo imposible”, no se puede reprochar un acto del cual no se estuvo en posibilidad de conocer las exactas dimensiones. La invencibilidad de que se trata implica que un juzgador no pudo superar por ningún medio, ni objetivo ni subjetivo, el yerro en que incurrió.

Como se dijo, de acuerdo con el Código Penal Federal, el error administrativo puede recaer, tanto sobre uno de los elementos que integran el tipo administrativo (error de tipo), como sobre la ilicitud de su conducta (error de prohibición), aunque también puede hablarse de otros errores propios de la función jurisdiccional (de interpretación, inducido por la administración, irrelevantes, etcétera).

#### **A) Error de tipo y error de prohibición**

Al error que recae sobre las circunstancias del hecho típico (elementos descriptivos o normativos) se le conoce como error de tipo. Cuando no recae sobre circunstancias que pertenecen al tipo administrativo, sino sobre la ilicitud de la realización de tal hecho, se habla de un error de prohibición. Esta última clase de error comprende tres variedades: a) la ignorancia de la vigencia de la norma; b) cuando, conociendo la norma, el juzgador no la considera aplicable al caso, y c) cuando cree que actúa amparado por alguna causa de justificación .

En la práctica resulta bastante difícil diferenciar los errores citados, pues las casuales de responsabilidad contienen preponderantemente elementos normativos.

## **B) Error de interpretación**

Este tipo de error, propio de la función jurisdiccional, se refiere a la equivocación en que incurre un juzgador al aplicar el Derecho, esto es, al aplicar una disposición jurídica, como puede ser un precepto legal o una jurisprudencia.

Señala la doctrina que este error opera como eximente sólo cuando la conducta que se imputa al agente resulta razonable y no claramente absurda o temeraria,<sup>60</sup> o bien cuando dicha conducta sea resultado de un “mal empleo de los métodos interpretativos”, esto último según el autor Ángel Dávila Escareño.<sup>61</sup> Por lo que hace a la razonabilidad de la interpretación, se refiere a todas aquellas circunstancias que permiten rechazar la existencia de responsabilidad por parte del juzgador denunciado.

Debe tomarse en cuenta que no debe tratarse de una diferencia de criterio o de opinión, pues ni el Consejo de la Judicatura Federal ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueden fijar, dentro de un procedimiento administrativo disciplinario, la correcta interpretación de una disposición jurídica.

Entonces, para que el error del que hablamos opere como una eximente debe existir coherencia en la interpretación que se le atribuye, es decir, debe verificarse si la disposición interpretada daba margen a ella, si se obtuvo justicia interpretando de la manera en que se hizo y si el juzgador expuso todos los argumentos que lo llevaron a esa interpretación.

## **C) Error inducido por la administración**

Como hemos visto, a diferencia del Derecho penal, a los juzgadores cabe exigirles conocimientos técnicos y precisos de las normas que

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>61</sup> Sobre el tema, el mencionado autor refiere que la mala o indebida interpretación, sobre todo de la jurisprudencia, se debe a que no existe plena uniformidad concerniente a la posición que el juzgador debe adoptar al aplicar normas generales —como lo es precisamente una jurisprudencia— a casos especiales. Ello, en detrimento de la seguridad jurídica. Ángel Dávila Escareño, *La jurisprudencia: ¿interpretación jurídica o ley?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 262 a 264.

aplican en el servicio público jurisdiccional. En el ejercicio de la función, el Consejo, en algunas ocasiones, puede llegar a emitir disposiciones (acuerdos de carácter técnico) que resulten confusas. En relación con tal hecho, cabe mencionar que uno de los derechos de los juzgadores en su relación con dicho órgano administrativo es el de obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos de las disposiciones que deben aplicar. Por tanto, si en la aplicación de una norma confusa se incurre en un error, éste puede catalogarse como invencible y, por tanto, como eximente de responsabilidad cuando se atienden las siguientes consideraciones:

- si el juzgador, antes de cometer la infracción, agotó los medios para resolver la confusión y
- si aquél adecuó su conducta a la información que le fue suministrada.

Ahora bien, si el juzgador consultó a la Administración y, a pesar de ello, incurrió en error, habrá que examinar

- si la solicitud fue realizada con anterioridad a la conducta constitutiva de la infracción;
- si la administración ya hubiere informado de forma general sobre los extremos a los que se refiere la solicitud;
- si, en su caso, la ausencia de información por parte de la administración fue determinante del error, y
- si el error fue o no inexcusable.

#### **D) Errores irrelevantes**

Dentro de estas equivocaciones se contienen aquellas cuyos resultados, al ser tan menores o poco gravosos, no merecen imponer al juzgador que en ellas incurrió sanción alguna, debiendo el promovente de la queja soportar esa lesión que, por regla general, no le causa ningún perjuicio. Por ejemplo, los meros errores de dictado o impresión de una resolución que no causan perjuicio a las partes. Otros errores comunes de esta clase pudieran ser las equivocaciones cometidas por los juzgadores en el llenado de los formatos de declaración patrimonial.

## B. La inexigibilidad como elemento negativo de la responsabilidad administrativa

Si la responsabilidad se hace consistir en un juicio de reprobación del hecho al autor, la causa de exclusión (o atenuación) relativa a la no exigibilidad hace referencia a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho. Por ellas, resulta humanamente excusable o no punible que el juzgador haya actuado de una forma determinada, aun cuando haya infringido un deber legal o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente por el orden jurídico-disciplinario, ni reconocido como de conformidad con sus fines.

En este sentido, se habla de inexigibilidad cuando se responde negativamente a la siguiente pregunta: dadas las condiciones objetivas y subjetivas que rodearon al juzgador al momento de cometer la infracción, ¿debe ser sancionado?

Como se ve, estas eximentes, al ser supralegales, no se contienen en algún catálogo. Por tanto, al igual que las causas de justificación, habrá que analizar cada caso en concreto, pues cada juicio, y más cada actuación, tiene sus particularidades.<sup>62</sup>

Debe tenerse especial cuidado en la generalización o exageración de tales causas, pues se corre el peligro de que a través de la excusabilidad se beneficien malos juzgadores con grave perjuicio para la sociedad. Así, por ejemplo, si un juzgador actúa típica y antijurídicamente produciendo consecuencias demasiado graves, dicha actuación no puede ser considerada de ningún modo como irreprochable.

Un ejemplo de inexigibilidad de una conducta lo es el hecho de que un juzgador no se encuentre en horas hábiles en el órgano jurisdiccional del cual es titular, si tal ausencia se debe a que su hijo se encuentra seriamente enfermo, internado en un hospital. En este caso nos encontramos ante la inexigibilidad de otra conducta distinta a la que llevó a cabo el juzgador por omisión. Por tanto, no cabe reproche

---

<sup>62</sup> En realidad se trata de eximentes de tipo ético, en las que opera un sistema de *numerus apertus*. Recuérdese que lo ético atiende a la conciencia del juez, dotado de capacidad y aptitud para ejercer la función jurisdiccional.

alguno. De no considerarse así, implicaría “degradar al hombre como mera herramienta para el cumplimiento de deberes”.<sup>63</sup>

## VI. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Desde un principio cabe destacar que la sanción administrativa no forma parte de la teoría de la infracción, sino que constituye una consecuencia de la acreditación de la tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad de la misma. En tal virtud, en la presente investigación sólo cabe hacer algunas consideraciones respecto de ella.

Señala Luigi Ferrajoli que dentro de la organización de un Estado se manejan garantías fuertes y garantías débiles.<sup>64</sup> Las primeras comportan directamente la nulidad de las desviaciones a la ley cometidas por un juzgador y, aunque obviamente tienden a la minimización de la discrecionalidad judicial, aseguran que no se abuse del poder de juzgar; en tanto que las segundas, esto es, las garantías débiles, prevén la responsabilidad de los juzgadores por las desviaciones a la ley en que incurrían y aparecen como sanciones. En nuestro sistema jurídico, al no preverse las garantías fuertes, las débiles devienen indispensables y se definen como el perjuicio jurídico impuesto por el Estado a un juzgador, como consecuencia o efecto de la anterior comisión de una falta administrativa.

En México, las sanciones administrativas fueron elevadas a rango constitucional por reforma de diciembre de 1982. Según se vio, están previstas en el artículo 109, fracción III, que dice: “Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

Tales sanciones se rigen por los principios de exacta aplicación de la ley y de proporcionalidad. Así lo señaló la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión

---

<sup>63</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 374.

<sup>64</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, p. 594.

2164/99, el 29 de junio de 2001, del que emanaron las tesis CLXXXIII/2001 y LXXIX/ 2001 que, respectivamente, dicen:

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA. La marcada diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas y las penales, precisada en la exposición de motivos del decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto de la Constitución Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en los artículos que comprende dicho título y en la propia Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con base en la cual se dispone que los procedimientos relativos se desarrollarán en forma autónoma e independiente, no significa que en el ámbito sancionador administrativo, dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal, como es el relativo a la exacta aplicación de la ley (*nullum crimen, sine lege y nulla poena sine lege*), que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que tal principio alcanza a los del orden administrativo, en cuanto a que no se podrá aplicar a los servidores públicos una sanción de esa naturaleza que previamente no esté prevista en la ley relativa. En consecuencia, la garantía de exacta aplicación de la ley debe considerarse no sólo al analizar la legalidad de una resolución administrativa que afecte la esfera jurídica del servidor público, sino también al resolver sobre la constitucionalidad de la mencionada ley reglamentaria, aspecto que generalmente se aborda al estudiar la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales con los que aquél guarda íntima relación. [No. Registro: 188,745, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 718].

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. AL ESTABLECER LA LEY FEDERAL RELATIVA EN SUS ARTÍCULOS 47, 53 FRACCIÓN IV, Y 54 EL MARCO LEGAL AL QUE DEBE SUJETARSE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

PARA EJERCER EL ARBITRIO SANCIONADOR IMPOSITIVO, RESPETA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en diversos precedentes, que los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en su expresión genérica en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son respetados por las autoridades legislativas cuando las disposiciones de observancia general que crean, por una parte, generan certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias jurídicas de su conducta y, por otra, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan en la medida necesaria y razonable esa atribución, en forma tal que se impida a la respectiva autoridad, actuar de manera arbitraria o caprichosa en atención a las normas a las que debe sujetarse al ejercer dicha potestad. En ese contexto, es incuestionable que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en sus artículos 47, 53, fracción IV y 54, respeta los referidos principios constitucionales, al fijar el marco legal al que debe sujetarse la autoridad administrativa para ejercer el arbitrio sancionador impositivo, toda vez que el legislador precisó con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible, el núcleo básico de las conductas calificadas como infractoras y las sanciones que les corresponden, en términos de lo previsto en sus artículos 47 y 53, además de que en el diverso numeral 54 encausó la actuación de la autoridad administrativa para imponer las sanciones relativas en el ámbito de su competencia, al limitar su atribución mediante la fijación de elementos objetivos a los que debe ajustarse para decidir el tipo de sanción que corresponde a la infracción cometida en cada caso concreto. Por tanto, del contenido de tales disposiciones se advierte que el servidor público no queda en estado de incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de su conducta, pues los principios rectores que la rigen, consistentes en la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, establecidos en la reforma constitucional a los artículos 109 y 113, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se encuentran reglamentados y específicamente determinados, a través de un estructurado sistema disciplinario contenido en el indicado precepto 47, cuyo incumplimiento provoca la iniciación del procedimiento respectivo, el que se concluye con la aplicación de sanciones predeterminadas, entre

las que se encuentra la destitución a las que se contrae la fracción IV del referido artículo 53. Lo anterior pone de relieve, que la facultad conferida a la autoridad sancionadora no puede ser producto de una actuación caprichosa o arbitraria, sino justificada por la evaluación de todas las circunstancias que rodean la situación de hecho advertida por la autoridad y que se concretizan mediante los elementos de convicción aportados en el curso del procedimiento respectivo, en el que el servidor público tiene oportunidad de rendir las pruebas que estime pertinentes, en concordancia con las normas que regulan el ejercicio de esa facultad sancionadora, pues de acuerdo con el margen legislativamente impuesto a la autoridad, su actuación tendrá que ser el resultado de la ponderación objetiva de los elementos relativos a la gravedad de la infracción, monto del daño causado y demás circunstancias que previene el citado artículo 54 para acotar su actuación y así permitir la fijación de una sanción acorde con la infracción cometida, especificada como tal en la propia ley. [No. Registro: 188,749, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 714].

La segunda parte del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que las sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión (de tres días a un año en el ejercicio de sus funciones), destitución, inhabilitación, así como en sanciones económicas (dependiendo su duración y monto del beneficio obtenido y del daño causado).

El artículo 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación prevé como sanciones, además de las antes citadas, las siguientes:

- apercibimiento privado o público, y
- amonestación privada o pública.

En materia disciplinaria, el catálogo de sanciones es flexible; esto es, dentro del abanico legalmente previsto, el Consejo, dadas algunas circunstancias que más adelante se precisarán, concretiza la sanción. Ello, a diferencia del Derecho penal, en el que a cada conducta típica se le atribuye una pena en específico (prisión, multa, suspensión,

privación de derechos, etcétera) y en la que se establece un mínimo y un máximo). Tal diferencia se da, pues en el ámbito penal el número de delitos es reducido, mientras que en materia administrativa resulta prácticamente imposible superar la dificultad técnica de individualizar normativamente miles de posibles formas de infracciones; por tanto, legalmente no puede manejarse una correspondencia individualizada.

Antes de la reforma constitucional mencionada, sólo se imponían sanciones administrativas a aquellos juzgadores que incurrieran en faltas graves durante el ejercicio del encargo. De acuerdo con el derecho vigente, las sanciones se imponen no sólo por la comisión de faltas graves, sino incluso por faltas leves, siempre y cuando el juzgador infrinja alguno de sus deberes funcionales (no afectar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia propios de la función jurisdiccional).

La facultad de imponer sanciones administrativas recae en los titulares del poder disciplinario. Dicha facultad sólo puede ejercerse, previa la constatación de la tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad administrativa del juzgador, por medio del método que hemos expuesto. Sin embargo, se reconoce el amplio margen de actuación del que goza el operador jurídico, por lo que deben imponerse dos límites: por un lado, debe atenderse a un principio de proporcionalidad entre infracción y sanción, y, por otro, a un principio de discrecionalidad administrativa, que no puede llegar a constituir nunca una arbitrariedad.

Sin querer profundizar sobre la teoría de la pena, pues como se dijo, no forma parte de la presente investigación, podemos decir que las sanciones tienen una triple función:

- Vengar el orden jurídico infringido, mediante la imposición de una sanción. Como dice Ángeles de Palma del Teso, “la resolución administrativa sancionadora pondrá de manifiesto, tanto frente al autor como frente a la colectividad, que el derecho consigue imponerse”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Ángeles de Palma del Teso, *op. cit.*, nota 28, p. 43.

- Procurar la enmienda del juzgador.
- Inspirar en el resto de los juzgadores un temor saludable que prevenga otras infracciones, lo que se conoce como efecto disuasorio de las sanciones o prevención general negativa (en virtud de que impide u obstaculiza la comisión de nuevas faltas).

### 1. *Clasificación de las faltas*

No obstante que se ha considerado que las faltas administrativas, en relación con los delitos, son de carácter leve, no todas tienen la misma entidad, puesto que tanto cualitativa como cuantitativamente pueden darse diferencias entre las diversas conductas infractoras del ordenamiento jurídico-disciplinario.

El principio de cuantificación, por el cual se califican en infracciones mayores y menores, parte de una cantidad determinada del daño o perjuicio que la conducta ilícita ocasiona. Esa cantidad está sujeta al criterio del legislador, el cual la establece de acuerdo con parámetros determinados en una cantidad fija o en salarios mínimos. La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos utiliza el criterio de cuantificación con base en el salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, al establecer la duración de la inhabilitación como sanción administrativa.<sup>66</sup>

El principio cualitativo clasifica las faltas administrativas en que incurrir los juzgadores, al menos doctrinariamente, en graves, leves y levísimas. En efecto, como se señaló con antelación, nuestra legislación, indebidamente, omite hacer una clasificación taxativa de las faltas administrativas, sólo se limita a reconocer siempre como graves

---

<sup>66</sup> Artículo 13, fracción V, tercer párrafo, dice: “Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto u omisión que implique beneficio o lucro, o cause daños o perjuicios, será de uno hasta diez años si el monto de aquéllos no excede de doscientas veces el salario mínimo general mensual vigente en el Distrito Federal, y de diez a veinte años si excede de dicho límite. Este último plazo también será aplicable por conductas graves de los servidores públicos...”

algunas de ellas. Así, el artículo 136, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, textualmente, dice:

En todo caso, se considerarán como faltas graves, el incumplimiento de las obligaciones señaladas en las fracciones XI a XIII y XV a XVII del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en las fracciones I a VI del artículo 131 de esta Ley y las señaladas en el artículo 101 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, se estima que las faltas administrativas pueden tener el carácter de graves, aunque no estén comprendidas en el precepto legal antes transcrito.

Por otra parte, las faltas leves y levísimas vienen definidas por un sistema de *numerus apertus*, ya que le corresponde a la autoridad disciplinaria fijarlas. Aquí, la legalidad tiene que ser complementada con la proporcionalidad, que no debe ser otra cosa que la correspondencia entre la sanción y el desvalor típico, antijurídico y responsable causado por el juzgador denunciado. Por ello, la función de la proporcionalidad es “convertir la pluralidad de soluciones en una única posibilidad justa”.<sup>67</sup>

El Código Disciplinario Único de la República de Colombia señala, por un lado, los criterios para determinar si la falta es grave o leve<sup>68</sup> y, por otro, hace referencia a otros criterios para graduar la sanción.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 393.

<sup>68</sup> Grado de culpabilidad; naturaleza del servicio; grado de perturbación del servicio; jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución; trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; modalidades y circunstancias en que se cometió la falta —dentro de las cuales se apreciarán el cuidado empleado en su preparación, nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido para cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación—; motivos determinantes del comportamiento; intervención de otras personas en la comisión de la falta.

<sup>69</sup> Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o función; c) atribuir la responsabilidad

En cambio, nuestra legislación, en el artículo 136 de la mencionada ley orgánica, como se verá en el siguiente apartado, cita las reglas a tomar en cuenta, tanto para valorar las faltas como para sancionarlas, es decir, funde en una sola operación todos los criterios.

## 2. Criterios para individualizar las sanciones

Estos criterios, como se ha insistido, no forman parte de la teoría de la infracción administrativa, sino que se aplican para individualizar la sanción, por lo que algunos autores, como Gómez Pavajeau, los denominan condiciones de punibilidad impropias, habida cuenta que su única incidencia es en el ámbito de la punibilidad<sup>70</sup> y que su presencia no es necesaria para determinar la sanción, aunque influye notoriamente en ella.<sup>71</sup>

Según el artículo 136 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,<sup>72</sup> las faltas serán valoradas y, en su caso, sancionadas de conformidad con los siguientes criterios:

- La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones legales o las que se dicten con base en la ley.

---

infundadamente a un tercero; la confesión de la falta antes de la formulación de cargos; haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso; el grave daño social de la conducta; la afectación a derechos fundamentales; el conocimiento de la ilicitud; pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

<sup>70</sup> Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *op. cit.*, nota 2, p. 392.

<sup>71</sup> Debe destacarse que, de acuerdo con la propia ley, al individualizar la sanción no se deben tomar en cuenta ni el dolo ni la culpa, pues forman parte de la tipicidad subjetiva. Por tanto, ninguna de esas formas constituye una condición de punibilidad.

<sup>72</sup> Dicha ley orgánica remite a los tres últimos párrafos del artículo 53, así como a los diversos 54 y 55 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, los cuales corresponden a los artículos 13, 14 y 15 de la ley vigente, esto es, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

- Las circunstancias socioeconómicas del juzgador responsable.
- Nivel jerárquico<sup>73</sup> y antecedentes, entre ellos, la antigüedad en el Poder Judicial Federal.
- Las condiciones exteriores y los medios de ejecución de la falta administrativa.
- La reincidencia en el cumplimiento de obligaciones.
- El monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio causado mediante la comisión de la infracción.

### 3. *La gravedad de la falta*

Algunos autores estiman que la gravedad de la falta tiene que ver con la tipicidad subjetiva, esto es, con el dolo y la culpa, en virtud del principio de proporcionalidad. En efecto, frente a una conducta dolosa ha de ser superior la pena a la de aquella conducta imprudente, pues el orden jurídico se ve más perturbado por la comisión dolosa que por la culposa. Así, una conducta dolosa merece un mayor reproche jurídico-administrativo y, conforme al principio de proporcionalidad, ha de imponerse una sanción severa.

Para ejemplificar la gravedad de la responsabilidad en que puede incurrir un juzgador, conviene citar la siguiente tesis:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. LA OBTENCIÓN DE UN BENEFICIO ECONÓMICO PROCEDENTE DE QUIEN ES PARTE EN UN JUICIO DE AMPARO DE SU CONOCIMIENTO, ES FALTA GRAVE QUE JUSTIFICA SU REMOCIÓN. La demostración de que un magistrado de Circuito o un juez de Distrito aceptó un beneficio económico de quien es parte en juicios de amparo de su competencia, constituye una conducta indebida que denota deshonestidad y falta de convicción en respetar la Constitución y las leyes emanadas de ella, como lo es la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que le impone, entre otras obligaciones, las establecidas en las

---

<sup>73</sup> Quienes ostentan altos cargos no sólo están obligados a ejercer control sobre sus inferiores jerárquicos, sino también a dar ejemplo de comportamiento compatible con los principios propios del servicio de impartición de justicia.

fracciones XIII y XVI del artículo 47. Además, si llegaren a existir razones fundadas para presumir amistad estrecha entre el litigante y el funcionario de que se trate, y éste no se declara estar impedido legalmente para conocer de los juicios de amparo respectivos, en términos del artículo 66, fracción VI de la Ley de Amparo, dicha omisión corrobora lo indebido de la conducta del juzgador, no obstante que la resolución no favoreciera a la parte involucrada, dado que la fracción VI del precepto antes citado no condiciona en esos términos la existencia de la causal de impedimento referida. [Tesis P. XXIV/96, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo 1996, p. 467].

#### 4. Reincidencia

Según el último párrafo del artículo 14 de la ley de responsabilidades vigente, es reincidente el juzgador que, habiendo sido declarado administrativamente responsable, incurre nuevamente en una o varias conductas infractoras.

En este sentido, podemos afirmar que para que un juzgador pueda ser considerado como reincidente se requiere que la falta en que haya incurrido sea posterior a la notificación de la resolución en la que haya sido inicialmente declarado responsable administrativamente.<sup>74</sup> Ahora bien, si la resolución es posterior, aunque no pueda hablarse de reincidencia, sí debe considerarse para los efectos de la individualización de la sanción, pudiendo ser mayor a la mínima que se prevé en el artículo 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Al respecto, se cuestiona si para ser reincidente se requiere incurrir nuevamente en la misma causa de la responsabilidad administrativa o si incluso se necesita ejecutar nuevamente la misma conducta (por ejemplo, incurrir nuevamente en dilación en la emisión de una sentencia). Sobre dicho punto, el citado órgano ha decidido que, para que

---

<sup>74</sup> Si el Consejo de la Judicatura Federal ha realizado en el juzgador sólo un extrañamiento, pero no le ha impuesto sanción administrativa alguna, no podría actualizarse la figura de la reincidencia.

pueda tenerse como reincidente a un juzgador, no se requiere que incurra en la misma conducta, pero sí en el mismo tipo administrativo.

El hecho de que un juzgador sea reincidente no implica necesariamente que la sanción a imponer sea más enérgica que la que se impuso anteriormente. Ello, pues aparte de tal criterio, deben analizarse todos los demás que, para la individualización de las sanciones, prevé la ley de la materia. Además, puede darse el caso que la segunda infracción sea de menor gravedad a aquella por la que ya fue sancionado el juzgador.



# El discurso narrativo en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Roberto Lara Chagoyán\*

*SUMARIO: I Introducción. II. ¿Qué es la narración? III. Las estrategias discursivas. IV. La técnica narrativa en el discurso oratorio judicial. V. ¿Cómo es la parte narrativa en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación? VI. Características del discurso narrativo en las sentencias: una propuesta.*

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho es un fenómeno comunicativo que, como tal, necesita un lenguaje para poder cumplir su cometido; es, pues, un fenómeno lingüístico. Podemos afirmar que este fenómeno jurídico tiene su cara más visible en la producción de las normas (el lenguaje legislativo) y en la producción de las sentencias (el lenguaje judicial). Podríamos decir, de manera quizás excesivamente simple, que la actividad jurisdiccional pasa por dos grandes dimensiones: la normativa y la fáctica. La primera de ellas se refiere a lo que conocemos como fundamentación y cumple una función esencial en la construcción de los fallos ya que muestra cómo los juzgadores han utilizado las fuentes del Derecho —particularmente las normas jurídicas— para resolver casos concretos. La segunda dimensión se refiere a los hechos que son sometidos al análisis de los jueces; los hechos, sin embargo, no pueden ser

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

conocidos, analizados y clasificados de manera directa por los juzgadores, esto es, no pueden ser estudiados en bruto. Para trabajar con ellos se requiere que sean comunicados a través de un acto lingüístico, a través de enunciados. Los jueces, pues, trabajan no con pruebas sino con enunciados (verdaderos o falsos) que hablan de esas pruebas. Esta última dimensión demanda un tipo especial de discurso: el narrativo que, como se verá a continuación, cumple con una función muy básica, a saber, el *relato de hechos*.

No obstante la obviedad que rodea a estas palabras, en nuestro país el discurso judicial en materia narrativa es más bien oscuro, rebuscado y lleno de tecnicismos que lo hacen ininteligible para propios y extraños. En nuestro país, la “jerga judicial” no es en realidad el metalenguaje que los jueces emplean para realizar su trabajo, sino un producto, eso sí, muy tradicional, de prácticas, excesos y violaciones gramaticales que han marcado durante mucho tiempo un “estilo” propio del cual nadie —o casi nadie— puede enorgullecerse. Sin caer en una generalización apresurada, puedo decir que una buena parte de las sentencias mexicanas incurrir en los siguientes vicios: abuso de las transcripciones; uso abusivo de arcaísmos; oscuridad; sintaxis inapropiada; faltas ortográficas; falta de *claridad*, de cohesión y coherencia discursivas, así como ausencia de argumentación.

Este trabajo se centra exclusivamente en un aspecto relacionado con la falta de claridad: en concreto, a la ausencia de la narrativa de los hechos. Así, considero que puede resultar de utilidad un replanteamiento en cuanto a la técnica del discurso narrativo que se emplea en las sentencias, incluso para quienes afirman que los destinatarios de éstas son sólo los juristas y no los legos en Derecho —con lo que, por cierto, no estoy de acuerdo y más adelante comentaré—.

Lo que el lector encontrará en este artículo es una breve descripción de las distintas acepciones del concepto *narración*; las distintas estrategias discursivas utilizadas por la narración; la técnica narrativa en el discurso jurídico; un breve diagnóstico de lo que, por lo general, contiene la parte narrativa de las sentencias mexicanas (tomando como paradigma las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), y, finalmente, una propuesta de lo que debe ser la parte narrativa en los fallos.

## II. ¿QUÉ ES LA NARRACIÓN?

A decir de Helena Beristáin, existen diversos significados del término “narración”.<sup>1</sup> 1) Narración es el nombre que reciben, en general, los *textos* pertenecientes a diversos *géneros* literarios en los que se emplea la técnica narrativa: *epopeya, novela, cuento, fábula, leyenda, mito* y, asimismo, relaciones no literarias de sucesos, como las reseñas periódicas y las informaciones históricas. 2) La narración es un tipo de discurso que resulta del uso de distintas estrategias discursivas de presentación de conceptos, situaciones o hechos realizados en el tiempo por protagonistas relacionados entre sí mediante acciones. 3) La narración consiste en una exposición de hechos, es decir, la existencia de la narración requiere la existencia de sucesos relatables. En general, dice la autora, la relación de una serie de eventos se llama relato, y puede ofrecer la forma de la narración, como en un cuento, o bien de la representación, como en el teatro.

Tomaré como base la tercera de las acepciones mencionadas. Así, cuando un juez va a resolver un problema desde el Derecho, no sólo es indispensable que lleve a cabo todo un proceso argumentativo que le permita tener por probados los hechos, sino que además conviene que comunique (al menos) el resultado de dicho proceso con la mayor claridad posible.<sup>2</sup> Tanto para resolver como para comunicar la resolución de un caso es, pues, necesario tener un *relato* de lo acontecido.

---

<sup>1</sup> Cfr. Helena Beristáin, *Diccionario de retórica y poética*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 352-355.

<sup>2</sup> En los últimos años algunos autores han tomado como tarea examinar los problemas relacionados con el aspecto fáctico de la argumentación o la llamada “motivación de los hechos”. Se trata, como se sabe, de una aproximación algo distinta de lo que se conoce como “Derecho probatorio” o “teoría de la prueba” que tradicionalmente han abordado los procesalistas. Lo que distingue a los primeros de los segundos es la elaboración de los llamados estándares de racionalidad epistemológica, que no son otra cosa que herramientas intelectuales que permiten al operador determinar de manera razonable y medible en qué medida o grado un hecho se tiene por probado. Estos autores han demostrado lo útil que resulta para un operador jurídico el empleo de herramientas intelectuales propias del campo de la epistemología que tradicionalmente no han sido tomadas en cuenta por los juristas. Algunos de estos autores son Larry Laudan, Luigi Ferrajoli, Michelle Taruffo, Perfecto Andrés

Más aún: es imprescindible que el propio juez los relate, puesto que es quien mejor los debe conocer. Partamos de la idea de que la sentencia es el resultado final de un proceso intelectual de estudio, análisis, planeación, revisión y argumentación. La sentencia se traduce en un discurso mediante el cual el juez muestra cómo resolvió el problema que le fue planteado. Ese discurso se compone por diferentes partes perfectamente diferenciadas: la primera de ellas es el relato de los hechos. Esa parte es la que ahora nos interesa.

¿Qué es lo que caracteriza un relato? Según Bremond,<sup>3</sup> en los relatos se presenta “una sucesión de acontecimientos que ofrezca interés humano y posea unidad de acción”. Dichos sucesos se desarrollan en el tiempo y se derivan unos de otros, por lo que ofrecen simultáneamente una relación de consecutividad (antes/después) y una relación lógica (de causa/efecto).

En una narración se presentan principalmente los hechos relatados, es decir, las acciones realizadas por los protagonistas o personajes. El discurso —se dice— es el equivalente de las acciones.<sup>4</sup> La narración es el procedimiento discursivo más abundantemente utilizado; incluso es utilizado por otro género: el teatral. La diferencia entre el género narrativo y el teatral estriba en la estrategia de presentación discursiva de los hechos.

En ambos alguien cuenta a alguien una historia, pero en la narración la comunica un narra-emisor a un receptor; mientras que en el drama, el autor comunica su mensaje al público. La narración ocupa también un lugar importante en el *discurso oratorio*, pues por lo

---

Ibáñez, Marina Gascón Abellán, Manuel Miranda Estampres, Daniel González Lagier y Jordi Ferrer Beltrán, entre otros.

<sup>3</sup> Claude Bremond, citado por Helena Beristáin, *op. cit.*, p. 352.

<sup>4</sup> Beristáin señala que en la narración pueden alternar otras estrategias discursivas como la descripción (de conceptos, lugares, objetos, animales, personas, épocas, etcétera) o el diálogo y que puede contener monólogos verbales (soliloquio) o pensado por un personaje (monólogo interior). El monólogo, a su vez, puede contener narraciones y diálogos evocados o imaginados por personajes como un desdoblamiento de sí mismos en el microdiálogo, o puede aparecer como un discurso de una sola voz, sin retractación, afirmada por la convicción de poseer la verdad acerca de sí. *Op. cit.*, p. 352-353.

regular en éste se requiere el relato de unos hechos antecedentes en cualquiera de los géneros que lo conforman: el *epidíctico*, el *deliberativo* y el *judicial*.<sup>5</sup> Este último demanda la voz narrativa para el relato de los hechos que van a ser analizados.

### III. LAS ESTRATEGIAS DISCURSIVAS

Una narración puede elaborarse a partir de una determinada estrategia discursiva.<sup>6</sup> Estas estrategias pueden ser de cuatro tipos o estilos: 1) el estilo directo; 2) el estilo indirecto (tradicionalmente llamado *oratio obliqua*); 3) el estilo indirecto libre, y 4) el discurso referido.

Estilo *directo* es la narración que presenta el parlamento como procedente directamente de la subjetividad del personaje; en ella se “pone el relato de los hechos en los labios del personaje y permite que éste diga lo que piensa, sin intervención del narrador”.<sup>7</sup> El estilo directo es propio del diálogo, estrategia mediante la cual el discurso muestra los hechos que constituyen una historia relatada, prescindiendo del narrador e introduciendo al lector directamente en la situación donde se producen los actos de habla de los personajes.<sup>8</sup> Veamos un ejemplo tomado de Don Quijote de la Mancha:

— A lo que yo veo, amigo Sancho, éstos no son caballeros, sino gente soez y de baja ralea. Dígolo, porque bien me puedes ayudar a tomar la debida

---

<sup>5</sup> Para Aristóteles, el género judicial versa sobre hechos pasados, sobre la acusación y la defensa; en él, se emplea fundamentalmente el silogismo; su fin es lo justo y lo injusto. El género epidíctico o demostrativo versa sobre el presente y tiene por finalidad el elogio y la censura, lo bello y lo vergonzoso; en él, se emplea fundamentalmente el recurso literario de la ampliación; es propio del discurso que se presenta frente a un público que no tiene que pronunciarse; por ejemplo, en las oraciones funerarias o en los festejos públicos. Finalmente, el género deliberativo versa sobre el futuro; su fin es lo útil y lo dañoso; en él, utilizando fundamentalmente la inducción, se busca persuadir y disuadir; se usa en la retórica política, en los discursos dirigidos a las asambleas. Véase Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 259 y ss.

<sup>6</sup> Helena Beristáin, *op. cit.*, p. 353.

<sup>7</sup> *Ídem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 141 y 142.

venganza del agravio que delante de nuestros ojos se le ha hecho a Rocinante.

— ¿Qué diablos de venganza hemos de tomar —respondió Sancho—, si éstos son más de veinte, y nosotros no más de dos, y aun quizá nosotros sino uno y medio?

— Yo valgo por ciento —replicó don Quijote.<sup>9</sup>

Como señala Beristáin, el diálogo es el discurso imitado, el estilo de la presentación o representación escénica, que ofrece un “máximo de información” mediante un “mínimo de informante” y produce la ilusión de que muestra los hechos; es lo que los latinos llamaban “*oratio recta*”, en que el personaje repite textualmente un dicho propio o ajeno.<sup>10</sup>

Estilo indirecto u *oratio obliqua* es aquel que requiere la existencia de un narrador a cuyo cargo está relatar, describir las acciones de los personajes, y presentar sus parlamentos traspuestos a la forma de proposiciones subordinadas e introducidas por términos subordinantes. En este caso, el narrador no pone en labios del personaje, literalmente, los dichos, sino que se interpone entre el personaje y su dicho; no permite que el personaje diga lo que piensa, sino que él mismo dice lo que el personaje dijo antes. Tal es el estilo característico de la narración o “discurso narrativizado”, que dice los hechos en lugar de mostrarlos, en un procedimiento enunciativo que está dirigido por la conciencia unificadora del emisor, y que introduce una distancia entre el lector y los hechos de la historia. Como ejemplo, podemos tomar la continuación del pasaje del Quijote antes referido:

Y sin hacer más discursos, echó mano a su espada y arremetió a los yangüenses, y lo mismo hizo Sancho Panza, incitado y motivado del ejemplo de su amo; y, a las primeras dio don Quijote una cuchillada a uno, que le abrió un sayo de cuero de que venía vestido, con gran parte de la espalda.

---

<sup>9</sup> *Don Quijote de la Mancha*, edición y notas de Francisco Rico, Edición del IV centenario, Madrid, Real Academia Española de la Lengua, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004, p. 131.

<sup>10</sup> Helena Beristáin, *op. cit.*, p. 142.

Los yangüenses que se vieron maltratar de aquellos dos hombres solos, siendo ellos tantos, acudieron a sus estacas, y, cogiendo a los dos en medio, comenzaron a menudear sobre ellos con grande ahínco y vehemencia.<sup>11</sup>

Estilo *indirecto libre* también reproduce dichos propios o ajenos pero que representan una especie de compromiso o posibilidad intermedia entre los estilos directo e indirecto y que es de uso casi exclusivamente literario. En este estilo, la oración reproductora posee independencia tonal y sintáctica, del mismo modo que en el estilo directo, pero, a diferencia de los estilos directo e indirecto, carece de verbo introductor, manifiesta que “el locutor no se presenta como fuente de lo que dice” y “se asigna al enunciado el papel de hacer saber lo que algún otro cree o dice”.<sup>12</sup> Como ejemplo, sigamos con la continuación del mismo texto del Quijote en donde se advierte un ejemplo de este estilo:

Verdad es que al segundo toque dieron con Sancho en el suelo, y lo mismo le avino a don Quijote, sin que le valiese su destreza y buen ánimo, y quiso su ventura que viniese a caer a los pies de Rocinante, que aún no se había levantado: donde se echa de ver la furia con que machacan estacas puestas en manos rústicas y enojadas.<sup>13</sup>

Vemos este texto de Flaubert —a quien se considera un maestro de este estilo— como ejemplo:

Pero la misión de la señora Bovary no terminó con haber criado a su hijo, haberle hecho estudiar medicina y haber descubierto Tostes para ejercerla: necesitaba una mujer. Y le buscó una: la viuda de un escribano de Dieppe, que tenía cuarenta y cinco años y mil doscientas libras de renta.

Aunque era fea, seca como un palo y con tantos granos en la cara como brotes en una primavera, la verdad es que a la señora Dubuc no le faltaban partidos para escoger.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Don Quijote...*, p. 131.

<sup>12</sup> Helena Beristáin, *op. cit.*, p. 354.

<sup>13</sup> *Don Quijote...*, p. 131.

<sup>14</sup> *Madame Bovary*, Biblioteca Clásica, capítulo I, p. 13.

#### IV. LA TÉCNICA NARRATIVA EN EL DISCURSO ORATORIO JUDICIAL

El discurso judicial es, como ya mencioné, uno de los géneros del discurso oratorio. El discurso oratorio judicial, en su vertiente —digamos— clásica, se componía de las siguientes partes: 1) un *exordio o proemio*; 2) *narración*; 3) argumentación, y 4) *epílogo*.<sup>15</sup> Conviene precisar en qué consiste cada una de estas partes para después centrarnos en la narración.

##### 1. *Exordio o proemio*

El exordio o proemio es una introducción, una inauguración del discurso que rompe el silencio y está encaminada a preparar el ánimo del receptor: es decir, a despertar la atención del público (del lector) y, simultáneamente, a ganar su simpatía y benevolencia apelando a sus sentimientos. El exordio contiene dos partes: 1) la *proposición* y 2) la *división o partitio*. La primera enuncia el tema o asunto de manera precisa y concisa con enunciados como el siguiente: “*he aquí lo que me propongo probar*”. La segunda expresa los puntos o incisos que formarán el discurso, los cuales se enumeran y se enuncian en el orden en que está previsto articularlos.

A veces el exordio contiene la insinuación en la que veladamente se procura influir sobre el subconsciente del público. Así, en esta oportunidad el orador se finge débil e inexperto, elogia a los jueces y recomienda los fines que él mismo propone; obtiene benevolencia

---

<sup>15</sup> El creador de esta división es Córax de Siracusa y, posteriormente, Quintiliano (Bersitáin, *op cit.*, p. 158). Es curioso que las sentencias mexicanas todavía mantengan la estructura —por escrito— de los juicios orales de la antigüedad. Nuestras sentencias se dividen en los ya célebres “VISTOS” (proemio o exordio); “RESULTANDOS” (narración); “CONSIDERANDOS” (argumentación) y “PUNTOS RESOLUTIVOS” (epílogo). Dicho sea de paso, el uso del gerundio como sustantivo resulta, por lo menos, inquietante. La pregunta que debemos hacernos es si se justifica que en sistemas de derecho escrito como el nuestro se mantengan estas partes del discurso judicial. Me parece que no, por varias razones a las que me referiré más adelante.

explotando el tema de las circunstancias o de la condición del adversario o de la propia.

## 2. *La narración*

También llamada acción, *la narración es una exposición o relación de los hechos*. Sirve esencialmente para informar a los jueces sobre el estado de la causa de que se trata. Es una exposición detallada de los hechos que de manera escueta se expresan en la *propositio* (que, como se vio, forma parte del exordio), y sirve de base para la parte decisiva del discurso, que es la “argumentación”.

Es una información que se proporciona a los jueces y al público (al lector de la sentencia) acerca del problema que se ventila, y sirve como base para la parte decisiva del discurso, que es la argumentación. Los elementos de la narración son el *tiempo*, el *lugar*, las *acciones*, los *medios*, la *manera* y el *fin*.

Beristáin reconoce dos formas en las que se puede disponer del orden de las acciones en la narración: 1) *el orden directo o histórico*, que es el conocido como cronológico y presenta los hechos en la forma en la que se sucedieron en el tiempo; y 2) *el orden indirecto o artificial*. El primero suele utilizarse en la fábula y el segundo en la novela. Este último —dice la autora— puede presentar los hechos por en medio o por el final. Consideramos que en el discurso jurídico se estila más el orden cronológico o directo.

Otra característica de la narración es la brevedad. Dice Beristáin que la narración debe ser sucinta, sin digresiones, clara, verosímil y estimulante. A partir de la narración se generan las pruebas que serán utilizadas en la etapa argumentativa que seguirá a la narración.

## 3. *La argumentación*

Llamada también confirmación, comprobación o prueba, la argumentación es la parte en la que se establece el razonamiento mediante el cual se resuelve el problema planteado. En esta parte se suministran las razones que soportan la decisión que va a tomarse, y buscan convencer de la viabilidad y validez de la misma.

En esta parte central del discurso es donde se exhibe el dominio de la lógica y otras formas de razonamiento no formales que presiden el razonamiento y buscan convencer. En la antigüedad se recomendaba cierta distribución de los argumentos: los más contundentes al principio, para causar impacto en el público; los teñidos de humor, en medio, para su relajación o solaz, y los que conmueven, al final, para descalificar a los opositores.

Hoy en día, como se sabe, el aspecto argumentativo de las sentencias —aunque un poco tarde— ha cobrado gran importancia en nuestro país y es un tema del que tanto los tribunales como la academia se ocupan cada vez más. Ello, empero, no ha mejorado sustancialmente el trabajo de la mayoría de los jueces, pues aun cuando se reconoce la importancia del uso de las herramientas argumentativas, no se ha dado el paso de plasmarlas en los fallos. Lo anterior responde, a mi juicio, a la incipiente capacitación en la materia; al corporativismo judicial poco proclive a los cambios e innovaciones; al espíritu formalista imperante, entre otros factores.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Una bibliografía asequible en la materia es la siguiente: Josep Aguiló, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, Revista *Isonomía*, no. 6, ITAM - Fontamara, México, 1997; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 6); Manuel Atienza, *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Manuel Atienza, “El Derecho como argumentación”, en *El Sentido del Derecho*, capítulo 9, Barcelona, Ariel, 2001; Manuel Atienza, *Tras la Justicia*, Barcelona, Ariel, 1993; Manuel Atienza, “Para una teoría de la argumentación jurídica”, Revista *Doxa*, núm. 8, Universidad de Alicante, 1990; Juan Antonio Cruz Parcero y Roberto Lara Chagoyán, voz “Argumentación jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Anuario 2004, Porrúa-UNAM, 2004; Daniel González Lagier, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005; Francisco Javier Ezquiaga, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987; Daniel Mendonca, *Las claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000; J.J. Moreso, P. Navarro y M.C. Redondo, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, Revista *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 247-262; Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, capítulos del I al VI, Barcelona, Ariel, 1994; Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el Derecho*, México, Fontamara, 2003.

#### 4. *El epílogo*

El epílogo es una clausura recapitulativa del discurso. Constituye la contrapartida del exordio y podría traducirse en la oración: “*he aquí lo que he probado*”. En él se repiten las ideas esenciales del discurso, resumiéndolas y enfatizándolas, para garantizar la seducción de los jueces y del público, lo que generalmente se logra mediante la peroración, que se propone conmover despertando pasiones como el rigor y la piedad.

#### V. ¿CÓMO ES LA PARTE NARRATIVA EN LAS SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN?

No obstante que la estructura de las sentencias mexicanas tiene su origen en el discurso oral y, por lo tanto, podemos hablar de una correspondencia entre la división de las sentencias y la del discurso oratorio judicial, lo cierto es que no sucede lo mismo con el contenido de cada parte. Por razones que ahora no vienen a cuento, las sentencias han adoptado un “estilo propio” cuyas notas características más bien son negativas: oscuridad, abuso de tecnicismos, falta de estructura, abundancia de transcripciones, extensión excesiva, ausencia de argumentación, etcétera. No busco aquí hacer un diagnóstico exhaustivo de las sentencias mexicanas, pero sí llamar la atención sobre la pérdida de la estructura que tradicionalmente venía presentando el llamado discurso judicial.

La narración de los hechos se ha convertido en los llamados “resultandos”, que se supone recogen los antecedentes procesales del caso. Sin embargo, en gran medida los “resultandos” de las sentencias suelen estar desprovistos de la información más simple que les dio origen; por lo regular no explicitan cuáles fueron los hechos que motivaron la secuela procesal o, en el mejor de los casos, éstos quedan ocultos en una montaña de información sobre las instancias, las oficialías de partes, las fechas de recepción y otro tipo de datos con olor a burocracia. Veamos un ejemplo:

## RESULTANDO:

**PRIMERO.** Por escrito presentado en la Oficialía de Partes del Juzgado Tercero Penal del Estado de Querétaro, con residencia en la ciudad capital, el seis de octubre de dos mil seis, **MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA**, por su propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra la autoridad y por el acto que a continuación se precisan:  
AUTORIDAD RESPONSABLE: Juez Tercero de lo Penal del Estado de Querétaro.

ACTO RECLAMADO: --- Sentencia definitiva dictada en la causa penal 157/2003.

**SEGUNDO.** El quejoso solicitó que se tuviera como autorizados en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo a los licenciados en Derecho X, Y y Z; estimó que la sentencia reclamada fue violatoria de las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16 y 17, así como contraria a los diversos preceptos, 116 y 133, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no señaló tercero perjudicado por no existir persona alguna con dicho carácter y formuló como conceptos de violación, los que estimó pertinentes.

**TERCERO.** El asunto fue remitido a la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito, donde se recibieron el nueve de octubre de dos mil seis y, a su vez, por razón de turno fue enviado al Tercer Tribunal Colegiado con residencia en Querétaro, Querétaro.

**CUARTO.** El señalado Tribunal admitió la demanda, tuvo por autorizados en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo a las personas señaladas por el quejoso y ordenó la formación del expediente 691/2003, lo que se hizo por auto de presidencia de diez de octubre de dos mil seis.

**QUINTO.** Seguido el trámite del juicio por todas sus etapas, en sesión de diez de enero de dos mil siete se dictó sentencia, que fue terminada de engrosar el tres de febrero siguiente, en la cual se concluyó con el siguiente punto resolutivo:

ÚNICO. La Justicia de la Unión NO AMPARA NI PROTEGE A MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, contra la autoridad y por el acto reclamado, precisados en el resultando primero de esta ejecutoria.

**SEXTO.** La sentencia recurrida fue notificada personalmente al quejoso por conducto de su autorizado en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo, lo que ocurrió el cinco de febrero de dos mil siete, como consta en la razón actuarial visible en la foja 63.

**SÉPTIMO.** Inconforme con el sentido de la sentencia, el quejoso por conducto de su autorizado en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo, interpuso recurso de revisión, lo que hizo por escrito presentado en la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Tercer Circuito, el diecinueve de febrero de dos mil siete, recibido en la Oficina de Correspondencia del propio órgano jurisdiccional el veintiuno de ese mes y año.

**OCTAVO.** Por auto de veintiuno de febrero de dos mil siete, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito ordenó que se enviara a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**NOVENO.** Mediante proveído de veintiocho de febrero de dos mil siete, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso de revisión; se formó el toca 238/2007; se tuvo como domicilio para oír y recibir notificaciones el que se alude en escrito de agravios y, se ordenó notificar al Procurador General de la República para que formulara pedimento, si lo estimaba conveniente.

El agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Suprema Corte de Justicia de la Nación no formuló pedimento alguno.

**DÉCIMO.** Por el mismo auto de veinticinco de febrero dos mil siete, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó que el expediente pasara a la Primera Sala de este Alto Tribunal en razón de la materia del asunto.

**DECIMOPRIMERO.** Por proveído de cuatro de marzo del año en curso, el Presidente de la Primera Sala ordenó que se turnaran los autos al Ministro X para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

El ejemplo anterior se refiere a un amparo directo en revisión que resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La materia es penal, pero ello se sabe sólo por las referencias a la materia que aparecen en distintas partes y no porque los hechos ocurridos —que no se relatan— lo indiquen. Este ejemplo es un paradigma de lo que sucede en las sentencias en nuestro país. Ciertamente se trata

de una relación de hechos, pero de hechos procesales que, además, forman parte de un tramo específico de toda la serie de actos que habrían iniciado con unos hechos —en este caso, delictivos— que ocurrieron y desencadenaron el proceso judicial.

Las sentencias obvian la *narrativa*, el *relato* efectivo de los acontecimientos que detonaron el proceso; ponen énfasis más bien en los detalles técnicos y las circunstancias *procesales* de modo, tiempo y lugar, lo cual, aunque necesario, resulta poco eficiente para comunicar el estado de cosas (los hechos) que guarda la causa que va a ser resuelta. Podemos decir que resalta y da puntual cuenta de la parte procesal en detrimento de los aspectos fácticos desnudos o desvinculados de aquélla. De poco sirve, para el efecto de la comunicación de la sentencia, el detalle procesal si le falta el elemento fáctico correspondiente.

Este sería el diagnóstico: las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no presentan un apartado en el que se expongan los hechos. No informan adecuadamente ni a los jueces ni al destinatario concreto ni al público en general sobre el estado de la causa. En el siguiente apartado hago una propuesta de cómo podría rescatarse el modo narrativo del discurso jurídico y qué fines podría cumplir en el caso concreto de las sentencias mexicanas.

## VI. CARACTERÍSTICAS DEL DISCURSO NARRATIVO EN LAS SENTENCIAS: UNA PROPUESTA

El discurso narrativo de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría estar constituida por dos partes: la primera conformada por un primer “resultando” en el que se recogiera de manera sencilla y sintética lo que sucedió antes de que, por ejemplo en un amparo, se solicitó la protección de la justicia federal; y la segunda, por el resto de los “resultandos”, en los que se narrarían exclusivamente los datos procesales necesariamente útiles para pasar al discurso argumentativo del fallo. La suma de estas dos partes nos daría como resultado el *aspecto narrativo* de la sentencia.

Antes de detallar mediante un ejemplo estas dos partes, conviene puntualizar las características que debe revestir el discurso narrativo en las sentencias. A mi juicio, se tratan de las siguientes:

### 1. *El estilo debe ser indirecto (oratio obliqua)*

Como señalé arriba, consiste en la descripción de las acciones de los protagonistas de los hechos (el quejoso, el acusado, el actor, el demandado, etcétera), a cargo de un narrador que, en este caso, es el juez, el tribunal, la sala o el pleno, según corresponda. El narrador debe presentar en su propia voz las ideas (los argumentos) de los protagonistas; debe enunciar los hechos que ocurrieron, mas no mostrarlos. Los hechos han de pasar por la mente del narrador; éste los ha de abstraer y comprender para luego comunicarlos en las sentencias. En consecuencia, deben obviarse, en lo posible,<sup>17</sup> las transcripciones y las citas textuales de lo que emitió algún protagonista.

### 2. *Contenido de la narración*

El centro del contenido deben ser las *acciones* realizadas. El narrador debe enfocar su relato en los hechos principales que dieron origen a la controversia: la celebración de una compraventa, la muerte de una persona, el pago de un impuesto, la celebración de un matrimonio, el registro de un domicilio, la privación de la libertad, etcétera.

Debe prescindirse en lo posible de las acciones institucionales que fueron realizadas por los protagonistas, pues éstas tendrán su lugar en los siguientes “resultandos” de la sentencia. Así, deben obviarse detalles tales como los números de expediente, los nombres o títulos de los tribunales, cambios que han sufrido éstos, el nombre de los abogados y/o pasantes, los lugares señalados para oír y recibir notificaciones, los poderes legales conferidos, y otros datos por el estilo.

### 3. *Delimitación del contenido*

Los hechos narrados deben estar delimitados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron. Las acciones tuvieron

---

<sup>17</sup> No pasa inadvertido que muchas veces, debido a la falta de claridad de un determinado texto, o a la sorprendente barbaridad que encierra —difícil de creer por un lector— resulta conveniente hacer alguna transcripción. En todo caso, el uso de la transcripción será excepcional.

lugar en un momento y en un lugar determinado; el narrador debe cuidar que las circunstancias referidas queden establecidas de la mejor manera posible. A mayor claridad y detalle de estas circunstancias, mayor será su efecto comunicativo; si esto se cumple, el terreno quedará preparado para la argumentación.

#### 4. *Orden de la narración*

El orden utilizado debe ser directo o histórico. Los hechos han de ordenarse cronológicamente de tal forma que se dé cuenta de cómo se sucedieron los mismos. Es importante que el narrador vigile la línea del tiempo que recorren los hechos.

#### 5. *Brevedad*

El narrador debe procurar que el relato sea sucinto y conciso. Los detalles a propósito de las circunstancias temporales, locales y modales deben acotarse a lo estrictamente necesario. La narración debe referirse a todo y a sólo lo ocurrido. El narrador ha de determinar discrecionalmente lo que considera necesario para el contenido y límites de la narración, pero en todo caso ha de guiarse por un principio de brevedad.

Esta propuesta puede verse reflejada en el mismo ejemplo citado líneas arriba. Propongo que se cambie el título de “resultandos” por el de “antecedentes” para evitar este uso inapropiado del gerundio. Se agrega un subtítulo a cada antecedente que indicará su contenido, y se elimina lo que no se considere estrictamente necesario:<sup>18</sup>

#### ANTECEDENTES:

**PRIMERO. Hechos.** Miguel de Cervantes Saavedra fue privado de su libertad por elementos del Ejército mexicano, el diez de enero de dos mil seis, en la caseta de cobro “Palmillas”, ubicada en la autopista México-

---

<sup>18</sup> Algunos de estos cambios han sido ya implementados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales fueron propuestos por el ministro José Ramón Cossío Díaz.

Querétaro, kilómetro 173. Los soldados realizaban un “operativo” en el marco del “Programa Nacional Contra los Estupefacientes 2006” y seleccionaron de manera aleatoria el automóvil del señor de Cervantes; al revisarlo, encontraron en la guantera del vehículo una pistola mágnam 44. En seguida los soldados preguntaron al conductor si llevaba consigo la licencia correspondiente, a lo que éste contestó que no. Las autoridades militares informaron al ciudadano que lo privaban de su libertad porque el arma que portaba era de uso exclusivo del Ejército y fuerza aérea. El señor Cervantes alegó que la detención era ilegal y que estaba siendo víctima de un abuso de autoridad, además de que sus garantías individuales se veían seriamente afectadas.

El señor Cervantes fue procesado penalmente y condenado a una pena de prisión de diez años y a una multa de cinco mil pesos, por el Juez Tercero de lo Penal del Estado de Querétaro, el día veintinueve de abril de dos mil seis, en la causa penal 34/2006. Dicho fallo fue apelado por el señor Cervantes y la sentencia confirmada por la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Querétaro, el trece de junio de dos mil siete, en el expediente 157/2006.

**SEGUNDO. Demanda de amparo.** En contra de esta última resolución, el señor Cervantes interpuso una demanda de amparo el seis de octubre de dos mil seis. Estimó que la sentencia reclamada era violatoria de las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16 y 17, así como contraria a los diversos preceptos, 116 y 133, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y formuló los conceptos de violación que estimó pertinentes. Dicha autoridad jurisdiccional, luego de llevar a cabo los trámites correspondientes, envió la demanda a la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito.

**TERCERO. Trámite y resolución del juicio de amparo.** El magistrado presidente del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito admitió la demanda de amparo, mediante el acuerdo dictado el veintiséis de junio de dos mil seis, y la registró bajo el número 508/2006. Seguidos los trámites correspondientes, dictó la sentencia el diez de enero de dos mil siete, en la cual resolvió negar el amparo a la parte quejosa.

**TERCERO. Trámite del recurso de revisión en el Tribunal Colegiado.** Inconforme con la resolución que acaba de ser referida, el quejoso interpuso

recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado que conoció del asunto, cuyo presidente, por acuerdo de fecha veintiuno de febrero de dos mil siete, ordenó remitirlo a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para su substanciación.

**CUARTO. Trámite del Recurso de Revisión en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** El presidente de la Suprema Corte, por acuerdo de veinticinco de febrero dos mil siete, admitió el recurso de revisión, ordenó la formación y el registro del expediente correspondiente con el número 238/2007, y ordenó enviar el expediente a la Primera Sala. Por acuerdo, de cuatro de febrero de dos mil siete, el presidente de ésta acordó la radicación del asunto y ordenó turnar los autos a la Ponencia del ministro X, para la elaboración del proyecto de resolución respectivo. El siguiente es otro ejemplo, sólo de la parte narrativa:

1. El 19 de marzo de 1999, José Arcadio Buendía suscribió a favor de Macondo, S. A. de C. V., un pagaré por ciento veintiún mil cuarenta y ocho pesos, el cual sería liquidado en cincuenta y ocho mensualidades de dos mil ochenta y siete pesos tres centavos cada una, y que se pagarían el día tres de cada mes, iniciando en julio de ese año. Aureliano Buendía y Úrsula Iguarán suscribieron el documento en calidad de avalistas.
2. Llegado el momento, Macondo, S. A. de C. V. promovió un juicio ejecutivo mercantil en contra de José Arcadio Buendía, Aureliano Buendía y Úrsula Iguarán, en demanda del pago de la cantidad reflejada en el pagaré mencionado, más los intereses moratorios a razón del 9.5% mensual; el Impuesto al Valor Agregado; y el pago de gastos y costas.
3. Por auto de 11 de septiembre de 1999, se tuvo por acusada la rebeldía de la parte demandada por no haber dado contestación a la demanda.
4. El 22 de diciembre de 1999 se dictó la sentencia correspondiente, en la que se condenó a José Arcadio Buendía, Aureliano Buendía y Úrsula Iguarán a pagar las prestaciones demandadas.
5. Inconforme con el fallo, el codemandado, Aureliano Buendía interpuso un recurso de apelación, del cual conoció la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Arequipa. La sentencia fue dictada el 20 de enero de 2000. En ella, se confirmó el fallo de primera instancia en sus términos.
6. Los demandados promovieron un juicio de amparo directo en contra del fallo anterior, del cual conoció el Segundo Tribunal Federal de Am-

paro, quien dictó la sentencia el 18 de febrero de 2000. En ella, concedió el amparo para el efecto de que se dictara una nueva resolución en la que se fundara debidamente la decisión.

Para terminar, quiero señalar que el discurso narrativo es más importante de lo que parece. No se trata sólo de una mera cuestión estética o de presentación: significa la antesala del establecimiento de unos hechos que van a ser considerados como ciertos. Cómo se narran los hechos es muchas veces la clave para que el juzgador —sobre todo a la hora de construir y validar la premisa fáctica del razonamiento— se predisponga para el proceso; de la calidad de la narración frecuentemente depende la convicción del juez que, obviamente, no puede entrar en contacto con los hechos, sino trabajar con ellos a partir de enunciados lingüísticos, muchos de los cuales están contenidos en la narración de los hechos. Soy consciente de que la narración en el ámbito judicial no sólo corresponde a la tarea del juez, sino también de los testigos, los peritos, las partes, etcétera; pero esas cuestiones pueden ser materia de otro análisis. Ahora sólo me quedo con la idea de que los jueces, ya se sabe, tienen un gran poder: decidir el destino de las personas. Ese poder empieza a manifestarse, desde mi punto de vista, a partir de cómo presenta el juez los hechos, cómo los narra, cómo los relata... Gran responsabilidad de la talla de una gran función.



# Los tribunales colegiados de circuito —identidad perdida—

Jorge Ojeda Velázquez\*  
J. Fernando Ojeda Montero\*\*

SUMARIO: I. *Origen, desarrollo y fortaleza de los tribunales colegiados.* II. *La casación como tercer vértice jurisdiccional.* III. *Desarrollo del constitucionalismo en los estados federados.* Conclusiones.

## I. ORIGEN, DESARROLLO Y FORTALEZA DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

Existe una crisis de identidad<sup>1</sup> en las funciones que desarrollan hoy los así llamados tribunales colegiados, pues, por una parte, de acuerdo con la competencia asignada por el artículo 158 de la vigente Ley de Amparo, les corresponde la sindicabilidad sobre las violaciones acaecidas durante el procedimiento, lo cual los hace aparecer como tribunales de casación; y, por otra parte, como tribunales de constitucionalidad, al tener que verificar en la sentencia la exacta aplicación de la ley y la debida fundamentación y motivación del acto

---

\* Magistrado del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

\*\* Maestro en Derecho.

<sup>1</sup> Si así podríamos llamarla siguiendo el ensayo de Michele Taruffo, en “Il vertice ambiguo”, *Saggi Sulla Cassazione Civile*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1991, p. 158.

de autoridad (artículo 14, párrafo tercero, y párrafo primero del artículo 16 constitucional).

Esta crisis comienza a gestarse cuando el artículo 140 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824 estableció: “Los Tribunales de Circuito se compondrán de un Juez Letrado, un Promotor Fiscal, ambos nombrados por el Supremo Poder Ejecutivo a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia y de dos asociados según dispongan las leyes”. No obstante que eran mencionados dos asociados, convirtiendo así a los tribunales de circuito en tribunales colegiados, era frecuente que solamente hubiera un juez letrado, sin los asociados, por falta de recursos. Esto perduró hasta 1898 en que se convirtieron en unitarios. También cabe destacar que los titulares de los tribunales de circuito eran llamados originalmente como jueces y no magistrados y a los ministros de la Corte Suprema se les denominaba magistrados hasta fines del siglo XIX.<sup>2</sup>

El artículo 90 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857 dispuso que el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se depositaba en una Corte Suprema de Justicia, y en Tribunales de Distrito y de Circuito.

El Código de Procedimientos Federales de 1898, en su artículo 16, señaló que los tribunales de circuito serían unitarios e integrados por un secretario, un agente del Ministerio Público y los empleados subalternos que determine la ley. El magistrado de circuito (aquí se le llama por primera vez magistrado), debería ser mayor de 30 años y abogado. Su nombramiento era hecho por el Ejecutivo “a propuesta en terna de la Suprema Corte” (artículo 18) y duraría en su cargo cuatro años.

Su competencia quedó definida para conocer en segunda instancia de juicios ordinarios civiles o penales y que conforme a la ley admitieran apelación (artículo 60), sin que tuvieran competencia en materia de amparo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 volvió a disponer que el ejercicio del Poder Judicial de la Federación

---

<sup>2</sup> Lucio Cabrera Acevedo, *Los tribunales colegiados de circuito*, 2ª ed., México, SCJN, 2003, p. 15 y 16.

se depositaba en una Suprema Corte de Justicia y en tribunales de circuito y de distrito, cuyo número y atribuciones fijará la ley (artículo 94).

La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal del 2 de noviembre de ese año dispuso, en su artículo 14, que los tribunales de circuito seguirían siendo unitarios (artículo 14); y su competencia se cercenía a conocer de la tramitación y fallo de apelación; de las negaciones sujetas en primera instancia a los jueces de distrito; del recurso de denegada apelación; de la calificación de las excusas y recusaciones de los jueces de distrito, y de los demás asuntos que le encomienden las leyes, entre otros, el de averiguar la conducta de otro juez o magistrado federal o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o una violación al voto público o algún otro delito castigado por la ley federal (artículo 97, fracción III, constitucional).

De acuerdo con la exposición de motivos, parece ser que fue el rezago de juicios de amparo el que motivó las reformas del 1° de noviembre de 1950 a los artículos 73, fracción VI, base cuarta, último párrafo, 94, 97, párrafo primero, 98 y 107 constitucionales, mediante los cuales los tribunales de circuito se convierten nuevamente en colegiados, cuya publicación en el *Diario Oficial de la Federación* e instalación datan del 19 de febrero y 21 de mayo de 1951, respectivamente.

El texto de las reformas al artículo 94 introdujo la novedad de que el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se depositara además en una Suprema Corte de Justicia, en *tribunales de circuito, colegiados en materia de amparo y unitarios en materia de apelación*, y en juzgados de distrito.

El artículo 107, fracción III, de la Constitución Política estableció que el juicio de amparo en materias judicial y civil, penal y del trabajo, 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 se hayan recurrido 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 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 1951 estableció su composición orgánica en 3 magistrados y agregó más facultades a los tribunales colegiados de circuito para conocer de los recursos de revisión y queja previstos en los artículos 83, 84 y 95 de la Ley de Amparo; de las competencias suscitadas entre jueces de distrito de su jurisdicción en juicios de amparo; de los impedimentos y excusas de los jueces de distrito, de su jurisdicción, en juicios de amparo, y de los demás asuntos que la ley le encomiende expresamente (artículos 1 bis, 6 bis, fracciones I a VII, de la Ley de Amparo).

La reforma de 1967 conserva la estructura organizativa de los tribunales colegiados e introduce, en cuanto a su competencia, una mayor responsabilidad: tendrían competencia legal para conocer de delitos cuyo término medio aritmético fuese hasta 5 años y de violaciones al procedimiento.

La competencia de la Suprema Corte de Justicia fue reducida a los delitos más graves. Esta gravedad derivó de la clase de sanción que la ley estableció o por el monto de la pena impuesta; sólo los delitos sancionados con pena de muerte o privación de la libertad que excediera de cinco años; además, los delitos federales y los militares eran considerados de especial gravedad; todos éstos deberían ser resueltos en amparo directo por la Primera Sala y el resto de los demás delitos serían conocidos por los tribunales colegiados de circuito también en amparo directo.<sup>3</sup>

Las reformas de 1974 y 1979 reafirman la doble competencia de los tribunales colegiados de circuito, pues el artículo 107, fracción v, constitucional estableció:

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá directamente ante la Suprema Corte de Justicia o ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, conforme a la distribución de

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 63, 65, 69, 75.

competencias que establezca la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta constitución.

La reforma constitucional de 1988 otorgó plenitud del control de legalidad a los tribunales colegiados de circuito en amparo directo, dejando a la Suprema Corte de Justicia en los juicios de amparo solamente el análisis de la constitucionalidad de leyes.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas constitucionales se explicaba el porqué debería modificarse el inciso a) de la fracción III del artículo 107 para que el amparo procediera no sólo contra sentencias definitivas o laudos, sino además respecto de resoluciones que pongan fin a los juicios que se ventilan ante tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, ya que existen resoluciones que ponen fin al juicio sin que constituyan sentencias definitivas o laudos, y resulta contrario a la economía procesal que se deban recurrir en amparo indirecto, cuando que, según sus efectos, dichas resoluciones tienen la misma entidad que las sentencias definitivas o laudos.

Finalmente, el artículo 107 constitucional, en lo que aquí interesa, quedó formulado de la siguiente manera:

V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, *sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma* se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

A. En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares. [...]

Por último, con el pretexto de acabar el rezago y reafirmar su naturaleza de corte constitucional, la reforma, de 1999, al párrafo sexto del artículo 94 constitucional amplió la facultad con que cuenta el Pleno de la Suprema Corte para expedir acuerdos generales y, con base en ello, remitió mediante el Acuerdo 5/2001 a los tribunales colegiados de circuito todos aquellos asuntos en los cuales hubiere establecido jurisprudencia, no revistan interés o trascendencia o, en general, la

propia Corte estime innecesaria su intervención, fortaleciéndose así los tribunales colegiados a costa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el caso de la reforma a la fracción IX del artículo 107 constitucional, se introdujo el recurso de revisión a los amparos directos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conozca de este recurso, en una segunda instancia, únicamente cuando las resoluciones pronunciadas por los tribunales colegiados decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución, cuya resolución entrañe, a juicio de la propia Corte, la fijación de un criterio de importancia y trascendencia; esto es, la Corte deja firme el criterio del tribunal colegiado sobre la legalidad del asunto, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

## II. LA CASACIÓN COMO TERCER VÉRTICE JURISDICCIONAL

Como se advierte, es a partir de las reformas de 1988 cuando los tribunales colegiados de circuito adquieren plenitud de jurisdicción sobre el control de la legalidad y conocen tanto de los errores *IN PROCEDENDO* como *IN JUDICANDO* cometidos en una sentencia pronunciada por un tribunal de apelación. Esto la hace aparecer como un tribunal de casación cuyo vértice jurisdiccional lo eleva al tercer grado del sistema de impugnación y en un medio de actuación de la garantía prevista en el artículo 23 constitucional en cuanto que, “ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias”.

Este modelo de tercera instancia comienza a delinearse a partir de la discusión sobre si el juicio de amparo directo constituye o no un recurso.

Como es notorio, los medios de impugnación sirven para controlar la actuación de la autoridad judicial dentro o fuera del procedimiento ordinario. Si se actualiza la primera hipótesis, se conoce como recurso, que en su acepción jurídica<sup>4</sup> significa volver a dar curso a un

---

<sup>4</sup> AA.VV., *Manual del juicio de amparo*, 2ª ed. actualizada, México, SCJN, Themis, 2002, p. 12.

conflicto; un volver en plan revisor sobre lo andado, de manera que, ante quien deba resolverlo, concurren las mismas partes que contendieran ante el inferior, a pedirle que reanalice la cuestión controvertida y que decida si la apreciación efectuada por éste se ajusta o no a la ley correspondiente y, en su caso, a solicitarle que reforme la determinación con la cual no se está conforme. Este tipo de medio de impugnación se atiende dentro de instancias sucesivas y da lugar al conocimiento de los juicios en una etapa inferior por el juez *a quo* (primera instancia); y, en una segunda instancia, por el *ad quem*, en cuya fase de conocimiento, se dice, da por concluido el juicio, y el caso adquiere la calidad de caso juzgado.

Así pues, si como bien lo afirma Hernández Pliego,<sup>5</sup> “la interposición del recurso genera otra instancia, prolongación procesal de la primera”, y si ésta culmina con una decisión irrevocable, ¿se puede llegar a creer, si duda de buena fe, que en materia penal únicamente existen dos instancias? Lo anterior es así, puesto que una sentencia tiene el carácter de cosa juzgada, primero, cuando la ley no establece recurso alguno por el cual pueda ser confirmada o reformada; y segundo, cuando admitiendo algún recurso, se le haya consentido expresamente o haya expirado el término que fija la ley para interponerlo, sin haberlo hecho.

En ese tenor, el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales, al igual que las legislaciones estatales adjetivas que contemplan algún capítulo relativo a las sentencias irrevocables, establece:

Art. 360. Son irrevocables y causan ejecutoria:

- I. Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto, y
- II. Las sentencias contra las cuales no dé la ley recurso alguno.

---

<sup>5</sup> Julio A. Hernández Pliego, *Los recursos ordinarios en el proceso penal*, 2ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 58.

En esta última hipótesis caen aquellas sentencias de segunda instancia que no admiten recurso alguno, pues causan ejecutoria por ministerio de ley, desde el momento en que se pronuncian. Si es así, ¿cómo es que se puede afirmar la existencia de una tercera instancia?; puesto que se dice que el juicio de amparo, medio de impugnación que se interpone sucesivamente al recurso de apelación, “es un remedio jurídico que no abre en sentido estricto otra instancia procesal, sino un juicio o proceso *sui generis* que por su teleología es diferente de aquel que le da origen; es decir, es un medio de impugnación interpuesto fuera del procedimiento ordinario”. Luego, debemos considerarlo como un medio de impugnación que se actualiza fuera del procedimiento ordinario.

En efecto, en el citado *Manual del juicio de amparo*<sup>6</sup> se establecen las diferencias entre estos remedios jurídicos y se comparan señalando: “Para Guasp, el distinguido tratadista español, el recurso es ‘una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución ha sido dictada”. En el amparo, por el contrario, afirma el ministro Serrano Robles, se abre otro procedimiento en el cual quien hasta entonces ha sido juzgador, juega el papel de parte demandada y el conflicto a dirimir es la actuación de esta autoridad señalada como responsable de violación de garantías individuales que la Constitución Política otorga al reo, quien ahora es actor de la litis constitucional.

Nosotros estamos de acuerdo con esta transposición de las partes en el juicio de amparo, pero no lo estamos respecto al conflicto a dirimir, que en nuestra particular concepción sigue siendo el mismo: confirmar o reformar la declaratoria de existencia del injusto penal y la atribución de responsabilidad del reo en su comisión, así como la correcta imposición de las sanciones correspondientes, con la salvedad de que los jueces ordinarios aplicarán las leyes ordinarias y los juzgadores constitucionales aplicarán la Ley de Amparo y la Constitución Política; pero el problema planteado sigue siendo el mismo. Aun cuando el jugador de béisbol estuviese inicialmente en la primera base

---

<sup>6</sup> Ver Arturo Serrano Robles, “El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo”, en *ibídem*, p. 13.

(sometido a proceso), luego en la segunda (en el tribunal de apelación), y ahora esté en la tercera base tratando de meter carrera *at home* (con el juicio de amparo), no implica que no sea el mismo jugador aunque sea llamado procesado, luego apelante y ahora quejoso. Por todo esto creemos que el juicio de amparo sí abre la tercera instancia, entendida desde un punto de vista jurídico como grado jurisdiccional que las leyes han establecido para dilucidar juicios; o bien, percibida sencillamente como solicitud de justicia ante una autoridad; o, simplemente, como lo señala el diccionario: “un insistir en una petición o súplica de pronta solución de un caso”.

De ahí que también la Ley de Amparo, en la fracción II del artículo 73, haya cerrado este círculo, al tildar de improcedente cualquier otro juicio que se interponga contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo por los tribunales colegiados; es decir, las decisiones emitidas por estos tribunales de circuito constituyen la instancia final de control de la legalidad. Más allá de la tercera instancia que abre los juicios de amparo directo, no existe más que el juicio de Dios.

Por otra parte, tampoco creemos que las sentencias de segundo grado dictadas por un tribunal de apelación sean irrevocables, como reza el citado artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales, porque en la tercera instancia que abre este recurso extraordinario pueden ser reformadas por algunos *vitia in procedendo et in judicando* por los así llamados tribunales colegiados, cuyo nombre deriva de la composición orgánica de sus componentes y no por la función de casación que propiamente realizan. En esa dirección sería saludable que cambiaran de nombre y se conocieran como tribunales de casación.

Pero la función de cazar los errores procesales de un tribunal inferior no es propia de los tribunales colegiados; también lo realizan esporádicamente los tribunales de apelación, a petición de parte y no de manera oficiosa, como lo realizan aquellos tribunales colegiados siguiendo las directrices que les marca en materia penal el artículo 160 de la Ley de Amparo.

Ahora bien, si el conocimiento de los errores “*in procedendo*” es propio de una “Corte de Casación”, ¿no sería saludable que se crearan en los estados federados tribunales de casación que analizaran exclu-

sivamente estos vicios que acarrearán la nulidad absoluta o relativa de una sentencia, o bien que se abriera de manera oficiosa el conocimiento de estos errores procesales a los actuales tribunales de apelación (salas superiores o tribunales unitarios), y los así llamados tribunales colegiados los conocieran en una segunda instancia para cumplir con el necesario requisito de control de los actos judiciales?

### III. DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LOS ESTADOS FEDERADOS

Para madurar la primera propuesta hay necesidad de opinar sobre el estado en que se encuentra el constitucionalismo en los estados federados.

Los 31 estados de la República mexicana se definen como libres y soberanos. Es la soberanía —o autonomía— el fundamento de que cada estado cuente con su propia constitución política. El artículo 41 de la Constitución Federal establece que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los estados en lo que toca a sus regímenes interiores, sin que en ningún caso contravengan las estipulaciones del Pacto Federal.

Al respecto, es conveniente citar a Kelsen, quien se refiere así acerca de la autonomía estadual:

El Estado federal se caracteriza por el hecho de que los Estados miembros poseen un cierto grado de autonomía constitucional, es decir, por el hecho de que el órgano legislativo de cada Estado miembro es competente en relación con materias que conciernen a la Constitución de esa comunidad, de tal manera que los mismos Estados miembros pueden realizar, por medio de leyes, cambios en sus propias Constituciones.<sup>7</sup>

Sin embargo, y como ya se adelantó, el ejercicio de esa soberanía no es irrestricto, sino que se somete a la Constitución Federal, en los límites establecidos en su título V.

---

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, UNAM, 1958, p. 378 (4ª reimp., 1988).

Para algunos autores,<sup>8</sup> la potestad de los estados para elaborar una constitución propia se traduce en la facultad de reglamentar a nivel local las disposiciones generales de la Constitución Federal; sin embargo, existen posturas contrarias que no reconocen a las constituciones locales como constituciones, sino que les reconocen únicamente el carácter de ley reglamentaria de algunos apartados de la Constitución Federal, relegando la expresión de la voluntad popular a las leyes locales.

Empero, la anterior afirmación parte de la premisa falsa de que la legislación federal es jerárquicamente superior a la estatal, en razón de que ambas son órdenes subordinadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y cuya diferenciación se establece únicamente en la competencia que ésta les otorga, pues ni la Federación ni los estados miembros pueden válidamente apartarse de su ámbito de validez, cercado por la norma magna de la Unión.

Las constituciones de las entidades federadas otorgan validez al orden jurídico local, que, si bien se encuentra limitado por la Constitución Federal, ello no significa que los estados no puedan introducir nuevas instituciones jurídicas —como lo han hecho en años recientes<sup>9</sup> el estado de Veracruz y otros, quienes introdujeron instituciones jurídicas de control jurisdiccional respecto a su constitución local,<sup>10</sup> recuperando la percepción de que, en efecto, la constitución local es la ley suprema en ese ámbito, capaz de establecer los mecanismos para su defensa—<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Elisur Arteaga Nava, *Tratado de Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, tomo II, p. 551.

<sup>9</sup> Algunas de estas instituciones que se establecen en ciertos estados pero no en la Constitución Federal son: el *referéndum*, el plebiscito y la iniciativa popular.

<sup>10</sup> Aunque con fecha anterior la constitución chihuahuense contemplaba una queja ante el Supremo Tribunal de Justicia en caso de violación de alguno de los derechos fundamentales ahí recogidos. Es decir, en esta entidad federativa se encuentra el primer antecedente de un mecanismo de control constitucional en manos del Poder Judicial.

<sup>11</sup> Los estados que han reformado sus constituciones políticas para introducir algún sistema de control jurisdiccional son Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León, México y Guanajuato.

Luego, la soberanía de las entidades federadas se traduce en la posibilidad de que éstas tiendan a construir su propia constitución, lo que significa que es cada entidad federada, y no el poder federal, la encargada de asegurar la efectiva vigencia de su ley fundamental. De este modo, muchas de las constituciones estatales han reivindicado la soberanía estatal.

En efecto, el sustento de la justicia constitucional local ejercida a través de los sistemas de control jurisdiccionales es la soberanía estatal y la constitución local. Así lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de Nación, en el sentido de que la regulación de los controles constitucionales debe llevarse a cabo por los propios estados de la Federación y a la Suprema Corte sólo le corresponde conocer de las violaciones a las disposiciones de la Constitución Federal. De este modo, las violaciones que se cometan en contra de una constitución o ley local deben resolverse conforme lo establezca el constituyente local.<sup>12</sup>

En lo relativo al ámbito local, es la propia Constitución Federal la que prevé una esfera competencial distinta y específica, y define los alcances de la soberanía que se le reconoce a los estados, como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en otra tesis de jurisprudencia de rubro: “LEYES LOCALES. EMANAN DEL EJERCICIO DEL PODER SOBERANO DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN” [Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, 127-132, Primera Parte, p. 227].

La Constitución Federal establece, en el artículo 124, que las facultades que no están concedidas a la Federación se entienden reservadas a los estados. Así, los estados han ido asumiendo aquellas competencias ejecutivas, legislativas, de administración de justicia y, en general, de aquellas competencias que no han sido directa o indirectamente objeto de reserva constitucional a favor de instancias federales.

---

<sup>12</sup> Tesis de jurisprudencia del Pleno 30/00 de rubro: “Controversias constitucionales entre un estado y uno de sus municipios. A la Suprema Corte sólo compete conocer de las que se planteen con motivo de violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal” [Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril 2000, p. 812].

Desde luego, esto significa que las constituciones de los estados son ordenamientos con menor rango de atribuciones (que no necesariamente jerárquicamente inferiores) a la federal, debido a que sectores muy amplios de la vida jurídica han sido excluidos de las competencias de los estados, pero ello no obsta para que, como se apuntó, algunas constituciones locales introduzcan figuras y hasta instituciones jurídicas no previstas en la Constitución Federal, en cuanto no la contradigan.

Es por lo anterior que las colisiones entre leyes o incluso constituciones locales y su correlativa de ámbito federal pueden ser abordadas para su estudio desde el punto de vista de la supremacía o desde el punto de vista del principio de legalidad.

Existe cierta dicotomía en la anterior afirmación, debido a la correlación entre ambos órdenes. Por un lado, a través del amparo, la Federación puede influir en los asuntos internos de los estados y, viceversa, los estados influyen en las decisiones federales cuando, por ejemplo, las reformas constitucionales requieren de una mayoría calificada.

Recapitulando, la soberanía permite la instrumentación de medios de control constitucional y, de esta forma, cada entidad federada debe regular los mecanismos de control de sus leyes supremas en el ámbito adjetivo, control que llevan a cabo sus tribunales superiores de justicia o bien tribunales o cortes de casación y cortes constitucionales estatales; pero también en lo sustantivo han desarrollado nuevas figuras e instituciones dentro de su esfera competencial, lo que constituye una auténtica interpretación armónica y amplia de los artículos 39, 40 y 41 de nuestra Constitución Federal.

Adicionalmente, el artículo 116, fracción III, establece las bases sobre las cuales los poderes judiciales deben desarrollarse para que exista uniformidad en las constituciones de todas las entidades federativas.

La probable amenaza que se presenta es que cada estado edifique su propio sistema de control constitucional y así desaparezca la uniformidad, lo que se traduciría en confusión para los gobernados, aunque ello también, como lado positivo, refleje una adecuada expresión de la soberanía, siempre y cuando no contravenga a la soberanía

federal plasmada en la Constitución General. Por estas razones sería conveniente que existiera un bloque de garantías que no fueran tocadas por los tribunales locales de casación y ellas serían las contenidas en los artículos 16, 19, 20 fracciones I, VIII y X, párrafos primero y segundo, de la Constitución Federal.

En el ámbito, ya no de las instituciones procesales o de los mecanismos de control constitucional, es cierto que las constituciones reconocen derechos subjetivos inmediatamente reivindicables ante los tribunales o, más en general, imponen condiciones o límites al legislador de los derechos fácilmente reconocibles<sup>13</sup> —por ejemplo, prohibición de leyes *ex post facto*, principio de legalidad penal o de legalidad tributaria, exigencia de justa compensación en casos de expropiación, prohibición de discriminación—, pero también es cierto que algunas constituciones locales prevén expresamente garantías individuales que, si bien no contradicen lo dispuesto en la Constitución Federal, tampoco se encuentran ahí contenidas, como es el caso del estado de Sonora que acaba de introducir en su constitución local la garantía de transparencia, de información breve, y terminación pronta de procesos, así como algunos derechos fundamentales contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, la intervención de factores culturales e ideológicos regionales puede alterar esta situación. La creencia extendida de que ciertos derechos son consustanciales o van aparejados a nociones tales como Estado de Derecho, Estado democrático o incluso Estado social minimizan en la práctica las consecuencias de la ausencia de una carta general de derechos en la Constitución Federal.

La intervención del Poder Judicial, como intérprete armónico de ambos órdenes asegurará, siempre, que prevalezca tanto la norma constitucional suprema como que el orden local respete el principio de legalidad; esto es, que los poderes locales actúen dentro de sus competencias.

---

<sup>13</sup> Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 309-310.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. El desarrollo del constitucionalismo local permitirá, *al mio avviso*, pasar de un centralismo jurídico en el que las constituciones y leyes penales, adjetivas y sustantivas son una calca de las federales, a un federalismo estatal, en el que cada entidad federada, de acuerdo con su idiosincracia, introduciría en sus constituciones normas garantistas de nuevo cuño.

SEGUNDA. Se crearían instituciones como las cortes o tribunales de casación, cuya competencia, en materia penal, sería para conocer en primera instancia, de manera oficiosa, errores *in procedendo et in iudicando*; en tratándose de sentencias de segunda instancia, condenas por delitos leves, entendiéndose por éstos aquellos con penas alternativas, pecuniarias y privativas de libertad hasta cinco años en prisión.

TERCERA. Se reservaría a los así llamados tribunales colegiados el conocimiento de sentencias definitivas por delitos graves, es decir, aquellas sentencias de más de cinco años en prisión y sus respectivas violaciones al procedimiento.



# Usos y costumbres de la comunidad indígena a la luz del derecho positivo mexicano

Martín Ángel Rubio Padilla\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamento constitucional de los usos y costumbres de los pueblos indígenas en el derecho mexicano. III. Derechos indígenas a luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. IV. Planteamiento del problema. V. Propuestas de solución. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Analizando las ciencias jurídicas tenemos que conforman su contenido distintas materias, algunas con carácter eminentemente dogmático y otras puramente técnicas. Con cierta frecuencia escuchamos el reclamo de los abogados, principalmente aquellos que se encargan del quehacer relativo a la administración de justicia, en el sentido de que la teoría no vale sino la práctica. Por otro lado, los doctrinistas destacan la importancia de la teoría como norma aplicable a la práctica. Resulta incuestionable que la teoría y la práctica (costumbre) deben llevarse de la mano, porque la solución de los asuntos jurídicos no puede verificarse sin la coexistencia de ambas figuras del derecho. Cuántas veces para resolver un problema jurídico se ha tenido que recurrir a la doctrina del derecho; o viceversa, cuántas otras un juez al dictar sentencia ha tenido que apoyarse en la costumbre. Entonces,

---

\* Magistrado presidente del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito.

se concluye que para facilitar la construcción jurídica es necesario en ocasiones recurrir a la teoría; en otras circunstancias, a la práctica, y en la mayoría de las veces se debe resolver conforme a la conexión de ambas figuras.

La anterior reflexión tiene capital importancia en el tema que nos ocupa, concerniente a los usos y costumbres que ocurren en el ámbito jurídico indígena. Aquí, el problema es generalmente a la inversa, es decir, ante el enfrentamiento jurídico de los usos y costumbres de una comunidad indígena con el derecho del Estado, se opta por la aplicación de este último en perjuicio de los usos, prácticas y costumbres que tienen lugar en los pueblos indígenas.

El contenido del presente trabajo se enfoca a determinar la posible contradicción (y solución) de las prácticas indígenas que suceden en su ámbito contra el orden jurídico establecido en el derecho positivo, principalmente en materia de garantías individuales y derechos fundamentales, así como en relación con los aparatos judiciales del Estado.

Se puede constatar que ciertos sucesos del orden jurídico que ocurren en las comunidades indígenas, generalmente responden al tipo de ordenamiento cultural del núcleo de población, así como al grado de autonomía que tenga la comunidad respecto del aparato judicial del Estado. Así, nos dice Maurilio Muñoz<sup>1</sup> que en aquellos municipios aislados de las comunidades de Chilapa, Tlapa y Huamuxtlán, la justicia se imparte por los consejos de principales, quienes muchas veces carecen de conocimientos legales y algunos de ellos no tienen la capacidad suficiente para levantar actas y hacer otros trámites legales. Sin embargo, juzgan delitos —para ellos— como abandono de hogar, golpes dados por uno de los cónyuges a su respectiva pareja, pequeños robos, daños en propiedad ajena cometidos por animales, etcétera, y generalmente los castigos que imponen los principales consisten en multas, además de obligar por los medios a su alcance, principalmente la presión social, para que los infractores se corrijan. En esta cuestión

---

<sup>1</sup> Maurilio Muñoz, "Autoridad y justicia nahua, mixteca y tlapaneca", en Teresa Valdivia Dounce (coordinadora y editora), *Usos y costumbres de la población indígena de México: fuentes para el estudio de la normatividad: antología*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1994, p. 132.

no hacen otro papel que el de jueces de paz, y sus normas de conducta se apegan a la ley material consuetudinaria sin importarles la ley escrita del derecho nacional, amén de que la ignoran.

Como se ve, en la mayoría de los casos los delitos menores son juzgados y sancionados internamente por la administración de justicia de las comunidades indígenas. En muy pocas ocasiones, asuntos de este tipo llegan al conocimiento de los aparatos judiciales del Estado. En la aplicación de la ley, las autoridades indígenas competentes para ello se basan fundamentalmente en sus usos y costumbres (ley consuetudinaria), abstrayéndose totalmente de la aplicación de la ley nacional. Inclusive, en muchas ocasiones —tratándose de delitos mayores, como son el homicidio, la violación, el robo etcétera—, los procesados son remitidos a instancias superiores, pero dentro de las propias comunidades indígenas, en donde éstos son juzgados de acuerdo con la costumbre jurídica de la comunidad; las sanciones aplicables son suficientes, y no estiman conveniente turnar a los reos ante los jueces de primera instancia en donde se aplica la justicia estatal. El tipo de castigo que reciben los delincuentes de delitos mayores va desde la multa hasta la pena de muerte, pasando por la venganza privada; se incluye la reparación del daño o la devolución de lo robado.

La aplicación de la justicia en las comunidades indígenas no siempre es totalmente imparcial o ajena a aquellos impedimentos o excusas que provocan que un juez no conozca o falle determinado asunto a la luz del derecho positivo, verbigracia, la amistad o enemistad manifiesta, interés en el asunto, etcétera. En la solución de los asuntos jurídicos de naturaleza indígena por parte de los pueblos indios, subyacen intereses de carácter económico, político, social y cultural de los grupos en conflicto.

Así, pues, sucede con suma frecuencia que la sanción aplicable en casos análogos no es la misma cuando es juzgado un alto funcionario o influyente de la comunidad indígena respecto de otro que no lo es, cuya situación puede ser más agravada; un indígena, respecto de otro que no lo es; un miembro de la comunidad en relación con otro que no pertenece a ella; un acreedor del juez respecto de un deudor, etcétera. Es claro, entonces, que el derecho indígena tiene características sociales imbuidas de aspectos culturales, religiosos y políticos.

De lo expuesto se sigue que el problema de la aplicación entre la ley indígena y la ley nacional es bastante complejo, no obstante que tanto en nuestra Constitución mexicana como en el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, elevado a la categoría de tratado internacional, se reconocen los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Bastante más complejo resulta el problema por cuanto los estudios sobre la costumbre jurídica en los pueblos indígenas es pobre y con muy poca recopilación, pese a que personas como Teresa Valdivia Dounce, Rodolfo Stavenhagen y otros investigadores interesados en el tema de los derechos indígenas en México<sup>2</sup> vienen realizando grandes esfuerzos en dicha materia.

Por otro lado, menudo problema también representa el comportamiento cultural distinto de las comunidades indígenas, no solamente con relación al derecho positivo del Estado, sino también entre los propios pueblos indígenas, teniéndose en cuenta que los usos, prácticas y costumbres propios pueden variar de un pueblo indígena a otro.

De todo lo señalado se pueden obtener las siguientes interrogantes, cuya solución trataremos de resolver en este trabajo:

1. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se ubica en un plano de igualdad con el derecho nacional.
2. La costumbre jurídica indígena se establece en un plano superior al del derecho del Estado, lo que se traduce en una violación constante al derecho positivo, y a la propia Constitución mexicana.
3. El derecho positivo (ley nacional) está por encima de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, lo que trae como consecuencia una violación a la autodeterminación jurídica de los pueblos indígenas.

Como consecuencia de lo anterior deberá determinarse si la aplicación de una sanción por parte de las autoridades competentes de las comunidades indígenas es legal o no, a la luz de los principios constitucio-

---

<sup>2</sup> Teresa Valdivia Dounce, *Op. cit.*, p. 113

nales de fundamentación y motivación que todo acto de autoridad debe revestir, acorde a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional.

El presente trabajo de investigación pretende ser un modesto aporte respecto del conocimiento de los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Confesamos habernos quedado lejos de un análisis profundo, como lo amerita el tema; sin embargo, solicitamos por adelantado una disculpa por los defectos o incluso excesos en los que hayamos incurrido en la redacción y conclusiones.

## II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS USOS Y COSTUMBRES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO MEXICANO

En nuestro país se reconoció la diversidad cultural de los pueblos indígenas garantizándoseles derechos inalienables en la adición al primer párrafo del artículo 4° constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992. En ella se establece:

La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Por otra parte, de la ley reglamentaria del artículo cuarto constitucional, en el que se especifica cómo se van a proteger y promover los derechos de las comunidades indígenas, se advierte que el precepto constitucional en comentario garantiza:

1. El reconocimiento de que México está conformado por muchos pueblos que tienen una cultura diferente a la nacional y que se les dará un trato igualitario frente a la ley, tomando en cuenta esas diferencias.
2. Que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de las lenguas. Una manifestación clara de la diversidad cultural es que en

México se hablan más de 56 lenguas, lo cual es un elemento fundamental de identidad.

3. Que se protegerá y promoverá el desarrollo de su cultura, usos y costumbres. Se garantizará a los pueblos indígenas que quede contemplada en la ley la protección de sus lugares sagrados, sus formas de curación, las ceremonias sobre el matrimonio, el nacimiento, la muerte, así como todo aquello que sea indispensable para la reproducción social.
4. Que se protegerá y promoverá el desarrollo de sus recursos; es decir, se establecerán medidas que garanticen que los indígenas mantengan el derecho a conservar, explotar y usufructuar sus recursos naturales, como el agua, las minas, los bosques, la pesca y todo aquello que esté dentro de sus comunidades.
5. Que se protegerá y promoverá el desarrollo de las formas específicas de organización social; es decir, la ley garantizará el respeto a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, así como sus formas de elección.
6. Se garantizará a los pueblos indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. Con esto se quiere garantizar el cumplimiento de las garantías individuales que todos los mexicanos tenemos.
7. En los juicios y procedimientos agrarios en que sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que establezca la ley. Esto garantiza constitucionalmente que en cualquier juicio civil, mercantil, penal, laboral o agrario, donde esté involucrado un indígena, se le nombre un traductor para que se le interprete todo lo relacionado con el juicio; además, si cometió cualquier acto en el ejercicio de una práctica cultural o tradicional, se deberá realizar un peritaje que ahonde en el conocimiento de su cultura.

Cabe señalar que a partir de las recientes reformas al artículo 27 constitucional y de la publicación de la nueva Ley Agraria se crean órganos para la resolución de los conflictos agrarios, como son los tribunales agrarios y la Procuraduría Agraria; a la asamblea general se le dan atribuciones de órgano supremo de decisión del ejido y/o de la comu-

nidad. En efecto, de la nueva Ley Agraria se advierte que el órgano supremo del ejido o la comunidad es la asamblea general, integrada por todos los ejidatarios o comuneros; tiene poder de decisión sobre todos los asuntos relacionados con el núcleo agrario y funcionan con plena autonomía de otra autoridad o institución. Entre las atribuciones de la asamblea se encuentra la de elegir a los miembros integrantes del Comisariado Ejidal y Consejo de Vigilancia; incluso, tiene la facultad de renovar estos órganos cuando no cumplen sus funciones; para elaborar los reglamentos del ejido, que pueden fundarse en los usos y costumbres de la comunidad agraria; de asignar individualmente parcelas; etcétera. Por otro lado, el Tribunal Superior Agrario, con residencia en el Distrito Federal, y los tribunales unitarios agrarios, ubicados en distintos distritos, tienen la facultad de aplicar la justicia agraria en los juicios sustanciados con motivo de controversias agrarias, y están obligados a respetar las costumbres y usos de la comunidad indígena mientras no contravengan lo dispuesto por la Ley Agraria y respeten derechos de terceros.

### III. DERECHOS INDÍGENAS A LA LUZ DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo se aprobó en Ginebra, Suiza, el 27 de junio de 1989. En México, el Convenio 169 lo ratifica el Senado el 11 de julio de 1990. El presidente de la República mexicana expidió un decreto, publicado el 3 de agosto de 1990 en el *Diario Oficial de la Federación*, mediante el cual ratifica dicha decisión. El Estado mexicano registró la ratificación el 4 de septiembre de 1990 ante el director general de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, Suiza.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, elevado a la categoría de tratado internacional en México, reconoce los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Este instrumento jurídico constituye un gran avance para el respeto de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, porque se da a nivel internacional. Los Estados miembros que lo ratifican están obligados a su cumplimiento, quienes asumen la obligación de rendir periódicamente

documentos o estadísticas que avalen su acatamiento. Por su parte, los pueblos indígenas pueden acudir directamente a las oficinas de la Organización Internacional del Trabajo a hacer valer presuntas violaciones a sus derechos; en esa instancia se desencadena un procedimiento de investigación de las posibles faltas en materia de derechos indígenas en que hayan incurrido los Estados miembros.

De la lectura cuidadosa de los distintos artículos relacionados en materia indígena en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, podemos deducir los siguientes derechos:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la protección de sus lenguas, usos, costumbres, cultura, forma de organización social que les permita fortalecer su identidad.
2. Tienen el derecho de libre determinación y, por tanto, de establecer su condición política y su desarrollo económico, social y cultural.
3. Se reconoce la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, con los órganos de decisión correspondientes.
4. Se protege la integridad de las tierras indígenas, garantizando los usos y costumbres en torno a las formas de organización de la explotación de las tierras, aguas y bosques.
5. El Estado está obligado, mediante instrumentos jurídicos, a garantizar y salvaguardar los usos y costumbres de las comunidades indígenas, así como el especial respeto a sus derechos y seguridad.
6. En los procedimientos judiciales, el Estado está obligado a respetar la cultura, usos y costumbres de los indígenas tomándose en cuenta, además, sus características económicas y sociales.

#### IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

*¿A la luz de la Constitución mexicana resultan fundados y motivados los actos de autoridad de las comunidades indígenas en aplicación de sanciones?*

Para nadie es desconocido el modo *sui géneris* de los pueblos indígenas de administrar justicia. Generalmente, la solución de los asuntos se ve permeada por elementos de tipo social, cultural, económico y político. Ciertamente, en ocasiones los indígenas desconocen sus derechos y obligaciones, por la simple y sencilla razón de que en sus comunidades no cuentan con códigos legales escritos. En esa virtud, cuando les es pisoteado algún derecho, tienen cierta noción de haber sufrido una ofensa en su persona o sus bienes (animales), pero no es claro para ellos específicamente qué derecho se violó. Por esta razón, muchas de las veces no realizan su reclamo ante la autoridad, en mayor medida si se toma en cuenta también que desconocen los estatutos legales del derecho positivo.

Lo anterior obedece principalmente a que el derecho concerniente a usos y costumbres de los pueblos indígenas es oral, esto es, las normas que rigen su conducta no encuentran apoyo en un texto legal escrito, fundado y motivado acorde a la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 de la Constitución mexicana. En la toma de decisiones efectuada por los indígenas, muy rara vez se plasma su voluntad en un documento por escrito. Los acuerdos de voluntades se realizan de manera verbal, y ante el incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes, sólo la palabra respalda la pretensión del inconforme. En estos casos, el juez encargado de administrar justicia se limita a cumplir lo que manda la ley en usos y costumbres de la comunidad, con total ausencia de un ordenamiento jurídico escrito.

Es lamentable que, en ocasiones, quien ocupa el cargo de juez es una gente acomodada o influyente en la comunidad y, por ello, al administrar justicia responde a intereses particulares o políticos. Por la misma causa, este tipo de jueces en ocasiones ignora en lo absoluto los preceptos legales vigentes, tanto en la comunidad como en el derecho positivo. Afortunadamente, en la mayoría de los casos, los jueces designados son gente preparada y querida por la comunidad, con vasta experiencia para dilucidar los problemas jurídicos que les son planteados. En este caso, los juzgadores tienen una gran dosis de sentido común y resuelven admirablemente los problemas presentados pese a la carencia de un texto legal escrito. Así, ante la ignorancia

de la ley, los jueces desarrollan un sentido intuitivo de ecuanimidad, compensado con su experiencia e inteligencia.

Luego, es fácil establecer que los procedimientos judiciales en los pueblos indígenas son muy sencillos, y las sentencias generalmente se apoyan en el derecho consuetudinario; son decisiones de tipo moral apoyadas en la buena fe de las personas y no en textos escritos. Al respecto, Manuel Gamio<sup>3</sup> nos proporciona el siguiente ejemplo:

En algún pueblo de los alrededores, un carro aplastó a su paso por una calle a un cerdo. Quejóse en el juzgado el propietario de éste y compareció el carrero, presunto responsable. Previa una larga amonestación del conciliador, el carrero rechazó con energía toda culpabilidad, declarando que el cerdo imprudentemente metióse entre las ruedas de su carro. Por su parte, el propietario del animal adujo lo contrario, es decir, que el carrero echó su vehículo sobre el indefenso porcino, y en consecuencia, reclamó el precio del animal.

El conciliador, después de informarse del precio del cerdo, así como de la cantidad que produjo la venta de sus restos magullados, sentenció que ya era imposible comprobar la actuación del carrero, es decir, su grado de culpabilidad, pues no existieron testigos del atropello, lo condenaba a pagar la diferencia entre el valor del cerdo en vida y el producto de su venta después de muerto. Las partes quedaron conformes, gracias a la elocuencia persuasiva del conciliador y, previo el cumplimiento de lo fallado, abandonaron el local.

Así las cosas, los jueces en las comunidades indígenas conocen de los asuntos sometidos a su consideración, y en su solución se basan fundamentalmente en sus usos y costumbres. No existen códigos ni reglamentos que por escrito adopten reglas generales de conducta. Conocen de todo tipo de asuntos: civiles, laborales, penales, familiares, etcétera; ignoran sus atribuciones con relación a aquellos asuntos que competen a los jueces estatales o federales. En materia penal, generalmente intervienen en asuntos leves, como faltas, riñas, insultos,

---

<sup>3</sup> Manuel Gamio, "Administración de justicia en el Valle de Teotihuacan", en Teresa Valdivia Douce, *Op. cit.* p. 113.

pleitos conyugales y de familia, pequeños robos. Las penas que imponen se basan en sus tradiciones, van de la simple amonestación a pena de prisión, con reparación del daño. Además, a los presos se les obliga a prestar trabajo en favor de la comunidad. Cuando hay delitos de mayor importancia, se aprehende a los delincuentes, se les aloja en la cárcel del pueblo y son puestos a disposición del juez estatal. No siempre sucede lo anterior, existen pueblos indígenas que juzgan a sus delincuentes, incluyendo delitos mayores como son homicidio, violación, lesiones graves, etcétera. En estos casos se imponen sanciones que van desde golpes, azotes, cárcel y hasta la muerte.

Como se ve, si bien es cierto que la justicia indígena cuenta con sus propias leyes para castigar actos delictivos y resolver controversias jurídicas de otras materias, esa justicia se funda básicamente en sus tradiciones, usos y costumbres, careciendo, casi siempre, de un texto legal por escrito de observancia general para la comunidad. En la toma de decisiones para regular este tipo de conflictos se consideran elementos culturales y sociales de la propia comunidad y, en muy pocas ocasiones, se motivan sus fallos en un ordenamiento jurídico por escrito.

## V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

De los anteriores antecedentes se sigue que los usos y costumbres de los pueblos indígenas en aplicación de sanciones resultan violatorios del artículo 16 constitucional, puesto que carecen totalmente de la debida fundamentación y motivación que todo acto de autoridad debe contener, en virtud de que no se apoyan en preceptos legales a la luz del derecho positivo, y tampoco expresan razonamientos lógico-jurídicos por escrito que los lleven a las conclusiones a que arriban.

El artículo 16 constitucional, en su primer párrafo, establece la garantía de legalidad de los actos de autoridad. Este principio de legalidad impone tres condiciones importantes a los actos de autoridad, a saber: que se exprese por escrito; que provenga de autoridad competente, y que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

La primera condición se refiere a que el acto de autoridad debe constar por escrito, a fin de que exista certidumbre sobre la existencia

del acto y el afectado tenga cabal conocimiento del contenido y consecuencias jurídicas del acto. La jurisprudencia<sup>4</sup> exige que el escrito contenga la firma original o autógrafa de la autoridad que emite el acto y no le da valor, por ejemplo, a un facsímil o cualquier otra forma de reproducción. La segunda condición se refiere a que el acto de autoridad debe provenir de la autoridad competente como requisito esencial para la eficacia jurídica del acto, competencia que debe estar fundada en una ley donde se establezcan las facultades y límites jurisdiccionales de la autoridad.

Por último, la fundamentación y motivación del acto de autoridad consiste en expresar los antecedentes del caso y los argumentos de derecho que tenga en cuenta la autoridad para emitir el acto. La interpretación judicial más clara y precisa de los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 Constitucional la sustenta la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>5</sup> al establecer que, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado. Se entiende por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso, y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto. Además, es necesario que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

De lo anteriormente expuesto se deduce que los usos y costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de sanciones no satisfacen los requisitos de legalidad contenidos en el artículo 16 constitucional, a fin de que sus actos puedan ser considerados fundados y motivados. En primer lugar, porque las comunidades indígenas carecen de códigos o de un cuerpo de disposiciones legales por escrito y, en segundo lugar, porque sus resoluciones se realizan generalmente sin plasmarse en un

---

<sup>4</sup> Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. abril de 1975, Sexta Parte, p. 37.

<sup>5</sup> Tesis de jurisprudencia número 373 del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, tercera parte, p. 636-637.

texto por escrito, fundado y motivado, basadas únicamente en sus derechos de costumbre.

Ciertamente, el artículo 4° constitucional reconoce la diversidad cultural de los pueblos indígenas, protege y promueve sus derechos; acepta sus tradiciones, usos y costumbres; protege y promueve el derecho a conservar, explotar y usufructuar sus recursos naturales como el agua, tierra, bosques, etcétera. Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, elevado a la categoría de tratado internacional en nuestro país, reconoce las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas; el respeto a sus usos y costumbres; así como la obligación de los Estados miembros de garantizar los instrumentos necesarios para que los indígenas accedan a esos derechos. Inclusive, constituciones como la del estado de Oaxaca, en términos similares a los anotados, acepta los usos y costumbres de los indígenas.

Sin embargo, es evidente que el reconocimiento de los usos y costumbres de las comunidades indígenas que realizan los ordenamientos legales en comento, no es suficiente para estimar que los actos de autoridad que emiten las autoridades indígenas, al resolver controversias jurídicas, satisfacen los requisitos de fundamentación y motivación, contenidos en el primer párrafo del artículo 16 constitucional. Es así, porque ese reconocimiento contenido en los mencionados textos legales a favor de los pueblos indígenas y tribales, se debe entender en el sentido de que, al aplicar el derecho positivo a los indígenas, en las resoluciones se tomarán en cuenta los usos y costumbres de aquéllos, mas no así que deban ser juzgados con base en su derecho consuetudinario. Por ejemplo, el Código Federal de Procedimientos Penales señala que cuando esté involucrado un indígena, se le nombre un traductor en el caso de que no hable español, para que se le interprete todo lo relacionado con el juicio, además de que, al ser sentenciado, debe tenerse en cuenta su cultura.

Al respecto, Magdalena Gómez<sup>6</sup> nos dice que lo anterior obedece a que la legislación nacional mexicana es aplicable a todos los

---

<sup>6</sup> Magdalena Gómez, *Derechos indígenas: lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, Instituto Nacional Indigenista, p. 70.

ciudadanos, y que en ella no se toma en cuenta que, entre los mexicanos, hay algunos que son de cultura diferente. También nos dice la autora que el derecho a conservar las costumbres e instituciones propias se establece siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Es claro, pues, que existiendo contradicción entre los usos y costumbres de los pueblos indígenas con los derechos fundamentales nacionales estarán estos últimos por encima de aquéllos por provenir de nuestra Carta Suprema, que le es aplicable a todos los mexicanos sin distinción de raza, color o cultura. De no aceptarse lo anterior, podría llegarse al extremo de validar una sentencia de pena de muerte impuesta por la comunidad indígena con aplicación de su derecho consuetudinario, en contra de las garantías individuales que al respecto establece la Constitución mexicana, verbigracia, garantía de audiencia, garantía de fundamentación y motivación del acto de autoridad, y lo establecido en el artículo 22 constitucional con relación a la pena de muerte. Por tanto, el reconocimiento de los usos y costumbres de los pueblos indígenas tiene el límite que le impone el propio derecho positivo mexicano, esto es, el derecho consuetudinario de los indígenas tiene validez mientras no contravenga el derecho del Estado mexicano, principalmente la Constitución mexicana.

Acorde con lo expuesto, los artículos 8° y 9° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establecen, respectivamente:

Artículo 8:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos

reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

De un análisis cuidadoso del contenido de los preceptos legales en cita, resulta inconcuso que la Organización Internacional del Trabajo reconoce las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas siempre y cuando sean compatibles con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y con los derechos fundamentales sustentados en el sistema jurídico nacional. Respecto de los juicios en los que intervengan los indígenas, esos preceptos no establecen que deban ser juzgados conforme a su ley consuetudinaria, sino sólo que se reconozcan sus usos y costumbres. En esa virtud, si el artículo 16 constitucional exige que los actos de autoridad deban verificarse por escrito, por autoridad competente, fundados y motivados, resulta dable señalar que los usos y costumbres de las comunidades indígenas en aplicación de sanciones se deben sujetar a las garantías de legalidad contenidas en el precepto constitucional mencionado, en cuanto a que cualquier sanción debe basarse en una norma general que prevea la situación concreta, para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad. La autoridad indígena no debe invadir las atribuciones y facultades de los jueces estatales o federales al imponer sanciones. Además, sus resoluciones deben emitirse por escrito, de una manera fundada y motivada, entendiendo por lo primero los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que éste acate lo ordenado, y por lo segundo, la motivación exigida por el artículo 16 constitucional consistente en el razonamiento

contenido en el texto mismo del acto autoritario, según el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las precisiones legales y se dan las consideraciones de hecho y los razonamientos lógico-jurídicos.

Al respecto, como ejemplo de lo que se ha venido señalando, se refieren los siguientes casos.

### *Caso Tepehuano*

Expediente 210/84,<sup>7</sup> 19 de diciembre de 1984, Santa María de Taxicaringa, Durango. Homicidio cometido en agravio de Matilde Díaz Rangel y Alejandro Barraza Sosa. Acusados: El gobernador tradicional Florentino Díaz Rangel y 13 miembros de la comunidad (todos los implicados de origen tepehuano).

Hechos:

1. El 16 de diciembre de 1984, mediante asamblea convocada por el Sr. Florentino Díaz Rangel, gobernador tradicional de Santa María de Taxicaringa, se acordó ahorcar y quemar con leña verde a los indígenas Alejandro Barraza Sosa y Matilde Díaz Rangel, quienes supuestamente se dedicaban a la práctica de la brujería. La decisión buscaba liberar a la comunidad de la hechicería.
2. La resolución se tomó haciendo un recuento de varias muertes que en los últimos meses se habían presentado. Todos con síntomas similares y sin que los médicos encontraran explicación. En esta situación se encontraba una señora de la comunidad, de nombre María Padilla, quien había tomado días antes un café que le ofreció Matilde Díaz.
3. El 19 de diciembre de 1984 se ejecutó la sentencia en los términos acordados, con la participación de una docena de miembros de la comunidad. Previamente habían encerrado a Matilde Díaz

---

<sup>7</sup> Beatriz Escalante y Magdalena Gómez, "Homicidio por brujería. los casos tepehuano, tarahumara y zapoteco", en Teresa Valdivia D., *Usos y costumbres de la población indígena de México...*, p. 339.

en un cuarto que usan como cárcel. Horas antes la llevaron frente a la enferma María Padilla, ante quien reconoció que ella la había embrujado, pero afirmó que sólo la podría curar Alejandro Barraza. Esto apresuró la ejecución de la decisión previamente tomada.

4. Estos hechos fueron denunciados en la capital del estado de Durango y por ello se enviaron policías para detener a los involucrados. En total se aprehendieron a 14 miembros de la comunidad, entre ellos al gobernador tradicional Florentino Díaz Rangel.

#### *Caso San Vicente Coatlán, Ejutla de Crespo, Oaxaca*<sup>8</sup>

1. A finales de octubre de 1999, la Asamblea General de Ciudadanos de San Vicente Coatlán, Ejutla de Crespo, Oaxaca, propuso para el cargo de encargado del Curato a determinada persona.
2. Dicho cargo es propio de la iglesia católica del lugar, con duración de dos años y con las siguientes obligaciones: participar activamente en todas las festividades católicas tradicionales del municipio, coordinar con el cura la celebración de las misas ordinarias y extraordinarias, coordinar con los topiles asignados a la iglesia, los trabajos de limpieza de todo el templo, cambiando inclusive de vestimenta a las estatuas e imágenes santorales, previa “reverencia persignada”, y cuando fuere necesario, adquirir de cuenta propia la vestimenta de los mismos; supervisar el ganado comunal que es propio de la administración de la parroquia; participar directamente en todas las liturgias de la misma, entre otras cosas.
3. Resulta que la persona designada profesa la fe cristiana evangélica, por lo que es evidente su imposibilidad para desempeñar el cargo de encargado del Curato de una iglesia católica, en virtud de profesar distinta religión.

---

<sup>8</sup> Juicio de Amparo Indirecto, Juzgado Tercero de Distrito en el Estado de Oaxaca.

4. La anterior resolución se adoptó en la Asamblea General de Ciudadanos del mencionado pueblo, en cumplimiento a sus usos y costumbres, de manera verbal, esto es, sin un texto por escrito fundado y motivado.

En el primer caso, no sólo se viola la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional, por falta de resolución escrita, fundada y motivada, y de autoridad competente, sino además, la garantía de audiencia prevista en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. Los sentenciados no fueron juzgados por un tribunal previamente establecido, y conforme a una ley expedida con anterioridad al hecho, a la luz del derecho positivo mexicano. Además, se violó el más importante derecho fundamental del hombre, que es el derecho a la vida. Sobra decir que la sentencia se consumó irreparablemente, sin ninguna opción por parte de los inculpados de haber hecho valer un medio de defensa ante un tribunal estatal o federal (juicio de amparo).

El resultado del segundo caso fue más afortunado para el inconfirme, en razón de que, al haberse emitido una resolución por parte de la Asamblea General del pueblo de referencia, en forma verbal, sin ningún fundamento y motivación, el juez de distrito que conoció del asunto estimó que se violó en perjuicio del quejoso el párrafo primero del artículo 16 constitucional, amén de que pudo establecer que el acto de la comunidad indígena de obligar al promovente a ocupar el cargo de encargado del Curato violaba en su perjuicio la libertad de culto consagrada en el artículo 24 constitucional, en cuanto a que señala que todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade.

Los casos anteriores reflejan algo que sucede con suma frecuencia en los pueblos indígenas, ya que al aplicar su derecho consuetudinario violan flagrantemente los derechos fundamentales que consagra la Constitución mexicana. Esto es así porque la mayoría de las veces apegan sus determinaciones a los usos y costumbres que dictan las comunidades indígenas, que se ven influenciadas, como ya se vio, por elementos culturales, sociales, políticos y económicos de índole propia.

En otra medida, sus resoluciones no son por escrito, menos aún fundadas y motivadas; carecen de un ordenamiento jurídico escrito que norme su conducta, y desconocen el derecho nacional, incluyendo la Carta Magna.

## CONCLUSIONES

En este trabajo se describen aspectos de la estructura y funcionamiento de los usos y costumbres en los pueblos indígenas en la aplicación de su derecho consuetudinario. Se aportó el fundamento constitucional y legal que reconoce las tradiciones y culturas de las comunidades indígenas. Se destacó la frecuente contradicción entre el derecho indígena y el derecho nacional, el cual subordina al primero. Se definieron los conceptos de fundamentación y motivación a la luz del primer párrafo del artículo 16 constitucional. Se presentaron casos concretos de conflictos jurisdiccionales en las comunidades indígenas, y se externaron puntos de vista personales de los ponentes.

De todo ello podemos obtener:

La ley de usos y costumbres de los pueblos indígenas no está codificada en forma escrita, aun cuando sí en conciencia individual y colectiva que se manifiesta en sus conductas y en la aplicación de sus fallos. Debido a lo anterior, generalmente las sanciones son aceptadas voluntariamente por los infractores, y no se pone en tela de duda su legalidad. Los procedimientos judiciales indígenas son orales y sumarísimos. Cuando los indígenas pretenden aplicar la legislación nacional o constitucional, provocan graves conflictos en las comunidades, dado que están impuestos a aplicar su derecho consuetudinario, y el derecho positivo o constitucional lo sienten ajeno a sus usos y costumbres y, por tanto, inaplicable. En muy pocas ocasiones turnan sus conflictos jurídicos a los jueces estatales para que sean sancionados por el derecho positivo.

Asimismo, pese a lo que diga la Constitución mexicana, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y distintas legislaciones locales en cuanto al respeto de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, el derecho nacional subordina la aplicación del derecho indígena en caso de conflicto. La Constitución mexicana,

dicho sea entre paréntesis, reconociendo usos y costumbres de los indígenas, está por encima del derecho tradicional indio, porque en general y en su aplicación no distingue al indígena de los demás mexicanos. Las tradiciones indígenas en aplicación de sanciones están subordinadas al derecho nacional e inclusive a los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

En esas condiciones, corresponde a las autoridades competentes lograr la adecuación del derecho consuetudinario de los indígenas al derecho positivo, o viceversa, mediante fórmulas que logren hacer cumplir cabalmente ambas legislaciones sin menoscabo de alguna. Debe la autoridad emitir normas generales hacia el interior del derecho positivo que resuelvan la contradicción con el derecho indígena; pero fundamentalmente instituciones de derecho que acepten y respeten los usos y costumbres de la población indígena de México. Asimismo, se requieren ordenamientos legales idóneos para que, en aquellos casos donde los delitos, infracciones o conflictos judiciales en las comunidades indígenas sean leves, puedan ser juzgados por las autoridades indias de acuerdo con sus usos y costumbres, pero reconocida su legalidad por el derecho nacional.

Por último, se propone establecer instituciones con la finalidad de adentrarse en los pueblos indígenas y hacerles de su conocimiento los alcances, atribuciones y vigencia de su derecho frente al derecho positivo mexicano, concientizarlos, en la medida de lo posible y respetando sus tradiciones, del contenido y alcance de la Constitución mexicana.

# Los juicios orales en México: ¿condición o alternativa del sistema penal acusatorio?

Óscar Vázquez Marín\*  
Israel Rivas Acuña\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propuestas de iniciativa*. III. *Comentarios de las iniciativas*. *Conclusiones*. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno delictivo en México se ha incrementado considerablemente en los últimos años, afectando negativamente la vida, el patrimonio y la tranquilidad de los ciudadanos. En apenas una década, la sociedad mexicana pasó de una criminalidad medianamente controlable, a una alta criminalidad incontrolable. Por si esto fuera poco, a la par del incremento de la delincuencia ordinaria, se ha producido una consolidación de la delincuencia organizada, generadora de delitos de alto impacto social, como el narcotráfico, el secuestro y el robo de vehículos.

Para resolver esta situación de inseguridad ciudadana, se ha previsto en el artículo 12, fracción IV, de la Ley para la Reforma del Estado, la realización de una reforma del Poder Judicial, en la cual se ha ventilado la idea de introducir los juicios orales en materia penal,

---

\* Magistrado de circuito. Consejero de la Judicatura Federal.

\*\* Maestro en Derecho. Asesor jurídico del Consejo de la Judicatura Federal.

tanto a nivel federal como local, con el objeto de transformar el sistema de justicia penal mexicano.

La propuesta de los juicios orales ha generado posiciones encontradas en la opinión pública nacional, que se pueden distinguir, esencialmente, entre los que consideran como imprescindible su incorporación para reformar el sistema procesal penal mexicano, y los que estiman que esta propuesta es una alternativa más del largo listado de opciones que es necesario analizar.

Entre los actores jurídicos que promueven la adopción de este tipo de juicios se encuentran las autoridades del Ejecutivo Federal, que, a través del Consejo de Implementación de Juicios Orales, han manifestado su apoyo; los miembros de las fracciones parlamentarias del PRI, PRD, PT y Convergencia que, a través de sus legisladores, han presentado sendos proyectos de iniciativa ante la Cámara de Diputados; y por último, las autoridades de los gobiernos estatales de Chihuahua, Estado de México, Nuevo León y Oaxaca, que en fechas recientes han aprobado reformas sobre la materia.

De los sujetos jurídicos que se han pronunciado en contra de esta iniciativa destacan los miembros del Poder Judicial de la Federación, que en diferentes ocasiones han manifestado que antes de proponer la modificación del sistema de justicia penal mexicano, es necesario realizar una revisión de su funcionamiento, teniendo en consideración que el marco constitucional y legal actualmente vigente “permiten márgenes importantes de mejora, tanto en el fuero federal como en el local” (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, 2006: p. 399).

Ante los distintos argumentos a favor y en contra que se han formulado sobre la propuesta en comento, surge la siguiente pregunta inicial de este trabajo: ¿los juicios orales deben ser vistos en México como una condición o una alternativa del sistema procesal penal acusatorio? Para responder a ésta y otras interrogantes, enseguida se analizarán las principales iniciativas legislativas que se han formulado sobre los juicios orales. Posteriormente, se realizarán los comentarios pertinentes sobre los argumentos vertidos a favor de la oralidad en los procesos penales federales.

## II. PROPUESTAS DE INICIATIVA

El interés por legislar sobre los juicios orales en el Congreso mexicano está íntimamente relacionado con los niveles de inseguridad que se han registrado en nuestra sociedad. En la medida en que han incrementado los índices de criminalidad, han aumentado también las propuestas legislativas relativas a la oralidad, al considerarse esta medida como una acción de mejora del sistema de justicia penal.

De las iniciativas presentadas ante el Congreso de la Unión sobre los juicios orales destacan, de manera particular, las siguientes tres: 1. La formulada por el entonces presidente de la República Vicente Fox Quezada; 2. La elaborada por el diputado César Camacho Quiroz; y 3. La interpuesta por los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Burguete, Ricardo Cantú Garza y otros.<sup>1</sup> A continuación se enunciará de manera breve el contenido de cada una de ellas, solamente por lo que hace a los juicios orales.

### 1. *Iniciativa del presidente de la República Vicente Fox Quezada*

Este proyecto de ley, presentado ante el Senado de la República el 29 de marzo de 2004, denominado *Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano*, fue el primero en considerar, de manera formal, los juicios orales en el sistema de justicia penal mexicano. Esta propuesta tiene por objetivo principal “lograr un cambio de fondo que permita concretizar las aspiraciones sociales de justicia y dote de cabal confiabilidad a las instituciones integrantes del sistema de justicia penal federal [...] con la visión de revertir la percepción actual de la sociedad mexicana, la cual consiste en que los procesos penales son largos, tortuosos y en ocasiones injustos”.

Además de la percepción negativa de la sociedad en la impartición de justicia, la iniciativa en comento parte de la consideración de que

---

<sup>1</sup> En adelante se enunciará cada una de las iniciativas citadas, conforme el orden de prelación en que fueron presentadas. Esto es, la iniciativa presidencial de Vicente Fox, primera iniciativa; la iniciativa del diputado Camacho Quiroz, segunda iniciativa; y la iniciativa de los diputados González Garza, Chanona Burguete y Cantú Garza, tercera iniciativa.

en el sistema procesal penal “...persiste la ausencia de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad de los procesos penales”. Por tanto, la estrategia de esta iniciativa reside en expedir un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), que se rija por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, economía y concentración; es decir, el predominio de la palabra hablada en la audiencia pública.

Congruente con lo anterior, se consigna que la audiencia principal de los juicios se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las argumentaciones de las partes como a las declaraciones del inculcado, al desahogo de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella, contando siempre con la presencia obligatoria del juez. Con ello se pretende que invariablemente el juez esté presente en el desahogo de las diligencias y que dicho juez sea el mismo que emita la sentencia.

Se prevé que las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el juez, debiendo constar en el registro y sin perjuicio de transcribirse posteriormente. Asimismo, se señala que el juez deberá decidir sobre la responsabilidad penal del procesado en la misma audiencia o en continuación de ésta, a más tardar dentro de las setenta y dos horas siguientes al cierre del debate, cuando la complejidad del asunto lo requiera, (art. 325 del proyecto del nuevo CFPP).

Otro aspecto que cabe destacar de la iniciativa en comento es el relativo a los medios alternos de solución de conflictos mediante el mecanismo de la conciliación, el cual podrá instrumentarse durante la averiguación previa por el fiscal y el juez, en cualquier momento del proceso, a través de conciliadores públicos que estarán adscritos a la unidad administrativa que el Fiscal General de la Federación o el órgano competente del Poder Judicial de la Federación, quienes procurarán la conciliación del imputado y la víctima u ofendido del delito, siempre y cuando se trate de delitos que se persigan por querrela; de oficio, no graves; y, siendo graves, sean de los previstos en el Título Vigésimo Segundo del Libro Segundo del Código Penal Federal, relativos a delitos en contra de su patrimonio, con excepción del robo con violencia, (art. 260).

El conciliador tiene la facultad de presentar propuestas de conciliación específicas. El acuerdo al que lleguen los comparecientes de-

berá constar por escrito con la firma de los intervinientes, y, durante la averiguación previa, ser ratificado ante el fiscal, e iniciada la competencia judicial, se hará ante el juzgador (art. 263). De tal suerte que la instrumentación de medidas alternativas en los procedimientos penales, capaces de lograr la pronta solución del conflicto, constituye uno de los principales aciertos de este proyecto legal.

## *2. Iniciativa del diputado César Camacho Quiroz*

Transcurridos casi 3 años de la presentación de la iniciativa presentada por el titular del Ejecutivo Federal, el 6 de marzo de 2007, el diputado César Camacho Quiroz, miembro del grupo parlamentario del PRI, presentó ante la Cámara de Diputados una iniciativa de reforma a la Constitución Federal, con el objeto de introducir los juicios orales en el sistema constitucional penal.

Como se señala en la exposición de motivos, esta propuesta se suma al proyecto legislativo presentado anteriormente por Vicente Fox, por coincidir en la pretensión de actualizar el sistema penal, pero, sobre todo, se identifica con el anteproyecto de reforma realizado por la Red Nacional a favor de los Juicios Orales y Debido Proceso Legal, la cual agrupa a diversos actores de la sociedad civil.

La iniciativa formulada por el diputado Camacho Quiroz se diferencia de la primera por la vía mediante la cual se pretende instalar los juicios orales, ya que mientras ésta propone una modificación a diferentes ordenamientos legales, aquélla pretende una enmienda constitucional, en la cual se propone reformar, entre otros, el artículo 20, a efecto de establecer en el primer párrafo de ese precepto que “el proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial, y oral; se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación...”

Otra variante que presenta la iniciativa en comento en relación con los juicios orales es la planeación de su implementación. Mientras que en la primera iniciativa no se prevé un apartado de transitorios que regule el procedimiento de su instrumentación, la presente iniciativa establece en el artículo segundo transitorio que “la Federación y las entidades federativas tienen un plazo de hasta cinco años para realizar

de manera gradual, coordinada y eficaz las adecuaciones necesarias para la celebración de juicios”. De igual forma, en el transitorio tercero se señala: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados deberán destinar los recursos necesarios para la construcción y operación de las infraestructuras, y para la capacitación de los operadores de la norma...”

La responsabilidad de conducir la instrumentación de los juicios orales se confiere a una oficina dependiente de la Presidencia de la República, la cual será la encargada de “...dar impulso, asesoría, capacitación y divulgación del sistema democrático de justicia penal y de los medios alternativos de solución de controversias” (art. cuarto transitorio). Por último, en el artículo quinto transitorio se prevé que el Congreso de la Unión expida en un plazo de un año una Ley del Debido Proceso Legal, que detalle la substanciación de los juicios orales penales.

Por lo que en esta segunda iniciativa se advierte como una de sus principales fortalezas la aplicación escalonada de los juicios orales, siguiendo el modelo chileno, para efecto de prever los recursos materiales y humanos necesarios para su instrumentación, así como la capacitación necesaria de los operadores jurídicos.

### *3. Iniciativa de los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Burguete, Ricardo Cantú Garza y otros*

Esta tercera iniciativa, presentada el 23 de abril de 2007 por los legisladores del Frente Amplio Progresista (PRD-PT-Convergencia), tiene por motivo principal la omisión de los juicios orales en el proyecto de reformas al sistema de justicia penal presentado por el presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa, el 9 de marzo, en la cual, inexplicablemente, no se aborda el tema de la oralidad en el proceso penal, a pesar de haber promovido la instalación de un Consejo de Implementación de Juicios Orales.

De manera general, esta iniciativa es coincidente con los proyectos de reforma presentados por la Red Nacional y el Diputado César Camacho, toda vez que propone la adopción del modelo acusatorio oral, vía reforma constitucional, mediante modificación del artículo 20 de

nuestra Ley Fundamental. De igual forma, retoma la idea de la aplicación escalonada de los juicios orales, la creación de una Comisión dependiente de la Presidencia de la República, dedicada a dar impulso, asesoría, capacitación y divulgación de este sistema y la expedición de una Ley General del Debido Proceso.

La diferencia entre la segunda y tercera iniciativa, estriba en que ésta, además de proponer que “el proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial y oral; y se regirá por los principios de libertad probatoria, publicidad, contradicción, concentración, continuidad, intermediación e imparcialidad...”, establece de manera expresa en el apartado A, fracción I y IX, del multirreferido artículo 20 constitucional como un derecho de toda persona imputada “a ser escuchada en un proceso acusatorio, público, adversarial y oral”, así como a ser juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal, so pena de declarar la nulidad de lo actuado, por la ausencia de los jueces en la audiencia.

De tal suerte que la tercera iniciativa constituye una versión más acabada de los dos proyectos anteriormente comentados, toda vez que además de enunciar la oralidad como una característica del proceso penal, como se hace en la primera y segunda iniciativa, establece como una garantía constitucional del imputado el ser juzgado en audiencia pública, mediante un proceso acusatorio, público y oral, con la presencia del juez, cuya ausencia tendrá por consecuencia la nulidad de lo actuado en el proceso.

### III. COMENTARIOS DE LAS INICIATIVAS

Del análisis de las tres iniciativas anteriormente comentadas, se advierten de manera coincidente los siguientes 5 argumentos a favor de los juicios orales en México: 1. la urgente necesidad de transformar el sistema de justicia penal; 2. la percepción negativa que prevalece sobre el sistema de justicia; 3. la oralidad, como una condición necesaria del sistema acusatorio; 4. que el proceso penal mexicano no prevé la oralidad, y 5. que la implementación de los juicios orales agilizará el proceso penal

Con relación al primer argumento, es necesario expresar nuestra total y absoluta coincidencia, en virtud de la urgente necesidad que

existe en el Estado mexicano de realizar una profunda reforma al sistema de justicia penal, para enfrentar con éxito el grave problema de la inseguridad pública. Ante los elevados índices delictivos que registra nuestra sociedad, la propuesta de revisar el funcionamiento de las instituciones de procuración e impartición de justicia no admite discusión.

Sin embargo, en relación con los cuatro argumentos restantes, cabe formularse las siguientes interrogantes: ¿es suficiente la percepción negativa del sistema de impartición de justicia para sustentar los juicios orales?; ¿el sistema acusatorio es parte de la oralidad?; ¿la oralidad es una novedad en México?; ¿la oralidad agilizará el procedimiento penal federal?; ¿los juicios orales resolverán la inseguridad? Acto seguido, se intentará responder cada uno de estos cuestionamientos.

1. *¿Es suficiente la percepción negativa del sistema de impartición de justicia para sustentar los juicios orales?*

Las dos primeras iniciativas en comento parten en sus consideraciones de la percepción negativa que tiene la ciudadanía sobre el sistema de justicia mexicano. La primera iniciativa menciona: “Una de las razones de la falta de presentación de denuncias por parte de la ciudadanía, deriva de la ancestral desconfianza hacia las instituciones de procuración e impartición de justicia”. La segunda es todavía más severa en sus cuestionamientos, al afirmar: “La sociedad mexicana percibe que la lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad son el denominador común en la mayoría de los casos cuando las personas intervienen en la sustanciación de un proceso penal”.

Como se observa, dichos proyectos conceden un valor preponderante a la opinión pública que prevalece en la actualidad sobre el desempeño de los jueces y tribunales. Además de cuestionables desde el punto de vista técnico, toda vez que en dichos documentos no se señalan cuáles son las fuentes de estudio para realizar esas afirmaciones, tales razonamientos resultan débiles para determinar la viabilidad de una reforma.

Sobre el particular, es conveniente precisar que la mayoría de los estudios de opinión que se aducen sobre la imagen negativa del Poder

Judicial en México no delimitan su investigación entre la jurisdicción federal y la del fuero común, por lo que la opinión de la mayoría de los entrevistados se refiere a su percepción respecto de los tribunales y procesos locales, siendo que los cambios que se pretenden realizar a nivel nacional inciden en los tribunales y procesos federales. Si bien es cierto que sobre los órganos de justicia priva el mismo sentimiento generalizado de desconfianza que envuelve a la mayoría de las autoridades gubernamentales, también es verdad que de los tres poderes públicos del Estado mexicano, los órganos de impartición de justicia en México aparecen como una de las instituciones públicas mejor evaluadas en términos de confiabilidad (6.33), en comparación con los niveles de confianza que obtienen otras instituciones, como el presidente de la República (6.08), los partidos políticos (5.47), la policía (4.48) y los diputados federales (4.46) (Concha Cantú, 2004: p. 62).

A lo anterior es necesario adicionar que la mayoría de las personas no siempre son capaces de diferenciar el trabajo de las instituciones de procuración e impartición de justicia. Verbigracia, es muy común que los ciudadanos asocien por igual el significado de los términos *Policía judicial* con *Poder Judicial*. Otro aspecto a tomar en cuenta es el hecho de que gran parte de los ciudadanos que intervienen en los estudios de opinión, no han tenido algún contacto real con los tribunales y sus procedimientos. Y de los que verdaderamente han sido partes en algún proceso judicial, su opinión está condicionada, a si se han visto beneficiados o perjudicados con las sentencias.

De tal suerte que para sustentar la viabilidad de una reforma constitucional es necesario interpretar prudentemente el sentir general, en especial, si se trata de la justicia en particular, ya que los prejuicios que existan en la opinión pública pueden derivar “en contradicciones y distorsiones” (Fix Fierro, 2006: p. 6), al momento de formular propuestas de cambio constitucional. Máxime si se toma en cuenta el estado actual de inseguridad pública y violencia que prevalece en nuestra sociedad, lo cual puede condicionar en gran medida la opinión de la población sobre la necesidad de cambiar el sistema de justicia penal, a partir del miedo social, induciendo acciones radicales que restrinjan los derechos fundamentales de los gobernados, en aras de una mayor seguridad.

En ese sentido, más que estudios de opinión, lo que requieren las iniciativas de los juicios orales son diagnósticos empíricos sobre el estado actual del proceso penal mexicano, así como del funcionamiento de los sistemas judiciales latinoamericanos y locales de nuestro país, en los que se han puesto en marcha este tipo de juicios (Nuevo León, Estado de México, Chihuahua, y Oaxaca).

## 2. *¿El sistema acusatorio es parte de la oralidad?*

Uno de los principales argumentos que de manera coincidente han sostenido las tres iniciativas en comento ha sido el relativo a considerar la introducción de los juicios orales como una condición necesaria del sistema procesal acusatorio. La primera iniciativa señala:

...los regímenes democráticos utilizan sistemas procesales en los que imperan principios penales tales como la relevancia de la acusación; la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos, así como la oralidad, la inmediación, la publicidad y la contradicción como principios rectores del proceso penal, entre otros.

La segunda iniciativa menciona:

La modernización de un sistema penal de un Estado social y democrático como el nuestro, que salvaguarde los derechos reconocidos en nuestra Constitución a las víctimas del delito, así como a los acusados de éste y a la ciudadanía en general, es posible a través de un procedimiento acusatorio, adversarial y oral, que sin falsos garantismos cumpla los principios del debido proceso, como el de inmediación, concentración, contradicción, publicidad y continuidad, utilizando como herramienta indispensable la oralidad.

La tercera iniciativa refiere: “Pero la escrituración del proceso no es garantista. Ni las víctimas del delito ni los acusados la perciben como una manera justa de proceder”.

Conforme a los argumentos anteriormente expuestos, se presenta a la oralidad como un requisito indispensable de la modernización del

sistema procesal penal mexicano. Se considera que no puede haber sistema acusatorio sin oralidad, cuando lo cierto es que el sistema acusatorio puede ser tanto oral, como escrito. Estimar lo contrario sería tanto como considerar al sistema acusatorio como parte de la oralidad, y no como lo que en realidad constituye, la oralidad como parte del sistema acusatorio. Como apunta Jorge Nader Kuri:

...puede hablarse de sistemas acusatorios orales caracterizados por procedimientos de argumentación y recepción probatoria verbal directamente ante el tribunal y, por el contrario, es posible, también concebir un proceso penal acusatorio perfectamente diseñado y funcional cuyo procedimiento de argumentación y recepción probatoria sea, sin embargo escrito (2006).

Al respecto, debe decirse que todos los sistemas jurídicos en el mundo registran procedimientos orales y escritos. En el derecho comparado no subsisten modelos procesales completamente orales, ni completamente escritos. Lo que sí existen son sistemas procesales predominantemente orales, escritos o mixtos, atendiendo a la cultura jurídica que prevalece en cada uno de ellos.

Por citar un ejemplo, los procedimientos penales norteamericano e inglés, que tradicionalmente se consideran modelos procesales orales por excelencia, presentan rasgos de escritura, ya que ambos exigen en su fase de investigación diversas actuaciones por escrito, como la redacción de reportes para sustentar sus indagatorias y los informes de jurados denominados *affidavit* (González: 2006: p. 193). Situación similar ocurre en México, que no obstante de considerarse un sistema jurídico predominantemente escrito, registra dos procesos que en sus diferentes etapas emplean la oralidad: el proceso laboral y el agrario.

En el caso de la materia laboral, el artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo establece: “El proceso del derecho del trabajo será público, gratuito, inmediato, predominantemente oral y se iniciará a instancia de parte”. Por su parte, el diverso numeral 185 de la Ley Agraria señala que en la audiencia que se realice se: “I. Expondrán oralmente sus pretensiones por su orden, el actor su demanda y el demandado su contestación y ofrecerán las pruebas que estimen conducentes a

su defensa y presentarán a los testigos y peritos que pretendan sean oídos...”

Como comenta Héctor Fix Fierro, actualmente “los procedimientos judiciales en la mayoría de los países son el resultado de la combinación de etapas procesales tanto escritas como orales”, (2006: p. 277). Mientras que en los sistemas jurídicos de tradición oral, como Inglaterra y Gales, se habla de la posibilidad de introducir promociones escritas en sustitución de las audiencias orales, con la finalidad de abreviar los procesos (Fix Fierro, 2006: p. 277), en los recientes procesos de reforma judicial instrumentados en los sistemas jurídicos latinoamericanos de tradición escrita, como es el caso de Argentina, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, se observa una tendencia de implantar la oralidad en los procedimientos tanto civiles como penales, como una estrategia para solucionar los principales problemas de sobrecarga de trabajo que de manera genérica afectan a los sistemas judiciales en el mundo.

De lo anterior se colige que lo importante para considerar a un sistema procesal penal como acusatorio o inquisitorio, no son los elementos formales de la oralidad o la escritura, sino más bien, si se encuentran separadas las funciones de acusación y juicio, como acontece en el sistema mexicano, que en el artículo 21 constitucional, primer párrafo, señala: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”. El garantismo penal, como apunta Ferrajoli, no tiene que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo, sino con la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad; es decir, que se sancionen a los responsables y se absuelvan a los inocentes, contando con las garantías del debido proceso (1995: pp. 28-29).

En los tres proyectos que impulsan los juicios orales en México a nivel federal, invariablemente se ha presentado a las actuaciones escritas como un elemento contrario a los sistemas penales acusatorio, y a la oralidad, como una característica inherente a éstos. La tercera iniciativa en comento refiere: “El expediente es un método de trabajo que se heredó de un sistema colonial autoritario, que, lejos de buscar un control ciudadano de la facultad punitiva del Estado, concebía el

proceso penal como un trámite sobre el cual la autoridad política era quien debía ejercer su dominio.”

Al respecto, resulta pertinente retomar la siguiente interrogante que formula el penalista Moisés Moreno: *¿Cómo podría verificarse la legalidad de los procedimientos si no es a través de la existencia de constancias procesales?* (González, 2006: p. 197). Dada la situación particular del ordenamiento constitucional mexicano, en el que se precisa en el artículo 16, primer párrafo, de la Ley Fundamental, la obligación de la autoridad para fundar y motivar todos sus actos por escrito, la escritura se presenta como un elemento esencial del control constitucional de las garantías de seguridad jurídica y legalidad, previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales. Por consiguiente, contra lo que señalan los partidarios de los juicios orales, la escritura no debe ser considerada como un vestigio inquisitorio del sistema procesal penal mexicano, sino como una característica que hace posible garantizar los derechos de los procesados, al permitir al juzgador verificar que todos los actos de autoridad (órdenes de aprehensión, autos de formal prisión y sentencias) sobre los que se sustente la impugnación de los procedimientos penales, estén debidamente fundados y motivados.<sup>2</sup>

### 3. *¿La oralidad es una novedad en México?*

Otro de los supuestos sobre los que descansan las propuestas de los juicios orales es la idea de que el sistema procesal penal mexicano no contempla los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Sobre ese aspecto, la iniciativa presentada por Vicente Fox

---

<sup>2</sup> Sobre la fundamentación y motivación, véase las siguientes jurisprudencias: FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN., Registro núm. 175082, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 1531, tesis I.40.A. J/43, Jurisprudencia, Materia Común; y, FUNDAMENTACION Y MOTIVACION., Registro núm. 203143, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, marzo de 1996, p. 769, tesis VI.20. J/43, Jurisprudencia, Materia Común.

expresa: “Hoy en día, en nuestro país priva un modelo procesal de carácter mixto, ya que a pesar de la exclusión de la autoridad jurisdiccional en la tramitación de las indagatorias, persiste la ausencia de los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad de los procesos penales...”. Por su parte, la propuesta legislativa del diputado Camacho Quiroz enuncia: “Es evidente que la presente propuesta considere establecer las características y principios en los que se sustenta el nuevo proceso penal [...] Las características serán la oralidad, lo acusatorio y lo adversarial; los principios serán la intermediación, la publicidad, la contradicción, la concentración y la continuidad”.

De acuerdo con lo expuesto en ambas iniciativas, pareciera que la oralidad, lo acusatorio, lo adversarial y la publicidad del proceso penal fueran una novedad en México. Empero, conforme a los contenidos de la legislación adjetiva penal, se advierte todo lo contrario. El Código Federal de Procedimientos Penales, que data de 1934, prevé un sistema procesal mixto, es decir, adopta tanto rasgos del sistema acusatorio como del inquisitorio. Las características acusatorias que incorpora en su articulado son precisamente la oralidad en determinadas actuaciones, la intermediación, la contradicción y la publicidad.

La oralidad en el procedimiento penal federal mexicano se prevé en tres momentos procesales: 1) la declaración preparatoria, que, de conformidad con el artículo 155 del referido cuerpo legal, puede ser rendida por el inculpado en forma oral o escrita; 2) el desahogo de las pruebas testimonial, confesional y careos, en términos de los artículos 207, 249 y 267 del citado ordenamiento, y 3) la audiencia de vista, que, de acuerdo con el artículo 87 de la referida ley adjetiva, señala que el defensor podrá hacer una defensa oral del acusado, sin perjuicio de lo alegado por escrito.

A su vez, la intermediación se establece en el artículo 16 del referido código procesal, al tiempo que se señala que el juez, en las diligencias que se practiquen, estará acompañado por su secretario, presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones.

Por su parte, la contradicción se instituye en el artículo 306 del citado código, al señalarse que en la audiencia de vista podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa, y que podrán repetirse las diligencias de

prueba que se hubieren practicado. Igual derecho tienen las partes al intervenir en el desahogo de las pruebas durante el proceso.

La publicidad de las audiencias se desprende de la propia Constitución, que en su artículo 20, fracción VI, en relación con el numeral 86 del citado código, expresamente establece que en todo proceso penal el inculcado será juzgado en audiencia pública por un juez.

En descargo de lo anterior, la tercera iniciativa argumenta:

Sabemos que en nuestro país las personas son juzgadas en medio del ruido de impresoras y máquinas de escribir, por funcionarios enfocados en la producción e intercambio de legajos. La estadística disponible consistentemente indica que ocho de cada diez acusados nunca ven a los jueces y que, incluso, los secretarios mecanógrafos tienen mayor participación que ellos en el proceso.

En ese caso, el problema del proceso penal mexicano no consiste en la ausencia de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, como señalan las propuestas de reforma, sino que su justificación reside en una falta de aplicación de la norma, que bien pudiera solucionarse mediante la instrumentación de diversos controles administrativos de vigilancia e inspección judicial, tendientes a verificar el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento penal.

Sobre el particular, cabe comentar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre los derechos de los detenidos de contar con un debido proceso y una adecuada defensa, so pena de declarar nulas las actuaciones procesales que se hayan practicado sin respetarse tales derechos. Ilustran lo anterior las siguientes jurisprudencias cuyo rubro y texto señalan:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones,

la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. *De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.* [núm. Registro: 200,234, Jurisprudencia, Materias Constitucional y Común, tesis P./J 47/95, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, diciembre de 1995, p. 133, las cursivas son de los autores].

DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquella se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. *Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la “asistencia” no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien*

vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor. [núm. Registro: 175, 110, Jurisprudencia, Materias Constitucional, Penal, Primera Sala, tesis 1a./J. 23/2006, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, mayo de 2006, p. 132, las cursivas son de los autores].

Por lo que, si bien es cierto que nuestro sistema procesal penal padece de una gran cantidad de debilidades que dificultan la plena realización del debido proceso y la adecuada defensa de los procesados, también es verdad que no todas esas complicaciones son imputables a los jueces y al Poder Judicial. La fase crítica del sistema penal actualmente vigente no reside en la etapa de la instrucción, sino en la de averiguación previa, que es competencia de las autoridades que intervienen en la fase de averiguación previa.

Lo anterior se corrobora con algunos datos estadísticos que nos ofrece Guillermo Zepeda sobre la procuración de justicia en México. Conforme a la información brindada por el citado autor, de la totalidad de los delitos que se cometen, apenas son denunciados entre el 20 y 25%, pues de acuerdo a estadísticas nacionales, entre el 75 y 82% de los ilícitos no son reportados. De ese escaso 25% que se denuncia, sólo el 18.2% de las averiguaciones previas que se inician se concluyen, y sólo uno de cada tres asuntos concluidos termina con la consignación de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales. Esto significa que sólo el 11.4% de las averiguaciones previas son consignadas ante los jueces y sólo en 6.4% de éstas se captura o presenta al probable responsable ante el juez. Esto es, del 100% de los delitos que se cometen en México, sólo llegan al proceso penal el 1.6%, (Zepeda, 2004: p. 281).

Como lo muestra la evidencia empírica, si se pretende cambiar el sistema de justicia penal, es necesario comenzar primeramente por transformar el subsistema de seguridad pública, para que la ciudadanía recupere la confianza en denunciar; después, continuar con el subsistema de procuración de justicia a fin de mejorar la eficiencia

técnica de la labor de investigación ministerial; y, en un tercer término, fortalecer el subsistema de impartición de justicia penal, garantizando el debido proceso y la adecuada defensa, a través de criterios jurisprudenciales y reformas a la ley adjetiva de la materia, que hagan más ágil y eficiente el procedimiento penal federal en nuestro país.

#### 4. *¿La oralidad agilizará el procedimiento penal?*

Aparentemente, uno de los principales beneficios que ofrece la adopción de los juicios orales es la celeridad de los procesos penales. De acuerdo con lo expuesto por el Ejecutivo Federal en la iniciativa de 2004, la implementación del proceso penal acusatorio, oral y público, “permitirá la resolución de la mayoría de los conflictos penales en sede judicial, como garantía de seguridad jurídica y transparencia”.

Sin embargo, como destaca Luis Pásara, a pesar de que teóricamente se ha señalado como una de las principales fortalezas de los juicios orales la breve duración de su tramitación, los escasos estudios muestran que en la práctica no sucede así, por lo menos en la mayoría de los países latinoamericanos en que se han instrumentado. Por ejemplo, siguiendo los mismos datos que proporciona el propio Pásara, se advierte que la duración promedio entre la acusación y la realización del juicio oral en Costa Rica es de aproximadamente 2 años, 3 meses (820 días); Guatemala, aproximadamente 1 año, 4 meses y medio (490 días); Venezuela, casi 1 año (350 días); y Argentina (provincia de Córdoba), 240 días. Mientras que sólo en Chile y Ecuador se resuelven los juicios orales antes de la mitad del año, al tramitarse éstos en 46 y 135 días, respectivamente (Pásara, 2007: pp. 51-52).

Con base en la información anterior, generalmente se ha citado en México el modelo de la reforma procesal penal chilena como un caso de éxito en Latinoamérica, y por tanto, aplicable por analogía en nuestro país. Empero, previo a su comparación con el sistema procesal penal mexicano, es necesario realizar dos consideraciones previas. Primera, en el sistema mexicano se contemplan una serie de derechos fundamentales a favor de los inculpados, a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1917, lo cual no existía en Chile hasta antes de la reforma de 1999. Segunda, mientras que en México el am-

paro procede contra sentencias definitivas, al instrumentarse la oralidad en Chile se suprimió el amparo contra resoluciones judiciales, para desahogar de manera más rápida los procedimientos penales.

Atendiendo a esa característica del amparo contra sentencias definitivas, el sistema procesal penal que es dable comparar con el mexicano es el modelo guatemalteco. Guatemala es el único país de América Latina que cuenta con un sistema procesal penal acusatorio oral puro. Su instrumentación fue aprobada en 1992, entrando en vigor a partir del 1 de junio de 1994. Sin embargo, al igual que México, también cuenta con el juicio de amparo contra sentencias, como un medio de control de legalidad de las resoluciones judiciales. Esa circunstancia ha propiciado que la instrumentación de los juicios orales en Guatemala no haya podido solucionar los problemas de sobrecarga de asuntos y dilación en su tramitación. Simplemente, en el año 2002 se registraron en ese país 3,500 homicidios y el sistema de justicia penal apenas fue capaz de instrumentar 79 juicios orales y emitir 39 sentencias (González, 2006: p. 467). De tal forma que así como se habla en México del éxito de los juicios orales en Chile, sería conveniente que también se analizara el fracaso de ese tipo de juicios en Guatemala, sobre todo por los puntos de contacto que existen entre el sistema mexicano y el guatemalteco, a través del amparo contra sentencias definitivas.

Asimismo, es importante comentar que, contra lo que pudiera pensarse, el principal problema del sistema de justicia penal mexicano, por lo menos a nivel federal, no es lo lento y tortuoso del procedimiento, sino el elevado número de asuntos que ingresan. De acuerdo con las estadísticas oficiales, el promedio de duración de las causas penales que se tramitaron en los juzgados de distrito durante el año de 2001 fue de 161 días; en 2002, de 238; en 2003 aumentó a 269; y en 2004 tuvo un crecimiento a 312 días. Mientras que el promedio de tramitación de las apelaciones que se registraron en los tribunales unitarios de Circuito fue de 42 días en 2001; 58 en 2002; 61 en 2003 y 56 en 2004 (Datos de la Dirección General de Estadística y Planeación Judicial del Consejo de la Judicatura Federal). Situación que puede considerarse parcialmente aceptable, si se toma en consideración que, de conformidad con el artículo 20, apartado A,

fracción VIII, constitucional, todo inculpado tiene derecho a ser juzgado antes de cuatro meses si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año, si la pena excede de ese tiempo, salvo que solicite mayor tiempo para su defensa.

Conforme a esa circunstancia, es importante subrayar que la oralidad no garantiza necesariamente rapidez en los juicios, ya que ni la oralidad busca celeridad, ni la celeridad se logra solamente con la oralidad. Más que brevedad, la oralidad pretende transparencia procesal. En ese sentido, la propuesta de solución que subyace al problema de la saturación o sobre carga de los procesos penales, no son los juicios orales, sino en todo caso los procedimientos sumarios que integran medios alternativos de solución.

Estos mecanismos funcionan como válvulas de escape que permiten resolver una gran cantidad de asuntos, para así disminuir la carga de trabajo que registran los juzgados y tribunales. Países como Estados Unidos y Francia resuelven el 90% y 50%, respectivamente, de sus conflictos penales, a través de procedimientos sumarios, en los que se revisan los acuerdos logrados entre la fiscalía y la defensa (González, 2006: pp. 486-487). De lo que se sigue que los juicios orales son utilizados en esos países para un número menor de asuntos, que generalmente son aquellos que no son susceptibles de resolverse por algún medio alternativo de solución.

De las cuatro entidades federativas en México que, al legislar sobre los juicios orales, han considerado el aspecto de los medios alternativos, destaca el caso del estado de Chihuahua, que al expedir su nuevo Código de Procedimientos Penales, aprobó la Ley de Justicia Penal Alternativa. En ese ordenamiento legal, se crea el Centro de Justicia Alternativa, dependiente de la institución del Ministerio Público, el cual funciona mediante la instrumentación de técnicas de mediación, negociación, conciliación y juntas de facilitación, para la solución de las controversias, adoptando el principio de justicia restaurativa.

Sobre ese aspecto, el *Libro Blanco* propone como acción número 12 *Promover el uso de medios alternativos de solución de controversias*, y señala: “En el corto plazo, los poderes judiciales del país deben explorar la posibilidad de iniciar proyectos de justicia alternativa [...] En el mediano plazo, debe considerarse la expansión de la justicia alter-

nativa en áreas en donde ha tenido hasta ahora una presencia limitada, por ejemplo la materia penal y mercantil” (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*: p. 397).

Por lo que antes de discutir en el sistema judicial mexicano sobre la introducción de los juicios orales, sería conveniente analizar la posibilidad de fortalecer el proceso penal mediante la incorporación de juicios sumarios que posibiliten la solución de los asuntos penales a través de medios alternativos de solución de conflictos, tratándose de delitos no graves.

## CONCLUSIONES

1. Es indudable que el sistema de impartición de justicia penal mexicano requiere de una profunda transformación orientada hacia el fortalecimiento del modelo acusatorio, para mejorar la tutela del debido proceso y la adecuada defensa de los procesados y sentenciados; sin embargo, es necesario precisar que la aprobación de los juicios orales no es la solución para abatir el problema de la inseguridad pública en México.

Para ello, se requiere una reforma integral del sistema de justicia penal que aborde de manera sistémica los diversos subsistemas, es decir: 1) subsistema de seguridad pública, 2) subsistema de averiguación previa o procuración de justicia, 3) subsistema de proceso penal o impartición de justicia, y 4) subsistema de ejecución de sanciones o readaptación social. De lo contrario, se corre el riesgo de realizar grandes inversiones de recursos públicos, que produzcan los mismos resultados que se han obtenido con los modelos de justicia penal actualmente vigentes.

2. La propuesta para introducir los juicios orales en el proceso penal federal mexicano debe sustentarse en diagnósticos empíricos sobre el estado actual del proceso penal mexicano, así como del funcionamiento de los sistemas judiciales latinoamericanos y locales de nuestro país, en los que se han puesto en marcha este tipo de juicios, y no en la percepción que prevalezca en la opinión pública sobre las instituciones de procuración e impartición de justicia.

3. Los juicios orales no deben considerarse como un elemento imprescindible del sistema penal acusatorio, pues el sistema procesal penal mexicano puede ser acusatorio predominantemente escrito, a través de cambios jurisprudenciales y reformas reglamentarias que garanticen de manera plena las garantías constitucionales del debido proceso y la adecuada defensa, aprovechando el marco constitucional y legal penal vigente.

4. Los principios de oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad que se proponen en las iniciativas de los juicios orales, no son una novedad en el sistema procesal penal mexicano, ya que éstos datan en el Código Federal de Procedimientos Penales, desde 1934, al establecerse que la declaración preparatoria del inculpado puede ser rendida en forma oral o escrita (art. 155); que en las diligencias que se practiquen, el juez estará acompañado por su secretario, presidirán los actos de prueba y recibirán, por sí mismos, las declaraciones (art. 16); que en la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos y se podrán repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado; y, que en todo proceso penal el inculpado será juzgado en audiencia pública por un juez (art. 86).

La propuesta de reforma del sistema procesal penal debe ser coherente con los diversos elementos que integran el sistema jurídico mexicano, por lo que se recomienda que en las propuestas de cambio institucional que se formulen, se tomen en consideración tanto las circunstancias internas como externas de nuestro país, en especial, la relativa al juicio de amparo y sus efectos en las legislaciones de las entidades federativas.

5. Para solucionar el problema de la sobrecarga de causas penales que registra el sistema judicial mexicano, más que pensar en la opción de los juicios orales, debe analizarse la propuesta de los medios alternativos de solución de conflictos como una medida complementaria de la justicia penal ordinaria que permita desahogar el trámite y resolución de aquellos procesos penales federales que traten de delitos no graves, que cuenten con los instrumentos necesarios para la conciliación y negociación de las partes, bajo la supervisión de la autoridad jurisdiccional.

## REFERENCIAS

- Concha Cantú, Hugo A., et al. (2004): *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Cofemer, 2004.
- Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- Fix Fierro, Héctor (2006): *Tribunales, justicia y eficiencia: estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González, Samuel, et al. (2006): *El sistema de justicia penal y su reforma: teoría y práctica*, 2ª ed., México, Fontamara, Centro de Estudios de Política Criminal y Aquesta Terra.
- Libro Blanco de la Reforma Judicial* (2006): *Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN.
- Nader Kuri, Jorge, “El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva”, *Admon Jus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*, núm. 27. (<http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus>, consultado el 11 de noviembre de 2007).
- Pásara, Luis (2007): “Reforma procesal penal y seguridad ciudadana”, *Reforma Judicial. Revista mexicana de justicia*, núm. 10, julio-diciembre, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Zepeda Lecuona, Guillermo (2004): *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, FCE, CIDAC.



---

*Derecho y otras  
disciplinas*

---



# La implicación del consentimiento informado como garantía constitucional en la administración de justicia

Gisela María Pérez Fuentes\*  
Karla Cantoral Domínguez\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis sobre la definición del consentimiento informado: una aproximación jurídica al consentimiento informado a través de un estudio de campo*. III. *Valoración del consentimiento informado en el Derecho constitucional mexicano*. IV. *Importancia del consentimiento informado en la administración de justicia*. *Conclusiones*. *Referencias*. *Anexos*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo que a continuación presentamos constituye un intento de fundamentación constitucional y civil de la protección al derecho a la salud a través de otra, figura novedosa aún, dentro del derecho mexicano; nos referimos a *El consentimiento informado*. Esta institución que es el objetivo de análisis de nuestro trabajo, quedará explicitada como un principal instrumento jurídico y ético para hacer efectiva definitivamente la protección al derecho a la salud. Para demostrarlo hacemos un recorrido doctrinal muy breve sobre el significado de esta figura que vincula a la medicina y al derecho. Al respecto es necesario mencionar, además, que éste, nuestro segundo trabajo sobre

---

\* Doctora en Derecho. Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

\*\* Maestra en Derecho. Conciliadora judicial del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco.

el consentimiento informado, tiene como antecedente una parte doctrinal y teórica ya publicada en la *Revista de Derecho Privado*, nueva época, del Instituto de la UNAM, núm. 15, por lo que obviamos conceptos y elementos básicos de la figura, así como la sustentabilidad del consentimiento informado como garantía individual.

El trabajo trata de ofrecer una visión práctica de la figura desde su propio concepto, comenzando con un trabajo de investigación de campo. Posteriormente, en lo que constituye la única parte esencialmente doctrinal del trabajo, se ofrecen los conceptos distintivos en relación con salud, derecho a la salud, derecho a la protección a la salud; y, por último, nos centramos en la carga de la prueba, para ofrecer al final algunas reflexiones en cuanto al análisis precisamente judicial sobre la valoración de la carga de la prueba en el consentimiento informado.

## II. ANÁLISIS SOBRE LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CAMPO<sup>1</sup>

*El consentimiento bajo información (CBI) se reconoce de forma tradicional como un proceso mediante el cual el médico o personal de la salud indicado garantiza por escrito la información brindada al paciente y éste, después de haber recibido y comprendido toda la infor-*

---

<sup>1</sup> Como hemos comentado, el artículo a continuación presentado constituye una segunda parte de un estudio sobre el consentimiento informado, la primera, con una perspectiva más doctrinal y conceptual, fue publicada en la *Revista de Derecho Privado*, nueva época. Los dos artículos en definitiva, forman parte importante de la tesis de maestría de una de las autoras de este trabajo, defendida en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, inédita aún. Por ello, de este trabajo en ilustración a la parte práctica y resolutive de éste, es meritorio destacar el estudio de campo realizado a través de encuestas que tuvieron como objetivo fundamental valorar el conocimiento de los pacientes y juristas de Tabasco, sobre el consentimiento informado. La encuesta se aplicó tomando un universo de cien personas y las preguntas se practicaron en una clínica pediátrica a los padres de los menores que se encontraban hospitalizados o sometidos a determinado tratamiento médico.

mación necesaria y pertinente, expresa voluntariamente su intención de participar en cualquier investigación, o se considera su autorización para que sobre él se efectúen procedimientos diagnósticos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo.<sup>2</sup> En el desarrollo del trabajo pretendemos demostrar que el consentimiento abarca no sólo la tradicional relación médico-paciente, en tanto médico informa y paciente acepta, sino que debe existir una verdadera interacción que parte, en primer lugar, desde la exigencia de protección al derecho a la vida por el paciente, en su autonomía de conservar ésta. En este sentido, el consentimiento informado se sustenta en el principio de autonomía del paciente, considerando para su existencia tres requisitos básicos necesarios para que sea válido.<sup>3</sup>

Como se ha señalado, el consentimiento es un proceso de formación de voluntad que requiere de requisitos, fijados en México por recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) para mejorar la práctica de la medicina.<sup>4</sup> Ello implica que un simple documento firmado por un paciente donde se indicara, por ejemplo, “aplicación de anestesia”, no sería jurídicamente considerado como la figura del consentimiento informado. En el estado de Tabasco se realizó un análisis en un universo predeterminado para determinar qué se consideraba consentimiento informado, en un hospital de la zona.

La encuesta aplicada a cien pacientes contenía las siguientes preguntas:

---

<sup>2</sup> Cfr. Fernando Cano Valle, *Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, 2004, p. 31.

<sup>3</sup> Al respecto, véase Gisela M. Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez, “El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano”, en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, número 15, septiembre-diciembre de 2006, p. 64.

<sup>4</sup> Nos referimos a que en la hoja de consentimiento informado deben aparecer: 1. Naturaleza, en qué consiste, qué se va hacer, 2. Objetivos, para qué se hace; 3. Beneficios, qué mejoría espera obtenerse; 4. Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles; 5. Alternativas posibles a lo propuesto; 6. Explicación del motivo que lleva al médico a elegir una y no otras, y 7. Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee. Véase artículo “El consentimiento informado...”, p. 67.

1. Ha dado usted algún permiso o autorización para que su hijo sea:
  - examinado
  - anestesiado – tipo de anestesia
  - sometido a estudio médico
  - (radiografías, análisis)
  - Todas las anterioresOtras: ¿Cuáles? En caso de contestar afirmativamente...
2. ¿De qué manera ha otorgado el permiso?
  - Después de una explicación médica de forma verbal
  - Firmando un documento (sin explicación alguna)
  - Firmando un documento (con explicación realizada antes del tratamiento)
3. ¿Guarda o tiene alguna constancia del permiso que otorgó para que su hijo fuera visto o atendido en el hospital?
4. En caso de encontrarse en alguna situación dañina o peligrosa contra la atención de su hijo, ¿qué considera usted pudiera hacer?
  - 1) Pedirle explicaciones al director del hospital
  - 2) Dirigirse a la Secretaría de Salud
  - 3) Reclamar ante los tribunales, ¿cuál? Especifique
  - 4) Otra, ¿cuál?
  - 5) ¿Qué haría?
5. ¿Ha escuchado usted hablar de la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA 1-1998 sobre el expediente clínico?
6. ¿Le han explicado los alcances de la NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA 1-1998 sobre el expediente clínico?
7. ¿Le han hecho saber las secuelas que puede tener su hijo después de aplicarle algún tratamiento o de practicarle alguna cirugía?

Como resultado de las preguntas aplicadas, se obtuvo que ochenta y cinco por ciento de éstas autorizaron que su hijo fuera examinado, anestesiado o sometido a algún estudio médico.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Al respecto, véase anexo 1.

Con relación a la forma en que se había otorgado este permiso, un quince por ciento de las personas encuestadas manifestaron que lo habían otorgado de forma verbal, el cincuenta por ciento expresaron que habían firmado un documento, pero que no les habían dado explicación alguna, y un treinta y cinco por ciento sostuvieron que antes de firmar la autorización se les había explicado en forma detallada en qué iba a consistir el tratamiento.<sup>6</sup>

Asimismo, se les preguntó a las personas que habían dado su autorización por escrito, que si guardaban alguna constancia de ese permiso. Noventa por ciento manifestaron que no les habían entregado ningún tipo de comprobante y el diez por ciento sostuvieron que sí tenían un documento, sin saber precisar su contenido.<sup>7</sup>

Se les preguntó también qué harían en caso de que se encontraran ante una situación dañina o peligrosa para su hijo, manifestando el sesenta por ciento de los encuestados que primero pedirían explicaciones al director del hospital; el veinticinco por ciento expresó que se dirigirían a la Secretaría de Salud, y un quince por ciento manifestaron que acudirían ante los tribunales.<sup>8</sup>

De igual manera, se les cuestionó si habían escuchado hablar sobre la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA 1-1998 sobre el expediente clínico, manifestando un noventa por ciento de las personas encuestadas que no la conocían, y en cuanto a si sabían sobre los alcances de dicha norma, solamente un veinte por ciento manifestó que sí.<sup>9</sup>

Por otra parte, también se les preguntó si se les habían hecho saber las secuelas que podía tener su hijo después de aplicarle algún tratamiento o cirugía, manifestando solamente el setenta por ciento que sí lo sabían.<sup>10</sup>

Finalmente se realizaron entrevistas a cien abogados, esencialmente para conocer si desde el punto de vista jurídico se utilizaba el concepto de consentimiento informado en las demandas que trataban

---

<sup>6</sup> Véase anexo 2.

<sup>7</sup> Véase anexo 3.

<sup>8</sup> Véase anexo 4.

<sup>9</sup> Véanse anexos números 5 y 6.

<sup>10</sup> Véase anexo 7.

sobre una posible responsabilidad en la prestación de servicios médicos y el alcance de dicho concepto, manifestando un cincuenta por ciento que era un elemento del contrato de prestación de servicios médicos, un veinticinco por ciento que era una medida de protección a la salud y otro veinticinco por ciento sostuvo que era un mecanismo de control para los médicos.<sup>11</sup>

El trabajo de campo anteriormente procesado nos evidencia la ineficiencia en la elaboración de la hoja del consentimiento informado según los lineamientos exigidos precisamente por la Conamed. El desconocimiento de los pacientes con respecto al consentimiento informado no es lo más alarmante, sino la debilidad de procesamiento y, por tanto, de contenido jurídico que se le da en el hospital al simple documento, argumentando al respecto que la denominación de por sí no evidencia el significado del contenido jurídico.<sup>12</sup>

Es obvio, a partir de esta experiencia, que el consentimiento informado o bajo información no puede identificarse con el simple documento que recoge la firma del paciente, pero aquí también cabría preguntarse cuál debe ser el alcance de ese contrato de prestación médica donde el consentimiento se manifiesta, y si éste se realiza, por ejemplo, antes de una operación y aparecen complicaciones *a posteriori*, ¿valdría entonces el consentimiento otorgado desde el inicio? En el apartado tres de este trabajo retomaremos este cuestionamiento.

### III. VALORACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

El consentimiento informado desde la perspectiva del Derecho constitucional mexicano se encuentra vinculado e inmerso en el derecho a la salud. Ante la ausencia de definición constitucional del concepto de

---

<sup>11</sup> Véase anexo 8.

<sup>12</sup> Cfr. tesis aislada, núm. 240,415, Materia Civil, Séptima Época. "CONTRATOS, NOMBRE Y ESENCIA DE LOS. El nombre no hace al contrato, sino que la esencia de éste está más allá de la autonomía individual y depende de la naturaleza de las cosas, dado que las definiciones legales de los actos jurídicos no están a la disposición arbitraria de las partes" [*Semanario Judicial de la Federación*, 169-174, cuarta parte, p. 36].

salud, la doctrina mexicana ha optado por seguir la interpretación que de la salud hace la Organización Mundial de la Salud,<sup>13</sup> cuando señala: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Las expresiones *derecho a la salud*, *protección de la salud* y *derecho a la atención de la salud* son utilizadas indistintamente; sin embargo, se debe precisar que el derecho a la protección de la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social. Podría afirmarse que, en México, el derecho a la salud es un sistema legislativo y el derecho a su protección es una garantía constitucional, porque es el medio para garantizar o hacer eficaz el derecho a la salud, que se encuentra tutelado en la norma fundamental.

La mayoría de los autores coinciden en señalar que el derecho social es el grupo de normas jurídicas cuyo objetivo es proteger a los núcleos de individuos más débiles, a efecto de lograr un equilibrio en la sociedad. Dentro de este rubro se ubica tradicionalmente el derecho a la protección de la salud.<sup>14</sup>

El derecho a la protección de la salud se define como “el sistema de normas jurídicas de Derecho Social, que tiene por objeto regular los mecanismos para lograr la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de la actividad gubernamental, social e individual, siendo ésta un elemento de justicia social”.<sup>15</sup>

Así, “el derecho a la protección de la salud es también un derecho prestacional por el cual el Estado queda obligado a realizar, a favor del titular de este derecho, una serie de prestaciones, las cuales están destinadas a satisfacer una necesidad de índole individual, pero colectivamente considerada”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS) es el Organismo de las Naciones Unidas especializado en salud; se creó el 7 de abril de 1948.

<sup>14</sup> Véase Gonzalo Moctezuma Barragán, *Derechos de los usuarios de servicios de salud*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p 3.

<sup>15</sup> *Cfr.* Salomón Díaz Alfaro, *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983, p. 71.

<sup>16</sup> Olga Sánchez Cordero de García Villegas, “El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes

En ese tenor, es posible señalar que el derecho a la protección de la salud es un derecho social y universal, independiente de la situación de vulnerabilidad de sus destinatarios, ya que, además, es un elemento esencial para que el Estado pueda sentar las bases para eliminar la desigualdad existente entre los miembros de una sociedad.<sup>17</sup>

La doctora Mireille Roccatti<sup>18</sup> se refiere precisamente a los derechos implícitos en la protección al derecho de la salud, y que considera ella son los siguientes:

1. El derecho de acceso a los servicios de salud.
2. El derecho a decidir o participar en las decisiones sobre la integridad, considerando al paciente como sujeto autónomo en sus decisiones.
3. El derecho a ser informado sobre su enfermedad y diagnóstico, y las alternativas de tratamiento.
4. El derecho a conocer la verdad sobre la enfermedad, así como que exista confidencialidad en esta información.
5. El derecho a la libertad, interpretado como que la norma hospitalaria no prive al paciente de los beneficios de ingresar o salir al exterior.
6. El derecho a que en el manejo de su cuerpo se solicite autorización.
7. El derecho a un trato digno que incluye la privacidad de acuerdo a su enfermedad y tratamiento.

En gran parte de los derechos implícitos en la protección al derecho de la salud, se evidencia, la esencia de lo que hemos estado tratando hasta el momento: *el consentimiento informado*, presente en todos los

---

del Poder Judicial de la Federación de México”, Conferencia dictada en el Simposio Internacional “Ética y Salud”, organizado por la Asociación de Salud y Economía, celebrado en la ciudad de México, el 22 de noviembre del 2002.

<sup>17</sup> Véase Olga Sánchez Cordero de García Villegas, *op. cit.*, nota 57.

<sup>18</sup> *Cfr.* M. Roccatti V, “Los derechos humanos y el derecho a la protección de la salud en México”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Bioética del ISSSTE, *Gaceta* 105. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, abril 1999, p. 58.

derechos, incluso, en el derecho de acceso a la salud. De ahí que el consentimiento informado, como elemento esencial del contrato y que adquiere en el caso de la prestación de servicios médicos características propias, permite, en definitiva, la protección del derecho a la salud. Por ello, consideramos que, aun cuando no se puede sostener que, en el derecho mexicano, el consentimiento informado constituya un derecho fundamental,<sup>19</sup> sí encara, en la protección del derecho a la salud, la función de medio supervisor a tal derecho. En este orden de ideas, no debemos confundir el término de garantías<sup>20</sup> individuales con derechos fundamentales.

El consentimiento informado, como elemento esencial del contrato en el caso de la prestación de servicios médicos, permite en

---

<sup>19</sup> A diferencia del Derecho español, por ejemplo, donde el consentimiento informado no sólo se analiza como elemento esencial, sino que existen criterios jurisprudenciales emitidos en torno al consentimiento informado, catalogándolo como un nuevo derecho fundamental. *Cfr.* Primera parte del tema desarrollado por las autoras en *op. cit.*, p. 73.

<sup>20</sup> Se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política. No obstante ello, al término *garantía*, referido al derecho constitucional, se le han dado diversos significados, entre los cuales podemos destacar, siguiendo el pensamiento de Fix Zamudio, los que a continuación se citan: a) En primer lugar se han denominado garantías a los derechos humanos fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución, tal es el significado que le ha dado nuestra carta magna vigente, al enumerar y describir dichos derechos en sus primeros veintinueve artículos, integrantes del capítulo primero, título primero de esa ley fundamental, cuando los califica como “garantías individuales”. Terminología ciertamente poco precisa en la actualidad. b) En segundo lugar, podemos traer a colación las ideas de Carl Schmitt sobre el particular, ya que para este autor las garantías constitucionales son aquellos derechos que, sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado ni a los derechos humanos, el constituyente ha considerado conveniente incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor, tal sería el caso de nuestro artículo 123 constitucional. c) Finalmente, se ha identificado el término garantía constitucional con el concepto de defensa de la Constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, siendo que se debería referir exclusivamente a estos últimos. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, tomo II, 2000, p. 1512.

definitiva la protección del derecho a la salud. Por ello, permite instrumentalizar la protección del derecho a la salud mediante la función de medio supervisor a tal derecho.

Desde la perspectiva constitucional anteriormente narrada, en México existe un caso tratado por la jurisprudencia que refleja una manifestación de la protección del derecho a la salud, pero para nosotros implica, además, la expresión del consentimiento informado del paciente a partir del conocimiento de éste de su estado de salud y de la protección de dicho paciente al derecho fundamental por excelencia, que es el derecho a la vida. En el caso que a continuación narramos, no se discutía la forma del tratamiento por el médico, sino, simplemente, dicho tratamiento se negó.

Así, en el caso de referencia, el 9 de diciembre de 1996, una persona que vivía con VIH/SIDA inició el cambio de paradigma en la concepción del derecho a la protección de la salud en nuestro marco jurídico, al interponer un amparo solicitando que se le proveyeran medicamentos antirretrovirales, logrando que se iniciara el tránsito a un verdadero derecho constitucional justiciable.

El amparo fue negado en una primera instancia, pero el asunto fue posteriormente discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual el 25 de octubre de 1999 resolvió, en Pleno y de manera unánime, que el derecho a la protección de la salud sí se traduce en un derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades como parte integrante de la atención médica, y señaló que el derecho a la protección de la salud es una garantía individual.<sup>21</sup>

El tratamiento de garantía individual que implica el consentimiento informado viene dado por la capacidad de instrumento de medición de la protección del derecho a la salud, de ahí la importancia que dicho consentimiento esté expresamente detallado en su contenido dentro del acta médica que se le presenta al paciente. Se anexa una

---

<sup>21</sup> Cfr. tesis P XIX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, marzo 2000, p. 112.

experiencia en la redacción del documento que es denominado por algunos centros hospitalarios CBI.<sup>22</sup>

En el trabajo investigativo realizado para la elaboración de este artículo, nos ha llamado la atención de manera preocupante una sentencia de junio de 2006, de los tribunales colegiados de circuito, dedicada especialmente a la definición de las obligaciones de las partes en la prestación de los servicios médicos. En la tesis se describe la relación médico-paciente desde una perspectiva impositiva. Así se definen las obligaciones de ambas partes:

Las obligaciones que engendra un contrato de prestación de servicios médicos para un hospital, a través de sus empleados, personal, cuerpo médico y doctores, son las siguientes: 1. realizar los servicios médicos; 2. realizar el diagnóstico al paciente; 3. realizar actuaciones previas a la elaboración del diagnóstico, como manifiesta la enfermedad, como su interpretación adecuada, mediante una exploración completa y concorde con los síntomas encontrados, utilizando todos los medios, procedimientos o instrumentos necesarios; 4. realizar el tratamiento al paciente; y 5. deber de información por parte del médico al paciente y familiares de todas las contingencias que se produzcan con motivo del tratamiento.

Pero lo que nos llama la atención en las obligaciones explícitas de la tesis<sup>23</sup> en cuestión, es que en relación con el paciente, no aparece la aceptación del tratamiento de forma voluntaria. Ello no es una mera reflexión especulativa, pues la redacción de la tesis en términos imperativos impide, a nuestro entender, la formación del consentimiento informado tal y como lo hemos estado abordando y, por ello, implica un retroceso en la relación médico-paciente, basada en el

---

<sup>22</sup> El anexo 9 ha sido utilizado en un clínica privada.

<sup>23</sup> Según la tesis aislada 1.70.C.72 C. del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito [No 174861, publicada en Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, junio 2006, p. 1200], las obligaciones del paciente en el contrato de servicios médicos, son 1. obligación de lealtad de información; 2. cumplimiento del plan terapéutico, y 3. obligación de remunerar los servicios prestados. Insistimos que en la tesis no se hace mención a la manifestación del consentimiento para realizar el tratamiento médico, elemento que permitiría conformar CBI.

principio de confianza o buena fe, propio del Derecho civil. No queremos, por supuesto, defender que la naturaleza del contrato de prestación de servicios médicos tiene como elemento esencial el consentimiento informado; como forma de expresar la autonomía de la voluntad del paciente, es esencial y únicamente propio del Derecho civil. Pero sí defendemos que, para lograr una verdadera eficacia del derecho fundamental de protección a la salud, el paciente debe actuar no sólo de una manera pasiva, sino que en la emisión de su opinión debe aparecer también la valoración médica en general.

#### IV. IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El contenido del “consentimiento directo” y el “consentimiento diferido” (por medio de otro),<sup>24</sup> requiere, a efectos probatorios, de los elementos siguientes:

1. ¿A quién(es) se debe informar?
2. ¿En qué casos sólo el paciente puede recibir la información, decidir y exteriorizar su voluntad?
3. ¿Cuándo otras personas pueden recibir la información y decidir por el paciente?
4. ¿Quiénes pueden hacerlo?
5. ¿Tienen los representantes del paciente limitadas sus facultades decisorias?
6. ¿En cuáles circunstancias se encuentra el profesional de la salud exonerado del deber de informar y de obtener la voluntad jurídica del paciente?

Aunque para los profesionales de la salud carece de importancia saber si la responsabilidad que pueden afrontar es de naturaleza contractual

---

<sup>24</sup> Cfr. María Patricia Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Bogotá, Temis, 1997, p. 10.

o extracontractual,<sup>25</sup> este problema, puramente jurídico, sí genera interés para los abogados y, por lo tanto, no podemos dejar de mencionarlo. Finalmente, debemos advertir que dicho problema debe ser resuelto en cada caso por el juez y los apoderados de las partes.

La responsabilidad civil contractual no se presenta si no hay violación o incumplimiento de un contrato que, a su vez, generalmente no se perfecciona si las partes no emiten el consentimiento; que no se integrará sin la voluntad jurídica de las partes, en este caso, del paciente y del profesional de la salud o de quien vaya a administrar, garantizar o a prestar el servicio, según las circunstancias.

No siempre resulta fácil detectar la existencia de un contrato en materia de prestación de servicios médicos. Pueden presentarse situaciones donde se discute si la responsabilidad que puede surgir para los sujetos intervinientes en una relación médico-paciente es de naturaleza contractual o extracontractual, a pesar de existir un acuerdo de voluntades inicial.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del paciente que escoge al médico que habrá de atenderlo. Supongamos que éste acepta brindarle la atención, pero, del examen clínico preliminar y de los análisis de laboratorio, el galeno confirma un diagnóstico para cuyo tratamiento la única opción terapéutica es de índole quirúrgico y el paciente se opone a la aplicación de dicho procedimiento estando en uso de sus facultades. Si en tales circunstancias el médico aplica el procedimiento y de dicha aplicación sobrevienen efectos adversos para el paciente, nos cuestionamos si para intentar la reparación de los daños y perjuicios por parte del profesional de la salud se debe instaurar una acción por responsabilidad civil contractual o extracontractual. La respuesta dependerá de la posición que se asuma para explicar la relación entre la voluntad jurídica del paciente y el contrato de prestación de servicios médicos, en el sentido de si la elección del médico fue realizada de forma privada o la atención se debió a un sistema de salud estatal.

---

<sup>25</sup> Por citar un ejemplo, en el Código Civil de Tabasco se regula que cuando la relación es contractual, el plazo de prescripción es de un año, y cuando se trata de una relación extracontractual, el plazo es de dos años.

### 1. *La carga de la prueba en casos de responsabilidad médica por deficiente consentimiento informado*

En los casos de responsabilidad civil médica derivada de un desacuerdo en el resultado de tratamiento obtenido por el médico o personal de la salud, en los juzgados civiles de Tabasco, atendiendo a los principios que rigen la actividad probatoria, corresponde al paciente la carga de probar las proposiciones de hechos en que funda su acción, según el axioma “el que afirma está obligado a probar”. Sin embargo, en la valoración de la actividad probatoria, existen doctrinalmente<sup>26</sup> reconocidos cinco aspectos a considerar y que son los siguientes: *fin*, *necesidad*, *carga*, *idoneidad* y *sujetos*. No hay duda de que en el proceso se implican no sólo las partes demandante y demandada, sino terceros implicados con una y otra, que aportan elementos probatorios como testigos, peritos, o autoridades. Otro sujeto imprescindible es sin duda el juzgador, quien, en definitiva, realiza la función de organizar y valorar el sistema jurídico y las pruebas en cada caso.

Como señalamos anteriormente, la carga probatoria corresponde al que afirma, que resulta ser generalmente la persona que ha sido afectada con la aplicación de un tratamiento médico o ha perdido, por uno, a un familiar. Pero en los aspectos antes mencionados también destacan, en definitiva, y se persigue delimitar las cuestiones planteadas dentro del proceso que deben ser probadas para que el juzgador verdaderamente tenga las herramientas necesarias para analizar debidamente la veracidad de las afirmaciones de las partes. Aquí entra, por último, uno de los aspectos que conforman el sistema de análisis probatorio, que es “*la idoneidad*”. Éste consiste en determinar cuál es el medio de prueba adecuado para acreditar una aseveración. Al respecto, existe un problema en caso de responsabilidad médica por deficiencias en la conformación del consentimiento informado.<sup>27</sup> Si

---

<sup>26</sup> Francisco José Contreras Vaca, *Derecho procesal civil*, México, Editorial Oxford, 2003, vol. I, p. 99.

<sup>27</sup> En México, en la práctica judicial se ha denominado al consentimiento informado que surge en los centros hospitalarios como responsiva médica. Consiste en aquel documento mediante el cual se formaliza la comunicación que debe existir entre una persona (paciente o usuario), los familiares o los representantes legales de

tenemos en cuenta que el paciente-reclamante normalmente carece del conocimiento médico, ello le coloca en una situación de dificultad y pobreza de medios probatorios frente al médico que, además de sus conocimientos, goza de una copiosa información acerca del proceso de enfermedad y tratamiento, que le facilita, sin ayuda, la actividad probatoria.

En la experiencia judicial del estado de Tabasco, se cita el caso de una persona que demandó a un odontólogo porque acudió a que le extrajera una muela, y al aplicarle el tratamiento médico respectivo, pasados dos días, tuvo alteraciones en su cuerpo, como manchas en los dientes y elevación de la presión arterial. Al acudir el paciente nuevamente al galeno, éste negó su responsabilidad frente a los malestares del paciente. Al ser el paciente la parte accionante, le correspondía la carga de probar la veracidad de los hechos; sin embargo, dicho juicio no procedió, porque el médico exhibió la hoja de consentimiento informado que fue firmada por su paciente. A esta prueba se le otorgó valor probatorio, por tratarse de un documento privado expedido por una de las partes en litigio. Con ella se liberaba de responsabilidad al médico por las posibles reacciones que presentara el paciente.

En cuanto a la apreciación probatoria, debe tomarse en cuenta que la hoja de consentimiento informado no constituye una prueba tasada, es decir, no está determinada por la ley en forma específica para poder acreditar un hecho determinado, sino que, en uso de la libre apreciación, antes de otorgársele valor, debe analizarse la eficacia de dicho documento. Éste sólo podrá ser eficaz cuando se encuentre elaborado de acuerdo con los lineamientos establecidos en el

---

éste y un centro hospitalario, en el momento en que se egresa de éste, aun en contra de las recomendaciones médicas. Se le considera como un elemento de convicción para liberar al hospital de cualquier responsabilidad respecto de las consecuencias que pudieran surgir por no seguir con la atención médica. Constituye el instrumento mediante el cual se expresa la voluntad del usuario, de sus familiares o representantes legales, a efecto de que se le someta a un determinado tratamiento médico, tal y como se encuentra definido en la tesis bajo el rubro: Responsiva MÉDICA. [Tesis I.90.C.23K, Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito, Registro núm. 182315, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, enero 2004, p. 1609].

artículo 82 del Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica y a las recomendaciones emitidas por la Conamed. En caso de duda del juzgador, la hoja deberá ser sometida a un estudio pericial que deberá rendir un especialista designado por la referida Comisión,<sup>28</sup> o, en su defecto, un galeno que tenga la capacidad para interpretar los términos utilizados dentro de la relación médico-paciente, con el objeto de acreditar si el referido documento cumple con los requisitos antes enunciados.

El caso real narrado anteriormente nos hace detenernos, desde la perspectiva humanitaria y jurídica, y reflexionar en cuanto al alcance de la voluntad del paciente volcado en ese documento denominado por la Norma Oficial Mexicana<sup>29</sup> como cartas de consentimiento bajo información o, en la vida jurisdiccional, responsiva médica, con vista en definitiva a valorar la carga de la prueba. Ello indica que la firma de un mero documento no es suficiente para determinar hasta dónde puede entenderse prolongado un asentimiento inicial de un paciente emitido para que se le aplique una posibilidad terapéutica sobre la que ha sido previamente informado. Sobre este caso y con aplicación a otros semejantes, nos podemos formular otros interrogantes, como por ejemplo:

1. ¿Cuál es el alcance del asentimiento inicial del paciente?
2. ¿Podrá entenderse prolongado el consentimiento en caso de exención total de responsabilidad civil por reacción adversa al tratamiento valorado por el médico?
3. ¿Podrá entenderse que la existencia del consentimiento abarca el tratamiento en caso de presentarse una adversidad en el proceso de extracción?

En atención a los cuestionamientos anteriores, seguimos la posición que sostiene Fernández Hierro,<sup>30</sup> al señalar que el consentimiento para

---

<sup>28</sup> Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

<sup>29</sup> NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 1999.

<sup>30</sup> Citado por Javier Fernández Costales, *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Civitas, 1998, p. 145.

determinadas actuaciones médicas no implica un consentimiento *a priori* y total para todas las que le sigan, salvo que esas últimas fueran consecuencia ineludible de la primera. Por otra parte, Mazeud y Tunc<sup>31</sup> sostienen que no deben atenderse los elementos circunstanciales de cada caso y reconocer cierta libertad o facultad discrecional al médico cirujano, siempre que obre ajustado al marco obligacional y de posibilidades que contempla la disciplina médica en el manejo de cada problema de salud.

Todo ello se traduce en que un documento donde conste “extracción de muela” y exista una firma del paciente no constituye una verdadera prueba legal de la expresión de la voluntad del afectado, y mucho menos exime de responsabilidad civil al médico.<sup>32</sup> En efecto, ese documento no se ajusta a la Norma Oficial,<sup>33</sup> para la que es imprescindible, por ejemplo, en el caso narrado, especificar el tipo de tratamiento que se va a aplicar, así como los medicamentos y sustancias a utilizar.

## 2. *Eficacia y extensión del consentimiento*

Por otra parte, queda aún por resolver un planteamiento realizado en el primer apartado de este trabajo sobre la eficacia y extensión o alcance del consentimiento. Frente a este planteamiento aparecen varias posiciones. De ellas, destacamos la teoría de los contratos

---

<sup>31</sup> Cfr. Mazeud y Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual, y contractual*, Trad. Luis Alcalá Zamora, Buenos Aires, tomo I, vol II, 1963, p. 179.

<sup>32</sup> El artículo 82, del Reglamento en materia de prestación de servicios de atención médica, establece la forma que debe tener el consentimiento bajo información, al respecto, véase Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez, “El Consentimiento Informado...”, p. 68.

<sup>33</sup> La Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 define a las cartas de consentimiento bajo información, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal, mediante los cuales se acepte, bajo debida información de los riesgos y beneficios esperados, un procedimiento médico o quirúrgico con fines de diagnóstico o, con fines diagnósticos, terapéuticos o rehabilitatorios.

consecutivos,<sup>34</sup> que trata de explicar la voluntad del paciente en el contrato de servicios médicos; sostiene que los contratos de tracto sucesivo no son suficientes para definir características relacionadas con la salud y la vida. Desde esta posición, atendiendo a que la relación médico-paciente se cumple por etapas, como por ejemplo, examen clínico, diagnóstico, determinación quirúrgica, terapia, etcétera, para que pueda, entonces, realizarse una nueva etapa del procedimiento médico debe otorgarse un nuevo consentimiento.

En cambio, en otra posición, que compartimos, se señala que es necesario diferenciar el consentimiento del asentimiento, dividiendo la voluntad del paciente en dos fases:

1º. Fase inicial: en este momento el médico acepta tratar al paciente y éste emite o da su consentimiento para ser tratado.

2º. Fase procedimental: en esta fase se requiere el asentimiento del paciente para que se le aplique el tratamiento médico, se considera una ejecución contractual y por tanto vinculada a la primera fase.

La anterior posición permite entender el consentimiento como un proceso en el que existe una relación continuada, pues de la primera fase no siempre se puede deducir la intención del paciente para una posterior intervención quirúrgica, por ejemplo. Ello implica la necesaria aceptación o consentimiento del paciente en una segunda y sucesivas etapas.

## CONCLUSIONES

En México, puede identificarse el derecho a la salud como un sistema legislativo, y el derecho a su protección, como una garantía constitucional, porque es el medio para garantizar o hacer eficaz el derecho a la salud, que se encuentra tutelado en la Norma Fundamental. Esa garantía tiene a la vez un elemento instrumental básico que es precisamente el consentimiento informado, punto de conexión entre los

---

<sup>34</sup> Cfr. María Patricia Castaño de Restrepo, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Bogotá, Temis, 1997, p 48.

sujetos de la relación médico-paciente, que permite, no sólo equilibrar dicha relación, sino además darle eficacia y seguridad jurídica. Es importante destacar en este apartado, tal y como hemos visto en el desarrollo del trabajo, que el consentimiento no es: 1. un mero documento que se identifica con un recibo de honorarios o la firma del paciente por un simple tratamiento; 2. una expresión sucesiva de explicaciones médicas sin aceptación del paciente, 3. un expediente clínico, 4. una prueba tasada.

En cuanto a otro elemento muy destacable en nuestra investigación se concluye que, aun cuando corresponde al paciente la carga de probar las proposiciones de hechos en que funda su acción, según el axioma “el que afirma está obligado a probar”, en la valoración de la actividad probatoria, debe tomarse en cuenta que el paciente-reclamante normalmente carece del conocimiento médico. Esto ha demostrado en la experiencia judicial que existe una desprotección asimilable al débil social, que le coloca en una situación de dificultad y pobreza de medios probatorios frente al médico, quien, además de sus conocimientos, goza de una copiosa información acerca del proceso de enfermedad y tratamiento, que le facilita, sin ayuda, la actividad probatoria. La situación creada en la carga de la prueba sugiere, en primer lugar, a nuestro criterio, una futura tendencia a la responsabilidad objetiva del médico, siendo la institución la encargada de probar que se cumple en el procedimiento del consentimiento informado con los requisitos sugeridos por la Conamed. En atención a la realidad judicial actual, en la valoración del consentimiento informado debe primar la teoría de protección al débil social, sostenido en muchos códigos civiles mexicanos, así como el artículo 1, último párrafo, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos y también el Código Civil Federal, en el artículo 17 de dicho texto.

## REFERENCIAS

## BIBLIOGRÁFICAS

Ataz López, J. (1985): *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo.

- Castaño de Restrepo, María Patricia (1997): *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Bogotá, Temis.
- Contreras Vaca, Francisco José (2003): *Derecho procesal civil*, México, Editorial Oxford, volumen I.
- Díaz Alfaro, Salomón (1983): *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa.
- Dobler López, Irving F. (2002): *La responsabilidad en el ejercicio médico*, 2ª ed., México, Editorial Manual Moderno.
- Fix-Zamudio, Héctor (1998): *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM-IIJ, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, trad. de Rolando Tamayo, en *Anuario Jurídico I-1974*, México, UNAM-IIJ.
- Kraut, Alfredo Jorge (1997): *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Lían Entralgo, Pedro (1983): *La relación médico paciente*, Madrid, Alianza Universidad.
- Llamas Pombo, Eugenio (1988): *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (1995): *Las normas fundamentales de derecho privado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- \_\_\_\_\_ (1997): *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, tomos I y II.
- Manzano García, José Roberto (2002): *Responsabilidad y el ejercicio de la medicina*, 1ª ed., México, Porrúa.
- Mazeud y Tunc (1963): *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad civil, delictual, y contractual*, trad. Luis Alcalá Zamora, Buenos Aires, tomo I, vol II.
- Moctezuma Barragán, Gonzalo (2000): *Derechos de los usuarios de servicios de salud*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- \_\_\_\_\_ (2001): “Derechos y deberes de los pacientes”, en *Memoria del VI simposio internacional de la Conamed*, noviembre 2001.
- Morales de Barrios, María Cristina, Eduardo Franco Delgadillo, Fernando Guzmán Mora y Juan Mendoza Vega (1995): *El consentimiento del enfermo para el acto médico, aspectos del derecho civil, en de la responsabili-*

- dad civil médica*, 1ª ed., Medellín, Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Diké.
- Mosset Iturraspe, Jorge (1979): *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea.
- (1995): *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Editores.
- (1999): *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Ricardo Luis Lorenzetti (1991): *Contratos médicos*, Buenos Aires, La Rocca.
- Ordóñez, Jorge (2002): “Reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México. Derechos fundamentales y Estado”, en *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Parea, Jordano (1953): “Los contratos atípicos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 195.
- Pellegrino, Edmund D. (1990): “La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica”, en *Bioética, temas y perspectivas. Organización Panamericana de la Salud*, Washington.
- Pérez de Leal, Rosana (1995): *Responsabilidad civil del médico: tendencias clásicas y modernas*, Buenos Aires, Universidad.
- Pérez Fuentes, Gisela M. y Karla Cantoral Domínguez (2006): “El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano”, en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, número 15, septiembre-diciembre.
- Roccatti V., M. (1999): “Los derechos humanos y el derecho a la protección de la salud en México”, ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Bioética del ISSSTE, en *Gaceta* 105. Comisión Nacional de Derechos Humanos, abril.>
- Sánchez Cordero de García Villegas, Olga (2002): “El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación de México”, conferencia dictada en el *Simposio Internacional “Ética y Salud”*, organizado por la Asociación de Salud y Economía, celebrado en la ciudad de México, el 22 de noviembre del 2002.
- Sánchez Medal, R. (2002): *De los contratos civiles*, 19a. ed., México, Porrúa.

- Santos Briz, J. (1984): "La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español", en *R.D.P.*, julio.
- Tamayo Jaramillo, Javier y otros (1993): *Responsabilidad civil médica en los servicios de la salud, con fundamento en el primer encuentro sobre responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud*, Medellín, Biblioteca Jurídica, Diké.
- Tena Tamayo, Carlos, J. M. Sánchez González (2004): "Medicina asertiva", en *La comunicación humana en la relación médico-paciente*, México, Prado.
- Tena Tamayo, C. y N.L. Juárez Díaz González (2003): "Error y conflicto en el acto médico", en *Revista Medicina IMSS*.
- Tena Tamayo, Carlos (2004): "Consentimiento válidamente informado", en *Revista Conamed*, 1ª edición, México.
- Trigo Represas (1978): *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Astrea.
- Vázquez Ferreira, Roberto (1993): *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Medellín, Biblioteca Jurídica, Diké.

## ELECTRÓNICAS

- Disco Óptico *IUS 2005*. Disco 1. 9ª Época. Apéndice 1917-2000. Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005. Actualizado a junio del 2005.
- Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, "El contrato de atención médica. Naturaleza Jurídica", en *Revista Mexicana de Derecho Privado*.
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr4.htm>. Consultada el 25 de febrero de 2005.

## LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- Constitución Política del Estado de Tabasco*.
- Ley General de Salud*.
- Código Civil Federal*.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1987.

*Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de mayo de 1986.

*Reglamento en Materia de Investigación para la Salud*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1987.

*Reglamento en Materia de Protección Social en Salud*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 2004.

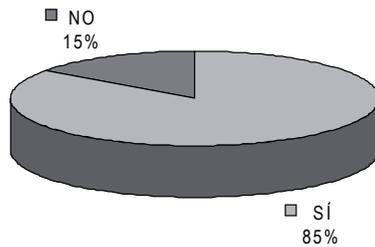
*Reglamento en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de mayo de 1986.

*Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998*, del Expediente clínico. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 1999.

## ANEXOS

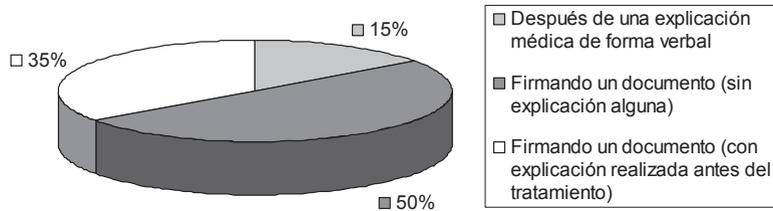
## ANEXO 1

¿HA DADO USTED SU CONSENTIMIENTO PARA QUE SU HIJO SEA SOMETIDO A ALGÚN ESTUDIO MÉDICO, EXAMINADO O ANESTESIADO?



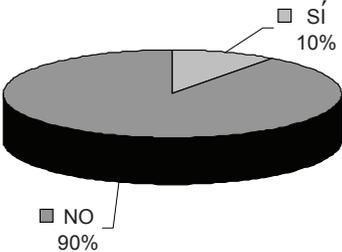
## ANEXO 2

¿DE QUÉ MANERA HA OTORGADO EL PERMISO?



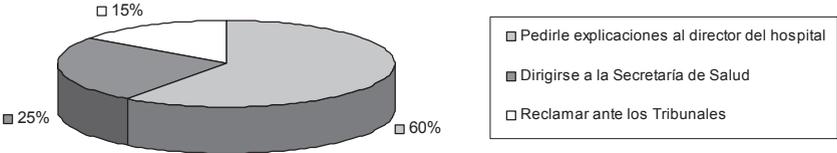
**ANEXO 3**

**¿GUARDA O TIENE ALGUNA CONSTANCIA DEL PERMISO QUE OTORGÓ PARA QUE SU HIJO FUERA VISTO O ATENDIDO EN EL HOSPITAL?**



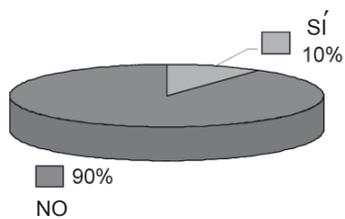
**ANEXO 4**

**EN CASO DE ENCONTRARSE EN ALGUNA SITUACIÓN DAÑINA O PELIGROSA CONTRA LA ATENCIÓN DE SU HIJO ¿QUE CONSIDERA USTED PUDIERA HACER?**

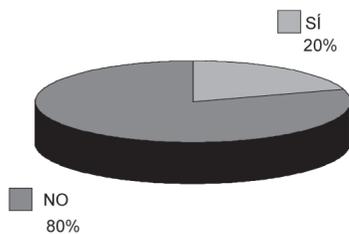


**ANEXO 5**

**¿HA ESCUCHADO USTED HABLAR DE LA NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA 1-1998 SOBRE EL EXPEDIENTE CLÍNICO?**

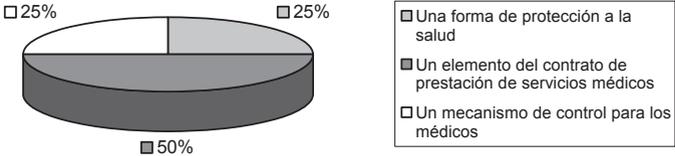
**ANEXO 6**

**¿LE HAN EXPLICADO LOS ALCANCES DE LA NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA 1-1998?**



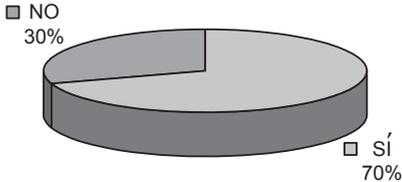
**ANEXO 7**

**EL CONSENTIMIENTO VÁLIDAMENTE INFORMADO ES**



**ANEXO 8**

**¿LE HAN HECHO SABER LAS SECUELAS QUE PUEDE TENER SU HIJO DESPUÉS DE APLICARLE ALGÚN TRATAMIENTO O DE PRACTICARLE ALGUNA CIRUGÍA?**





# Los delitos informáticos en el Derecho penal de México y España\*

Graciela M. Landa Durán\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Conceptualización y caracterización*. III. *Definición de delito informático*. IV. *Características de los delitos informáticos*. V. *Naturaleza jurídica de los delitos informáticos en México*. VI. *Los delitos informáticos y las reformas penales de 1999*. VII. *La cibercriminalidad en el Derecho español*. VIII. *El Código Penal español de 1995*. IX. *Individualización de la responsabilidad penal*. X. *Nueva legislación penal: el Convenio de Cibercrimen (Budapest, 23.11.2001)*. *Conclusión*. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, países como México y España se han incorporado a las ventajas que reporta la “era de la informática”, pero también a sus riesgos y, consecuentemente, a la comisión de delitos en esta materia.

---

\* El presente artículo es una síntesis del trabajo de investigación elaborado por la magistrada Graciela M. Landa Durán, durante el curso de posgrado “Derecho Penal Económico: Cuestiones de Parte General y Especial”, cursado en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España, en abril de 2007. La síntesis fue realizada por el doctor Carlos Barrientos Sánchez, secretario técnico en el Instituto de la Judicatura Federal.

\*\* Magistrada del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

La dinámica que ello propicia ha motivado la elaboración del presente trabajo.

Si bien es cierto que no existe ningún campo del actuar humano en el que la seguridad esté garantizada plenamente, la lucha frente a la criminalidad informática desborda los límites del Derecho penal, pues se trata de un fenómeno cuyo control reclama instrumentos más amplios y complejos, no sólo de naturaleza jurídica, sino de carácter técnico, formativo y cultural, por mencionar algunos.

En consecuencia, se impone analizar las implicaciones penales de las nuevas tecnologías informáticas, ya que, de forma paralela al avance tecnológico, van surgiendo nuevas formas de conducta antisocial que, irónicamente, han hecho de los equipos y sistemas informáticos, considerados como sello distintivo del desarrollo humano, instrumentos para delinquir.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN

La revolución informática ha incidido de forma insospechada en el concepto tradicional de "información", revitalizándolo e incrementando su valor.

Tal como lo apuntaba Luis Arroyo Zapatero en su obra *Estudios de Derecho penal económico*, este fenómeno tiene lugar en toda sociedad donde ha irrumpido de forma espectacular la informática; sin embargo, un sector particularmente impactado por las nuevas tecnologías es el empresarial.

Pues bien, las peculiares características de los sistemas informáticos y de su funcionamiento, la todavía notable desprotección material y logística de las bases de datos informatizadas y la importancia que para el tráfico económico empresarial poseen los programas y la información almacenada en soportes informáticos hacen de ésta una materia especialmente vulnerable ante conductas ilícitas de diversa índole.

En este sentido, como interés social valioso, digno de la tutela penal, nos acercaremos a las vías instauradas por el Derecho punitivo, tanto español como mexicano, para su protección, frente a los comportamientos ilícitos que más gravemente pueden atacarlo, conductas susceptibles de encuadrar en alguna de estas tres grandes categorías:

- El espionaje informático industrial o comercial.
- Las conductas de daños o sabotaje informático.
- Las conductas de mero intrusismo, también conocidas con el término anglosajón “*hacking*”.

### III. DEFINICIÓN DE DELITO INFORMÁTICO

La vertiginosa carrera tecnológica de la naciente sociedad de la información genera, inevitablemente, relaciones jurídicas y problemas novedosos para el campo del derecho, frente a los cuales algunos tratadistas no ocultan su contrariedad, al obligarles, como lo afirma Pérez Luño (cit. Palomino, 2006), a realizar un esfuerzo para superar la tendencia congénita de escanciar el vino nuevo de las cuestiones que emergen del cambio social y tecnológico, en los viejos odres conceptuales y metodológicos de la dogmática jurídica tradicional.

En el campo del Derecho penal informático, entendido como postrero instrumento de protección ante la lesión o puesta en peligro de esos nuevos valores, bienes y derechos que surgen de las tecnologías de la información y de la comunicación, cuando los otros instrumentos han resultado ineficaces o insuficientes para ello, son diversos los retos que se plantean, propios de un sector incipiente: unos, de carácter estrictamente terminológico, tendentes a consolidar una definición que sea comúnmente aceptada; otros, de determinación de sus peculiaridades y contenidos.

Carlos María Romeo Casabona afirma que el debate relativo a la rúbrica que debiera identificar esta área del conocimiento tiene su origen en la generalizada oposición, por parte de la doctrina, de admitir la expresión “delito informático” como definidora de las relaciones entre el Derecho penal y la informática. En algunos casos, por estimar que tal concepto no describe fielmente el conjunto de esas relaciones y, en otros, por considerar que ese delito no existe como tal entre las conductas tipificadas en las leyes penales, sean de carácter general o especial.

Igual suerte han corrido las diversas expresiones como “criminalidad informática” y “criminalidad por computadora”, traducciones de las

locuciones “*crime by computer*” y “*Computer-Kriminalität*”, acuñadas en los derechos anglosajón y centroeuropeo, así como “ciber-delito” o “ciber-crimen”, en relación con la red de información. Unas y otras expresiones provienen más del área computacional o de la filosofía del derecho que de la ciencia jurídico-penal, lo que no es de extrañar dado el mayor interés demostrado por aquellas disciplinas en todos los órdenes del saber informático frente a la ciencia penal.

Para la mayoría de los autores, la denominación más acertada es la de “delitos informáticos” o “Derecho penal informático”, por ser síntesis y especie a la vez de los géneros Derecho penal y Derecho informático, así como por considerar que responde adecuadamente a los contenidos y finalidades del estudio de este sector del ordenamiento jurídico penal.

La anterior precisión conceptual no obsta para que en el presente trabajo se haga uso de las expresiones “criminalidad informática” o “delincuencia informática”, aludiendo al fenómeno delictivo específico, y obviamente la de “delitos informáticos” en sentido amplio y plural, que abarca todos los tipos penales que hagan referencia a las tecnologías de la información o de la comunicación, y no en términos estrictos.

En ese contexto, conceptualizar la expresión “delito cibernético” no es fácil, ya que para hablar de “delito” en el sentido de acción tipificada o contemplada en un ordenamiento jurídico-penal, se hace necesario que la propia expresión “delito cibernético” o “delito informático” esté consignada en el código punitivo; sin embargo, muchos especialistas en Derecho informático emplean estas alusiones indistintamente.

Así, para el maestro mexicano Julio Téllez Valdés (2003: p. 105), los delitos informáticos son conductas típicas, antijurídicas y culpables, en las cuales las computadoras pueden ser el instrumento o el fin. Nidia Callegari (1985: p. 115) define al delito informático como “aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas”. Rafael Fernández Calvo (1996: p. 1150) lo define como “la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, se ha llevado a cabo utilizando el elemento informático o telemático contra los derechos y libertades de los ciudadanos

definidos en el título 1 de la Constitución Española”. María de la Luz Lima (1984: pp. 99 y 100) sostiene que el delito electrónico, en sentido amplio, es “cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin” y que, en sentido estricto, “el delito informático es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin”.

Para el tratadista italiano Carlos Sarzana (1979: p. 59), el delito informático es: “cualquier comportamiento criminógeno en el que la computadora está involucrada como material, objeto o mero símbolo”.

#### IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Para el tratadista Julio Téllez Valdés (2003: pp. 105 y 106), los delitos cibernéticos o informáticos tienen las siguientes características:

- Son conductas criminógenas de cuello blanco (*white collar crimes*), en tanto que sólo determinado número de personas con ciertos conocimientos (en este caso técnicos) pueden llegar a cometerlas.
- Son acciones ocupacionales, en cuanto que muchas veces se realizan cuando el sujeto se encuentra trabajando.
- Son acciones de oportunidad, en cuanto que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- Provocan serias pérdidas económicas.
- Ofrecen facilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.
- Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del derecho.
- Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.
- Presentan grandes dificultades para su comprobación, debido a su mismo carácter técnico.
- Ofrecen facilidades para su comisión a los menores de edad.

- Por el momento, muchos siguen siendo ilícitos impunes de manera manifiesta ante la ley.

Para el tratadista José Ma. Palomino Martín (2006), la criminalidad informática se caracteriza, además, por otras notas distintivas:

- En el orden espacial, por su naturaleza transfronteriza, lo que exige la necesaria armonización de la legislación penal internacional.
- En el aspecto temporal, por tratarse de categorías penales tan efímeras, fluctuantes y volátiles como la propia telecomunicación.
- En el ámbito procesal, por las dificultades que supone su descubrimiento y acreditación.

Acerca de estas dificultades probatorias, particularmente en los delitos cometidos por medio de la red, la impunidad tendrá su origen, más que en vacíos de tipicidad, en obstáculos de perseguibilidad. La tipicidad se resuelve sin grandes dificultades, desplazando el núcleo del problema, que se centra en la formulación legal del tipo; sin embargo, consideramos que la perseguibilidad presenta obstáculos de carácter tecnológico en los que, además, el tiempo es un factor determinante para poder detectar el origen del ilícito, así como para impedir que siga causando sus perjudiciales efectos.

Las modalidades de la criminalidad informática pueden agruparse en función de tres corrientes de opinión:

- Aquella que ha puesto de relieve el aspecto subjetivo como elemento aglutinador de las conductas, en atención a una supuesta personalidad peculiar de los sujetos activos (*hackers, outsiders, insiders*), tendencia de autor hoy superada.
- Aquella otra que resalta o se fundamenta en el elemento objetivo lesionado (los bienes informáticos), con lo que reduce su ámbito de actuación a los ilícitos patrimoniales sobre los equipos y programas o sistemas.

- La más adecuada orientación funcional, que considera delincuencia informática aquella para la que las nuevas tecnologías son un “medio” de comisión o un “fin” en sí mismo. Se sirve de ellas como instrumento para lesionar otros bienes jurídicos o, por el contrario, el objeto material de la infracción son precisamente los equipos, los programas y las comunicaciones tecnológicas.

Todo lo expuesto pone de relieve la necesidad de mantener permanentemente actualizados los instrumentos penales, para la adecuada tutela del bien jurídico protegido y la eficaz prevención y, en su caso, sanción de conductas que se caracterizan por su dinamismo y mutación. Frente a ellas se impone establecer una política criminal ágil y eficaz, que evite el riesgo de observar un Derecho penal y procesal obsoleto.

Las alternativas para la protección penal frente a tales conductas son diversas, desde la reinterpretación jurisprudencial hasta la incorporación de nuevos tipos en leyes penales especiales o en los propios códigos penales.

España y México no han permanecido ajenos a estos procesos de adaptación, pues los avances tecnológicos han tenido su obligado reflejo en las reformas legales de 1995 y 1999, respectivamente, en las que se ha hecho mención explícita de los soportes informáticos, sea como objeto material del delito, o sea como medio para la realización de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por las normas penales.

## V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN MÉXICO

La determinación de los hechos que alcanzan relevancia penal entre los múltiples comportamientos irregulares que permiten las nuevas tecnologías es fundamental; es decir, se debe especificar la zona punible. Para ello es necesaria la selección de hechos que van surgiendo en el desarrollo de la vida moderna, vinculados con la informática, y que van a resultar relevantes para la adecuación de los tipos penales

ya existentes a las nuevas situaciones relacionadas con el uso de los sistemas informáticos.

Un diverso problema lo constituye la individualización de la responsabilidad criminal en el ámbito de los hechos punibles cometidos en Internet. No resultará fácil la determinación de la responsabilidad de los diversos sujetos que aparecen en el contexto general de la red, sea como operadores o como usuarios. Para ello es necesario distinguir entre hechos propios y ajenos, y determinar también la posible responsabilidad de quienes, como intermediarios de servicios facilitan o impiden ilegalmente el acceso y transmisión de información a través de la red.

Por otra parte, las posibilidades técnicas de las nuevas tecnologías obligan a abandonar la concepción del Derecho penal como cuerpo legislativo vigente para un determinado y exclusivo territorio, ya que se hacen patentes las limitaciones para la persecución de este tipo de hechos, derivadas de la aplicación puramente territorial de la ley penal.

De esta problemática se desprende la necesidad de armonizar y concertar legislaciones y mecanismos efectivos de cooperación internacional, a fin de evitar la fragmentación y aplicación territorial del derecho en una materia que se caracteriza por la transnacionalidad de sus efectos, atravesando fronteras como una de sus notas distintivas.

## VI. LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y LAS REFORMAS PENALES DE 1999

La creciente utilización de la tecnología en materia informática ha traído consigo el uso indebido de la información que se procesa a través de la computación; de ahí la necesidad de establecer tipos penales que sancionen esa ilícita conducta.

El interés jurídico a tutelar es la información que se procesa y almacena en un sistema informático, resultando indispensable contar con normas que prevean las penas aplicables para quienes desplieguen conductas que atenten contra la privacidad e integridad de esa información.

El concepto “sistema informático” está estrechamente vinculado con la definición de “informática” que encontramos en la Ley de

Información, Estadística y Geográfica, la cual señala que la informática comprende la tecnología para el tratamiento sistemático y racional de la información mediante el procesamiento electrónico de datos (artículo 3º, fracción VII).

El Estado mexicano, obligado a proteger los bienes jurídicos de los sectores que utilizan la informática como instrumento de desarrollo, requería un marco jurídico acorde al avance tecnológico, que permitiera prevenir y sancionar conductas que lesionaran o pusieran en peligro tales bienes.

Con anterioridad a la reforma al Código Penal Federal de 1999, sólo algunos estados de la República, como Sinaloa, Morelos y Tabasco, conscientes de la necesidad de legislar en esta materia, habían incorporado en sus ordenamientos penales normas tendentes a la protección de la información mediante la tipificación del delito informático y del de violación a la intimidad personal.

La inexistencia, hasta antes de 1999, de tipos penales exactamente aplicables a esas conductas ilícitas daba lugar a la impunidad, de manera que resultaba imperativo prever en la ley estas nuevas formas de delincuencia. La magnitud de los daños que esas conductas pueden ocasionar depende de la información que se vulnera, la cual puede tener un fuerte impacto en el desarrollo de la economía y la seguridad nacionales, o en las relaciones comerciales, tanto públicas como privadas.

Por tal motivo, resultaba necesario proteger la privacidad e integridad de la información contenida en sistemas y equipos de cómputo, así como su almacenamiento o procesamiento. Tal situación impelía a establecer normas que sancionaran a quienes, sin tener derecho a ello, accedieran a los equipos y sistemas de terceras personas para vulnerar la privacidad de la información, dañarla, alterarla o provocar su pérdida.

La iniciativa que presentó el Congreso mexicano y que dio origen a las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 1999, propuso adicionar un capítulo al Código Penal Federal para sancionar al que sin autorización acceda a sistemas y equipos informáticos protegidos por algún mecanismo de seguridad, con el propósito de conocer, copiar, modificar o provocar la pérdida de información que contengan. Esta iniciativa dio origen al capítulo

denominado “Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”, que comprende los artículos 211 bis 1 al 211 bis 7, tutelándose así, a partir de dicha reforma, el bien jurídico consistente en la privacidad y la integridad de la información.

Asimismo, se propuso establecer una pena mayor cuando las conductas son cometidas en agravio del Estado, pues la utilización de sistemas de cómputo, computadoras, bases de datos y programas informáticos es cada vez mayor, como lo es la regulación por las leyes federales; tal es el caso de la Ley de Información, Estadística y Geográfica, la Ley del Mercado de Valores, la Ley que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública y la Ley Federal para el Control de Precursores Químicos, Productos Químicos Esenciales y Máquinas para Elaborar Cápsulas, Tabletas o Comprimidos, entre otras.

Además, en virtud de que las instituciones que integran el sistema financiero han sido con mayor frecuencia las víctimas por la comisión de estas conductas, se creó un artículo específico para proteger la información propiedad de aquéllas, el cual permite aumentar la pena hasta en una mitad cuando las conductas previstas sean cometidas por miembros de las propias instituciones.

Las referidas disposiciones, que fueron adicionadas al Código Penal Federal en el año de 1999, esencialmente tipifican comportamientos de quienes son conocidos en el ámbito de la informática como *hackers* o *crackers*, personas que atentan contra sistemas de cómputo.

Jesús Antonio Molina Salgado (cit. Nava, 2005: p. 80) señala: “La legislación mexicana en materia de delitos informáticos dista mucho de ser perfecta, es sólo el primer paso para lograr un ambiente sano y seguro para los negocios y comunicaciones electrónicas en nuestro país”.

Algunas críticas que diversos tratadistas hacen a estas disposiciones, se pueden resumir en los siguientes términos:

- Se constituye el delito sólo si se accede a un sistema informático protegido por un mecanismo de seguridad. Esto es tan absurdo como si dijéramos que para que se actualice el delito de allanamiento de morada es necesario que la casa habitación

cuenta con un candado, llave, portón o cadena protectora. La justicia no puede limitarse a quienes tienen los medios económicos para proteger su computadora con un mecanismo de seguridad.

- El ordenamiento penal no define lo que debe entenderse por “mecanismo de seguridad” de un sistema informático. ¿Debemos entender por ello una clave de acceso (*password*)?, ¿un candado contra robo (físico)?, ¿un sistema criptográfico de llave pública?, o simplemente ¿tener la computadora encerrada en un cuarto bajo llave? Esta falta de precisión originará sin duda innumerables problemas de interpretación.
- Nuestro código no contempla todos los tipos más comunes de ataques informáticos.
- El capítulo adicionado en virtud de la reforma del 17 de mayo de 1999 se denomina incorrectamente: “Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”, ya que su articulado no se refiere exclusivamente a esa conducta.
- Además, muchos ataques informáticos se perpetran sin necesidad de acceder directamente a un sistema informático. El mejor ejemplo es la “denegación de servicios” (*denial of services* o *distributed denial of services*), cuyo objetivo no es “modificar, destruir o provocar pérdida de la información”, como reiteradamente lo establece el Código Penal Federal, sino simplemente imposibilitar o inhabilitar temporalmente un servidor para que sus páginas o contenidos no puedan ser consultados mientras el servidor esté fuera de servicio o “caído”.

Por su parte, el prestigiado jurista mexicano Raúl Carrancá y Rivas (2000: p. 574) escribe sobre esta reforma en la nota referente al artículo 211 bis 7: “En la especie, y en cuanto hace a la acción delictiva, no hay a mi juicio sino tres posibilidades: que se actúe terroristamente, en provecho propio o en provecho ajeno. Si se trata de lo primero, habría que remitirse al artículo 139 del Código Penal, siendo innecesaria, en consecuencia, la inclusión en el Código de este nuevo tipo. Mas por lo que atañe a la información obtenida y utilizada en provecho propio o ajeno, excepción hecha del terrorismo como ya queda dicho, a mi

juicio es evidente que se da en todos los casos, o sea, es parte substancial de la acción delictiva. No es un añadido, un agregado de la acción. En consecuencia ¿para qué agravar las penas?”

Otros autores disienten de la posición del doctor Carrancá y Rivas, aduciendo que, si bien en su mayoría son organizaciones delictivas las que realizan este tipo de conductas, también es cierto que existen particulares que no obtienen provecho alguno con el acceso a ciertos bancos de información, como es el caso de quien ingresa de manera ilícita al correo electrónico de otra persona para conocer el contenido de sus comunicaciones, transgrediendo así el ámbito de su intimidad, por lo que la conducta ilícita puede ocurrir fuera del contexto precisado por el doctor Carrancá.

En otro orden de ideas, conviene precisar que en el Código Penal Federal regularmente se establece, bajo el título correspondiente, el bien jurídico que se tutela, por ejemplo,: “Título Décimo Noveno: Delitos contra la vida y la integridad corporal”, “Título Octavo: Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres”, “Título Séptimo: Delitos contra la salud”, etcétera, pero en el caso que nos ocupa, el título se denomina “Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”.

Lo anterior genera confusión en cuanto al bien jurídico tutelado, porque si éste fuera el patrimonio de las personas, la ubicación del capítulo relativo sería errónea. A pesar de que una de las conductas previstas es el daño a los sistemas, en la exposición de motivos de la multicitada reforma de 1999 se precisa que el bien jurídico tutelado es la privacidad y la integridad de la información.

Otro aspecto a destacar es el hecho de que en la legislación mexicana existen algunos códigos penales locales que contemplan a los delitos informáticos, aun cuando de manera genérica, y otros ordenamientos punitivos que no contienen ninguna disposición sobre este particular.

Así tenemos que los códigos penales de Aguascalientes y Tabasco establecen dichas figuras entre los delitos contra la seguridad en los medios informáticos y magnéticos; Baja California, en los delitos contra la inviolabilidad del secreto; Chiapas, Puebla, Querétaro, Zacatecas y Morelos, en los delitos contra la moral pública; Oaxaca, en los

delitos contra la moral pública y en los delitos contra la libertad y violación de otras garantías, y Tamaulipas, en los delitos de revelación de secretos y de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. A su vez, el Código Penal para el Distrito Federal contiene una supuesta figura de fraude informático en los artículos 230 y 231, fracción XIV.

Por su parte, los códigos penales de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán no contienen disposición alguna al respecto.

## VII. LA CIBERCRIMINALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Con la aparición en las últimas décadas del fenómeno informático y las nuevas tecnologías se plantea el tratamiento penal que debe aplicarse a hechos delictuosos que lesionen intereses de particulares y de la comunidad en general, y que se cometan a través de estos medios.

En el momento de aplicar normas ya existentes a los nuevos sucesos, el surgimiento de problemas no se hace esperar, al tratarse de una legislación que, pese a diversas reformas, está situada en el contexto histórico y tecnológico del siglo XIX. Así, el primer problema fue dilucidar si los nuevos hechos delictuosos podían sancionarse con las viejas normas.

Ante la duda sobre la posible aplicación de la legislación vigente, el legislador español, al aprobar el Código Penal de 1995, lo que hizo fundamentalmente fue complementar la regulación existente incorporando supuestos concretos relacionados con la informática.

Así, junto a la estafa clásica, se situó la estafa electrónica y, a los daños ya previstos, se incorporaron los daños sobre elementos informáticos. Pocos fueron los hechos punibles completamente nuevos, si acaso el previsto en el artículo 256, que a continuación se transcribe:

256. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

Con ello se consiguió una mayor seguridad jurídica a fin de que los tribunales puedan aplicar estas nuevas normas a la delincuencia informática.

### VIII. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995

El Código Penal español de 1995 aborda de diferentes maneras el fenómeno de la criminalidad informática, a la que trata de dar respuesta con la nueva regulación. En algunos tipos, incrimina determinados supuestos de forma paralela a los delitos convencionales ya existentes. En este caso, el elemento informático puede consistir en un medio especialmente relevante para la ejecución del hecho punible, o bien actuar como elemento especialmente cualificado sobre el que se dirige la acción delictiva. Para este grupo de supuestos se incriminan específicamente aquellas conductas que tienen que ver con la informática, como se ha dicho, en su papel de cualificado medio de ejecución (para el caso de la estafa informática o electrónica), o de otra manera, como cualificado objeto material sobre el que actúa el autor del delito (delito de daños).

Pero en realidad, la relevancia de los objetos informáticos no acaba con estas dos categorías (como medio de ejecución o como objeto material particularmente determinados), ya que en otros casos el legislador no establece expresamente la posibilidad de que intervengan elementos informáticos en determinados supuestos delictivos.

En otros tipos penales nada se especifica sobre la posible concurrencia de estos elementos, pero en realidad nada impide su presencia. Tipos, por lo tanto, en los que no hay previsión legal específica, pero que pueden realizarse a través de las nuevas tecnologías (amenazas, injurias, calumnias, publicidad engañosa, daños a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, difusión de pornografía, etcétera).

No es propósito de este trabajo efectuar un análisis de cada uno de los preceptos de la legislación española en la materia; sin embargo, dada la normativa que contiene el Código Penal de 1995, se advierte que los tipos penales relacionados con la informática pueden agruparse en dos apartados:

- Las infracciones penales que hacen mención explícita a las nuevas tecnologías de la información o de la comunicación, considerando el soporte tecnológico como objeto material del delito o como medio para la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- Todos aquellos delitos comunes que, pese a no estar expresamente relacionados con las nuevas tecnologías, pueden cometerse a través de la informática o la telemática.

A su vez, los supuestos en los que de alguna manera los elementos informáticos pueden constituir parte del hecho punible, aparecen fundamentalmente en tres grupos de delitos:

1. Delitos contra el derecho a la intimidad y a la propia imagen, realizados por vía del descubrimiento o la revelación de datos contenidos en soportes informáticos o telemáticos, previstos en los artículos 197 a 201 del Código Penal español.
2. Delitos que constituyen lo que la doctrina denomina falsedades documentales, cometidas por medio de programas informáticos, previstas en el artículo 400 del Código Penal español.
3. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico perpetrados sobre o mediante equipos y programas informáticos o telemáticos, entre los que se encuentran los siguientes ilícitos:
  - Robo mediante tarjeta (artículos 237 y 239).
  - Estafa por medios informáticos (artículo 248).
  - Defraudación mediante telecomunicación y uso ilegal de equipo terminal de telecomunicación (artículos 255, 256 y 623.4).
  - Daños a datos, programas o documentos electrónicos (artículo 264.2).
  - Delitos contra la propiedad intelectual de los programas o contra la neutralización de sus dispositivos de protección (artículo 270).
  - Delitos contra la propiedad industrial (artículo 273.3).
  - Delitos de descubrimiento y difusión de secreto de empresa, que afectan la libre competencia (278).

- Delitos relativos al acceso ilegal a los servicios de radiodifusión sonora, televisiva o interactiva (artículo 286).

Por último, entre los delitos que se pueden cometer por medios tecnológicos, destacan los siguientes:

- Publicidad engañosa por medio de la red (artículo 282).
- Delitos y faltas contra la libertad por medios informáticos o telemáticos (artículo 169 y siguientes, y 620).
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos por medios electrónicos (artículo 184 y siguientes), particularmente la difusión de pornografía infantil a través de la red (artículo 189).
- Delitos contra el honor cometidos mediante transmisiones electrónicas (artículos 30, 205 y siguientes).
- Falsificación de cuentas de una sociedad y blanqueo de capitales por medios informáticos o telemáticos (artículos 290 y 301).
- Apología de conductas terroristas, genocidas, xenófobas o discriminatorias (artículo 18 en relación con los diversos artículos 510, 578 y 607.2).

## IX. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Desde el primer momento en que aparecen las nuevas tecnologías y particularmente el mundo de Internet se plantean los límites y posibles responsabilidades derivadas de un uso irregular o ilícito de estos mecanismos. Dentro del debate general sobre la regulación de estos nuevos medios de comunicación y difusión, uno de los aspectos más complejos y delicados es el de correcta determinación de posibles responsabilidades para cada uno de los sujetos que intervienen en una compleja amalgama de partes que se suman e interactúan en el proceso total.

Efectivamente, la individualización de responsabilidades por hechos ilícitos se dificulta por tratarse de un campo con características muy específicas. Por lo reciente, y también por su complejidad, en muchas ocasiones estamos frente a un ámbito carente de regulación

jurídica, en general y no tan solo penal, o bien parcialmente regulado. Por su propia naturaleza, Internet es una red que no cuenta con autoridades o dirigentes, y su uso implica efectos transnacionales. Internet realmente no sólo rebasa las fronteras nacionales, sino que además puede relacionar puntos del planeta distantes en lo geográfico, en lo cultural y en lo jurídico, lo que añade sin duda mayores dificultades para la implementación de una normativa aplicable y eficaz. Además, en el proceso de selección de ámbitos de responsabilidad surgen dificultades suplementarias debido a la confluencia de agentes con papales diversos, dado que entre usuarios y destinatarios existe un gran número de intermediarios.

En esta situación de relevantes singularidades y dificultades se cuestiona cuál debe ser el modelo de responsabilidad a seguir que represente mayor seguridad jurídica para los usuarios y permita la debida aplicación de la ley por parte de los tribunales. Esta problemática ha sido abordada en España, por lo que en seguida se reseñan tres alternativas posibles en cuanto a la individualización de la responsabilidad por ilícitos penales que podrían cometerse a través de la red:

a) Un primer modelo de responsabilidad corresponde al modelo tradicional de autoría en medios de comunicación de masas establecido en el artículo 30 del Código Penal español. Este artículo básicamente establece un mecanismo jurídico de responsabilidad escalonada (responsabilidad en cascada), que atribuye responsabilidad sucesivamente a quien se encuentre en las distintas posiciones que se determinan siguiendo el orden establecido legalmente. En este caso no es posible atribuirle responsabilidad a sujetos situados en distintos escalones, pues únicamente cabe exigir responsabilidad a los integrantes de un escalón si no es posible exigírsela a los del escalón previo.

Algunos autores estiman que la fórmula del artículo 30, referente a la utilización de “medios o soportes de difusión mecánicos”, deja fuera a Internet, así como a un conjunto de medios de comunicación que en la actualidad ya no trabajan con medios mecánicos, sino que disponen de sistemas informáticos. Sin embargo, la mayoría de los tratadistas coincide en que no hay razón para limitar la aplicación del

artículo 30 a los tradicionales medios de comunicación, pues el sentido del concepto mecánico sería el de “ingenio, reproductor que el ser humano utiliza y que de él se diferencia, abarca de la más primitiva técnica de imprenta hasta la captación de imágenes o sonido vía satélite”.

Sin embargo, desde un punto de vista material, el uso de Internet representa una mayor complejidad debido, como ya se ha mencionado, a la ausencia de organización jerárquica, a la que en buena medida responde el artículo 30.

b) En la actualidad, el Derecho penal español cuenta con un sistema de responsabilidad legal que no tiene el carácter de pena, previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de junio de 2002.

En el texto de la ley se señala que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico”, por lo que determina la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación (artículo 13).

La mencionada ley establece las condiciones de responsabilidad para cada una de las modalidades de intermediación que regula: operadores de redes proveedores de acceso (artículo 14), servicios de copia temporal de datos solicitados por el usuario (artículo 15), servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (artículo 16), servicios de enlace a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículo 17), atribuyendo la responsabilidad por actos o contenidos propios y por actos o contenidos ajenos.

La responsabilidad por contenidos propios (autoría), según el mencionado ordenamiento legal, se refiere a contenidos realizados por el operador que efectúa la transmisión, bien que haya originado la transmisión, bien modificado los datos objeto de transmisión o bien efectuado la selección de los datos o de los destinatarios de los mismos. En estos casos, la ley prevé que debe responderse como si se tratara de contenido propio, es decir, como si se tratara del autor material de los datos ilícitos.

Para poder exigir algún tipo de responsabilidad en los casos de contenidos ajenos se requiere la existencia del conocimiento efectivo de la ilicitud o de la lesión de bienes o derechos de un tercero, o una actuación no diligente para impedir el acceso de terceros a los mismos.

c) Ante las dificultades para la aplicación de los dos modelos anteriores y las necesidades particulares en la materia, la doctrina española propone, desde una perspectiva político-criminal, un modelo de responsabilidad penal en el ámbito de Internet, partiendo de las bases generales de la imputación, pero teniendo en cuenta los principales aspectos de los dos modelos, tanto del relativo a los delitos cometidos en medios de comunicación en masas, como de los criterios establecidos en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

En primer lugar, se estima adecuado el castigo únicamente de conductas de autoría (directa, mediata y coautoría) y no de mera complicidad o favorecimiento, como en los supuestos del artículo 30 del Código Penal. El fundamento de esta exclusión sería semejante al sostenido para los delitos sometidos al régimen del citado artículo. Se trataría de evitar un ahogamiento excesivo de las libertades fundamentales que pueden tener su vía de expresión a través de estos medios de comunicación.

En cuanto a la responsabilidad por contenidos y actividades propias se incluyen, en el sentido que lo hace la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, los supuestos en los que el operador de Internet haya originado la transmisión, modificado los datos de transmisión, efectuado la selección de los datos o de los destinatarios. En estos casos se debe considerar autor del ilícito correspondiente y responsable al operador en Internet por tratarse de hechos propios.

La responsabilidad por contenidos y actividades ajenas es la que entraña mayores dificultades al momento de su apreciación e individualización. Descartada, por su imposibilidad práctica, la vigilancia general sobre los contenidos a los que sirve como intermediario, queda claro, en principio, la inexistencia de una obligación general de control por parte del proveedor en relación con los contenidos y

actividades ajenos. De tal forma, el presupuesto inicial para una posible responsabilidad del prestador de servicios es el de un auténtico conocimiento efectivo del hecho o actividad ilícita. Así pues, el conocimiento previo y efectivo resulta imprescindible para generar algún tipo de responsabilidad penal, que por tanto no puede basarse en un conocimiento meramente hipotético del acto constitutivo del ilícito penal.

Sobre la base de ese conocimiento del responsable de la prestación de determinados servicios se puede plantear una modalidad dolosa de responsabilidad penal, si en el caso particular decide no retirar los contenidos o no hacerlos inaccesibles, omitiendo por tanto cualquier género de actividad de control sobre éstos.

También puede producirse un hecho que genere responsabilidad basado en la actuación imprudente, siempre sobre la base del conocimiento efectivo, consistente en la no actuación suficientemente diligente para retirar los contenidos o impedir el acceso a los mismos. Se trata de un supuesto de imprudencia por omisión, en el que será necesario establecer los parámetros de diligencia para retirar o impedir el acceso a los contenidos ilícitos, la constatación del tiempo necesario para llevar a cabo la acción de control sobre los contenidos no será de fácil concreción y, a su vez, será determinante para fijar el momento de la consumación del hecho delictivo.

#### IX. NUEVA LEGISLACIÓN PENAL: EL CONVENIO DE CIBERCRIMEN (BUDAPEST, 23.II.2001)

La cooperación internacional para la atención de delitos informáticos, los cuales traspasan con gran facilidad los límites nacionales, es indispensable. Por ello, distintos grupos de trabajo unen esfuerzos a fin de implementar instrumentos aptos para combatir una forma de delincuencia claramente transnacional.

Dentro de la actividad legislativa para lograr el más adecuado tratamiento jurídico-penal de los nuevos hechos ilícitos vinculados con la informática se han desplegado intensos esfuerzos en distintos organismos internacionales, cuyo logro más notable es el Convenio de Cibercrimen, de 23 de noviembre de 2001. Redactado en el

marco de la actividad del Consejo de Europa, pero abierto a la firma de cualquier país, representa por el momento el instrumento internacional más válido frente a la cibercriminalidad; sin embargo, a pesar de estar firmado por más de treinta países, no cuenta con el número suficiente de ratificaciones para su entrada en vigor. Tal circunstancia no puede ser impedimento para su análisis, advirtiéndose que la finalidad que persigue es la armonización de los hechos punibles vinculados a la informática, que deben estar penalizados en los países firmantes.

Así, el Convenio de Cibercrimen propone varias infracciones que deben estar incorporadas a las legislaciones nacionales y que clasifica en cuatro grandes grupos de ilícitos penales:

Un primer grupo lo constituyen los hechos contrarios a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos. Dentro de este grupo se incluyen las conductas de acceso ilegal, injustificado, a todo o parte de un sistema informático (artículo 2). El convenio permite que las partes firmantes modulen la incriminación de este supuesto mediante diferentes formas, por lo que es posible vincular la punibilidad de esa conducta a la violación de medidas de seguridad, por ejemplo. También se abarcan los supuestos de interceptación ilegal de comunicaciones entre sistemas informáticos o en el interior del mismo sistema, mediante el empleo de medios técnicos (artículo 3).

Al segundo grupo de conductas, el convenio las denomina infracciones informáticas, y en ellas incluye la falsedad informática y el fraude informático.

El tercer grupo se refiere a las infracciones relativas al contenido, que incluyen múltiples conductas realizadas sobre materiales de pornografía infantil. Se incluyen conductas de producción, ofrecimiento, difusión, transmisión o procuración para otro, por medio de un sistema informático, de pornografía infantil. Se extiende la incriminación a la obtención para sí mismo de estos materiales mediante un sistema informático (artículo 9.1,d) o la mera posesión del material en un sistema informático o de almacenamiento de datos informáticos (artículo 9.1,e).

Por último, en el cuarto grupo, la propiedad intelectual y los derechos conexos son objeto de protección penal mediante lo dispuesto

en el artículo 10 de la convención. Se pretende incriminar los atentados a la propiedad intelectual y derecho conexos definidos en los acuerdos internacionales, cometidos deliberadamente con fines comerciales por medio de sistemas informáticos. El convenio deja a salvo la posibilidad de que alguno de los países firmantes no incriminen estas conductas a condición de que se dispongan de otros recursos eficaces para su tutela y que tal falta de incriminación no suponga el incumplimiento de obligaciones internacionales que incumban a esa parte.

Con carácter adicional y complementario al convenio sobre cibercriminalidad, el 28 de enero de 2003 se firmó en Estrasburgo un protocolo sobre incriminación de actos de naturaleza racista y xenófoba, así como de actos por los que se trate de negar o justificar el genocidio o los crímenes contra la humanidad, llevados a cabo por medio de sistemas informáticos.

## CONCLUSIÓN

Paralelamente al avance y al desarrollo tecnológico de los países surgen nuevas formas de conducta antisocial que han hecho de los equipos y sistemas informáticos instrumentos para delinquir. México y España no son ajenos a este problema.

Con motivo de las limitantes que existen, de muy diversa índole, para la persecución de los delitos informáticos, debido fundamentalmente a sus efectos transnacionales, es imprescindible la actualización de legislaciones y la concertación de mecanismos efectivos de cooperación internacional.

La problemática que representa el “cibercrimen”, aludiendo con tal vocablo a todo lo relacionado con los delitos informáticos y sus nocivos efectos, los cuales pueden llegar a ser incluso devastadores para la economía de cualquier país del mundo, tomando en consideración que la delincuencia organizada cuenta con la tecnología más moderna y sofisticada, constituye una amenaza latente para la humanidad. Por tal motivo, se requiere la atención permanente del legislador a fin de diseñar normas adecuadas y eficaces para su tratamiento, tanto preventivo como sancionador.

Además, los efectos transnacionales de este flagelo de la era moderna llaman a reflexionar sobre los problemas que generan la fragmentación y la aplicación territorial del derecho, lo que hace imperativo contar con mecanismos efectivos de cooperación internacional, que evidencien el concierto de las naciones en la lucha contra la delincuencia informática.

## REFERENCIAS

### OBRAS GENERALES

Grupo Anaya, *Diccionario Anaya de la Lengua*, Madrid, Grupo Anaya, 1991.  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2001.

### OBRAS PARTICULARES

Anarte Borrallo, Enrique (2002): “Sobre los límites de la protección personal de datos personales”, en *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, volumen 2, Universidad de Huelva.

Arroyo Zapatero, Luis y Klaus Tiedmann (1994): *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Barrios Garrido, Gabriela (1998): *Internet y Derecho en México*, México, McGraw-Hill.

Callegari, Nidia (1985): “Delitos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* de la UPB, Colombia, núm. 70, julio-septiembre.

Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas (2000): *Código Penal anotado*, México, Porrúa.

Choclán Montalvo, José Antonio (2006): *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales*, Granada, Comares.

Fernández Calvo, Rafael (1996): “El tratamiento del llamado delito informático en el proyecto de Ley orgánica del Código Penal: reflexiones y propuestas de la CLI (Comisión de Libertades e Informática)”, en *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, España, UNED, Centro Regional de Extremadura, núms. 12-15.

- Lima Malvado, María de la Luz (1984): "Delitos electrónicos", en *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, núms. 1-6, enero-junio.
- López-Muñiz Goñi, Miguel (1984): *Informática jurídica documental*, Madrid, Díaz de Santos.
- Nava Garcés, Alberto Enrique (2005): *Análisis de los delitos informáticos*, México, Porrúa.
- Palomino Martín, José María (2006): *Derecho penal y nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ríos Estavillo, Juan José (1997): *Derecho e informática en México*, México, UNAM.
- Ruiz Miguel, Carlos *et al.* (2004): *Temas de Direito da informática e da internet*, Coimbra, Coimbra Editora/Ordem dos Advogados [Conselho Distrital do Porto].
- Sarzana, Carlos (1979): "Criminalità e tecnologia: il caso del computer crime", en *Rassegna Penitenziaria e Criminologia*, Roma, núms. 1-2, año 1.
- Téllez Valdés, Julio (2003): *Derecho informático*, México, Mc-Graw Hill.

## Tecnología vs. actitud crítica en la función jurisdiccional\*

Jaime Manuel Marroquín Zaleta\*\*

LO PRIMERO QUE DEBO ADVERTIRLES, es que no soy experto en cuestiones informáticas. Siendo así, podría parecer absurdo que me aventure a hablar sobre la reducción de la brecha digital, que es el tema que junto con Costa Rica le tocó a la escuela judicial mexicana. Me atrevo a hablar, porque el tema también se refiere a la formación de los jueces para la sociedad del conocimiento, y es en este punto, en el que, como director de la escuela judicial de mi país, tengo algo que decir. Aunque seguramente mi disertación les parecerá una obviedad, quiero recordar aquí que, como una vez me dijo un amigo mío, a veces lo obvio, por serlo, se olvida, se disimula o se desdeña.

Antes de iniciar, quiero explicar a ustedes este vocablo: en mi país se denomina “tesis” a un extracto de una sentencia que está relacionado con un criterio jurídico relevante contenido en ella. Las “tesis” se publican periódicamente en forma escrita en un semanario y en forma informatizada en un disco óptico. Hechas estas aclaraciones, paso a desarrollar mi tema.

En la Declaración Final de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en junio de 2006 en la República Dominicana, se reconoció que los gobiernos judiciales y sus sistemas de administración, se

---

\* Ponencia presentada en la IV Asamblea General de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, 16-18 mayo de 2007, Río de Janeiro.

\*\* Director General del Instituto de la Judicatura Federal.

encuentran en un proceso de cambio en su forma de gestión y organización para insertar cada sistema judicial de Iberoamérica en la *e-justicia*, con el objeto de acercar la justicia a la ciudadanía. Evidentemente acercar la justicia a la ciudadanía, en el contexto de la sociedad del conocimiento, no implica solamente informatizar la gestión de los procesos judiciales o publicar en Internet las resoluciones y criterios relevantes de los órganos jurisdiccionales, sino también mejorar sustancialmente la calidad de dichas resoluciones y criterios. Sin embargo, los distintos programas estratégicos que, para lograr tal acercamiento a la ciudadanía, se han puesto en marcha en los poderes judiciales de la región, parecen estar más enfocados a la consolidación de la infraestructura informática de los órganos judiciales, a la alfabetización digital de sus juzgadores y a la optimización de la gestión, que a lograr la referida mejora cualitativa, la cual tendría que verse reflejada en la emisión de sentencias que, por su solidez argumentativa, modifiquen en forma positiva la percepción ciudadana de los impartidores de justicia.

Lo que quiero decir es que, en los citados programas, se debe considerar que en la alfabetización digital de los funcionarios judiciales, no puede desvincularse el *cómo*, del *qué*, *dónde* y *cuándo* buscar la información que se requiere para la emisión de las resoluciones judiciales. Como se demostrará enseguida, escindir la capacitación informática de la capacitación para su aprovechamiento no sólo puede tener como efecto la disminución o pérdida de la actitud crítica de los juzgadores, sino propiciar un trabajo jurisdiccional ajeno al método de aplicación del Derecho. Este efecto, que es patente en todos los niveles de los funcionarios judiciales, se refleja claramente en los alumnos de nuevo ingreso de nuestra escuela judicial.

El Curso de Especialidad en Secretaría de Juzgado de Distrito y Tribunal de Circuito, que se imparte en la sede central del Instituto de la Judicatura Federal de México, tiene —como su nombre lo indica— la finalidad de capacitar a los alumnos en la función de secretario proyectista. Este curso se realiza a base de talleres en los cuales los estudiantes, guiados por los profesores, elaboran proyectos de sentencias. La filosofía pedagógica que orienta al Plan de Estudios de que se trata puede sintetizarse en el aforismo “aprender haciendo”. Obvia-

mente no se desdeña el aprendizaje de las cuestiones teóricas, pues el alumno, antes de proyectar una resolución, debe estudiar los conceptos jurídicos necesarios que le permitan realizar dicho trabajo.

En el desarrollo de estos talleres hemos constatado que los alumnos, al iniciar sus prácticas, invariablemente proceden de la siguiente forma. Primero, revisan las constancias de autos; a continuación, una vez que consideran que detectaron el o los problemas jurídicos que deben resolver (detección que suele dificultárseles), buscan en sus bases de datos la o las tesis que estiman resuelven tales problemas; consultan las normas invocadas por las partes y las citadas en dichas tesis; y enseguida, contestan los planteamientos hechos por el quejoso, adaptando en sus argumentos el contenido de las propias tesis; finalmente, para reforzar los argumentos así elaborados, copian las tesis que seleccionaron.

Algunos de dichos criterios son jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por tanto, conforme a la ley mexicana, son obligatorios para los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía; otros son jurisprudencias emitidas por los tribunales colegiados de circuito, que no obligan a los órganos de la misma naturaleza, pero sí a los de rango inferior; y otros —los más— son criterios aislados que no son vinculantes para ningún órgano judicial. Sin embargo, los proyectos elaborados por los alumnos, casi invariablemente se sustentan en una tesis, obligatoria o no. Por otra parte, en no pocas ocasiones, el criterio invocado no resulta aplicable al caso. Es el estudiante el que, ante su incapacidad para encontrar por sí mismo una solución, encuadra a como dé lugar la tesis en su argumento.

La anterior forma de proceder revela que los alumnos, para solucionar los problemas que se les plantean, no emplean adecuadamente los recursos informáticos que tienen a su alcance, y se desentienden del Método de Aplicación del Derecho. Este hecho resulta preocupante si se considera que la mayoría de ellos ingresan al curso con alguna experiencia adquirida en órganos jurisdiccionales en los que sus titulares los han introducido al trabajo jurisdiccional. Me atrevo a sostener que muchos de los secretarios e incluso algunos jueces y magistrados proceden de la misma forma. Este problema se agudiza por *el exceso* de la información consultable. Para seleccionar una tesis entre dos o

más que abordan el mismo problema, el estudiante suele escoger la que entiende mejor o la que, después de un análisis superficial, considera jurídicamente correcta, o en el mejor de los casos, la que, de primera intención, le parece más justa.

Es muy significativo que en el disco óptico que periódicamente se distribuye entre nuestros funcionarios se publiquen tesis de diversos órganos jurisdiccionales que sostienen el mismo criterio; es decir, la misma tesis jurídica, sin variación sustancial en sus argumentos, se repite dos o más veces, ostentándose como autores de ella distintos juzgadores. Esto es un reflejo del vicio al que nos estamos refiriendo. El secretario proyectista pudo no haber transcrito en su proyecto la tesis en la que se apoyó, por lo que el tribunal, desconocedor del precedente, al emitir su resolución acuerda la publicación de una tesis que no es original. A lo anterior puede añadirse el hecho de que algunas de las tesis publicadas contienen afirmaciones dogmáticas, sin que de su contenido pueda desprenderse que son producto de un trabajo científico serio. Debo al respecto aclarar —sería deshonesto no hacerlo— que un buen número de los criterios publicados son impecables desde el punto de vista metodológico.

Resulta obvio que el trabajo jurisdiccional debe desarrollarse con base en una *metodología científica*; esto significa que es imprescindible que los funcionarios judiciales conozcan y apliquen el *Método de Aplicación del Derecho*, el que, como se sabe, abarca las diversas operaciones que debe realizar el juzgador al momento de emitir una resolución, tales como, la selección de las normas aplicables, la interpretación jurídica de las mismas o, en algunos casos, la integración de las propias normas. La práctica de cada una de estas operaciones exige el conocimiento de las técnicas propias de cada una de ellas y el conocimiento previo de la Dogmática Jurídica.

Desde nuestro punto de vista, la capacitación judicial debe tener como eje fundamental el aprendizaje del Método de Aplicación del Derecho y de las técnicas inherentes al mismo. Sólo con estos conocimientos y los de la Dogmática Jurídica, es posible un trabajo jurisdiccional serio. La forma como debería proceder el proyectista es la inversa a la antes descrita: después de detectar correctamente los problemas jurídicos planteados, debería estudiar los conceptos jurí-

dicos necesarios para su cabal comprensión y luego resolver aquéllos conforme a dicho método y técnicas. Su conclusión constituiría una hipótesis de trabajo que debería ser confrontada con los precedentes localizados en el disco óptico o en Internet. Este método permitiría al proyectista analizar *críticamente* los precedentes encontrados, distinguir sus matices, detectar sus errores o corroborar su corrección jurídica. En esta forma, según se dijo, podría corroborar la hipótesis que previamente elaboró o descartarla al percatarse que el precedente partió de premisas o consideró determinados aspectos que él, al estudiar el problema planteado, omitió considerar.

Aun en el caso de que se elaboraran programas en los que un ordenador tomara artificialmente una decisión, como resultado de un método científico incorporado a un programa informático, el funcionario necesariamente tendría que conocer y saber aplicar el método, entre otras razones, porque son muy variados los elementos de interpretación de las normas, y porque la justificación externa de una resolución —es decir, su apego a las reglas de la equidad y justicia— es, sin duda, su parte esencial.

Formar a nuestros funcionarios judiciales para el adecuado aprovechamiento de la información que está a su alcance, no puede limitarse a proporcionarles todos los enseres tecnológicos que puedan facilitar su trabajo jurisdiccional y capacitarlos para su manejo. Reducir la brecha digital —en el aspecto al que nos estamos refiriendo— no implica solamente saber usar estas herramientas, sino saberlas utilizar. *Usar* y *utilizar* no son verbos sinónimos. El primero significa “hacer servir una cosa para algo”, y el segundo, “aprovecharse de una cosa”. No es lo mismo tener un conocimiento teórico y práctico informático aceptable que permita servirse de los enseres tecnológicos, que saber aprovechar tal conocimiento en el trabajo jurisdiccional, de manera que los productos de éste —que son las resoluciones judiciales— sean cada vez de mejor calidad. Dicho en otro giro: *la alfabetización digital de los funcionarios judiciales no implica sólo tener y saber usar la herramienta tecnológica, sino saberla aprovechar.*

Si la capacitación para el empleo de la tecnología se desvincula de la capacitación para su debido aprovechamiento y si en tal actividad se pasa por alto que el trabajo jurisdiccional debe tener como hilo

conductor el Método Jurídico, se corre el riesgo de que las consultas a los discos ópticos y a Internet se vean como un fin en sí mismo y no como lo que realmente son: herramientas útiles de apoyo pero que, por sí mismas, no pueden conducir invariablemente a la solución correcta de los problemas jurídicos que se les plantean a los juzgadores.

Una gran cantidad de información relacionada con un tema específico puede localizarse en Internet o en intranet: las tesis vinculadas con los problemas planteados; las leyes aplicables, sus fuentes históricas y su proceso de formación; los tratados internacionales, diversas opiniones doctrinales, etcétera. Sin embargo, la red, *per se*, no es útil para *detectar certeramente el o los problemas planteados; ubicarlos en el contexto de la Dogmática Jurídica y solucionarlos conforme a los principios de la Metodología Jurídica*. El hecho de que en nuestros días ya sea posible programar sistemas expertos que permitan resolver uniformemente determinado tipo de asuntos, no significa que el juzgador quede relevado de ingresar adecuadamente al sistema los datos del caso concreto, ni de su obligación de solucionarlo por sí mismo cuando en aquél no se haya considerado un elemento del propio caso, o cuando, empleando su arbitrio judicial, decida apartarse del criterio del programa. Todo esto lleva a concluir que el empleo de un sistema experto, sin un conocimiento metodológico y de Dogmática Jurídica o la búsqueda indiscriminada de información desvinculada de tal conocimiento, puede implicar un retroceso cualitativo en el servicio de impartición de justicia.

Ciertamente, en nuestros días es necesario para los poderes judiciales contar con equipos de información y comunicación modernos; pero no basta tenerlos y saberlos usar, es urgente enseñar a nuestros alumnos a utilizarlos, a efecto de evitar cualquiera de estas actitudes extremas:

1. La de considerar a la tecnología, no como un medio de apoyo a la función, sino como el único camino posible que lleva indefectiblemente a la solución de cualquier problema administrativo o jurídico. Estoy hablando aquí del juez que pretende administrar su juzgado automatizando toda actividad, olvidándose que hay facetas del quehacer humano que sólo pueden

controlarse a través de la comunicación personal; del juez que atiborra sus sentencias de todo tipo de información recabada en la red; del juez que prefiere la cantidad a la calidad; en fin, del juez que, al informatizar incluso la toma de decisiones, hace a un lado los matices de cada asunto que pueden determinar la elaboración de argumentos y la adopción de soluciones diferentes.

2. La del juez que, convencido de las bondades de la tecnología, se pierde en el mar informático. Es el juez que, dada la abundancia de la información disponible, paradójicamente se reza-ga por perder muchas horas en la búsqueda de la que requiere; el juez que finalmente encuentra fórmulas prácticas pero no científicas para procesar la información obtenida.
3. La del juez que, por sentirse rebasado por la tecnología, renun-cia definitivamente al empleo de ésta. Es el juzgador que, a pesar de contar con excelentes bases de datos, prefiere localizar las tesis en los volúmenes del *Semanario Judicial de la Federa-ción*, que ocupan todos los espacios de su biblioteca; el que se niega a aprender a manejar las herramientas tecnológicas que se le han proporcionado; que se muestra renuente a cualquier cambio o innovación.

## CONCLUSIONES

- a) Los avances tecnológicos para el manejo de la información jurídica implican una transformación relevante en el ejercicio de la función jurisdiccional; sin embargo, tales innovaciones sin definir *el qué, el cuándo y el dónde* buscar, parecerían no tener demasiado sentido. Es por ello que resulta importante no sólo destacar las bondades de las modernas tecnologías, sino también los riesgos que implican, en lugar de soslayarlos y, por tanto, dejarlos sin respuesta.
- b) El abatimiento de la brecha digital en el ámbito jurisdiccional no debe generar una fractura entre la función de juzgar y la actitud crítica de los juzgadores, ni mucho menos una actitud de desdén por el método jurídico. El tema de la *e-justicia* tiene

más de justicia que de “e”, sin que esto signifique menospreciar el significado que en dicha palabra tiene dicha vocal; significado que, bien entendido, resulta imprescindible para mejorar la eficacia y transparencia del servicio de impartición de justicia.

Termino con una de las miles y miles de preguntas que sobre este punto podrían formularse a un funcionario que no supiera utilizar correctamente los recursos tecnológicos: ¿cómo puede usted, señor secretario, solucionar, con la sola consulta de sus bases de datos, este difícil problema atinente a una causa de exclusión del delito, si usted desconoce por completo la teoría del delito?

# Derecho, economía y crecimiento

Jean Claude Tron Petit\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen económico-jurídico de la Constitución*. III. *Libertad*. IV. *Libertad de trabajo*. V. *Límites constitucionales generales y concretos*. VI. *Principios constitucionales que rigen el funcionamiento de los mercados*. VII. *Derecho de las empresas*. VIII. *Libre concurrencia y competencia efectiva*. IX. *Regulación multiprincipios*. X. *Interpretación jurisprudencial por la SCJN*.

## I. INTRODUCCIÓN

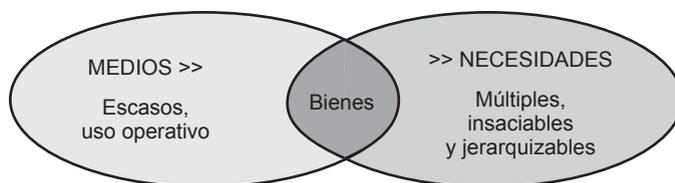
Las sociedades actuales se debaten en constantes y permanentes tensiones tendentes a conseguir, en la mayor medida posible, prosperidad, cohesión social y libertades; a manera de un triángulo virtuoso ideal.

Las personas que vivimos en una sociedad tenemos necesidades o fines<sup>1</sup> que satisfacer, y de una manera jerarquizada. Para atenderlos existen medios o recursos escasos y de uso optativo en varias actividades. El factor de enlace son los bienes o satisfactores económicos.

---

\* Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

<sup>1</sup> Biológicas, afectivas, espirituales, culturales, de seguridad, etcétera, múltiples en cantidad e insaciables por periodicidad y recurrencia de las necesidades.



Es así que con los medios o recursos se producen bienes que son capaces de resolver necesidades o alcanzar fines de las personas y comunidades.

La *economía* es la ciencia que estudia la forma en que la sociedad resuelve, de la manera más eficiente, el problema que resulta de la relación entre fines o necesidades múltiples y jerarquizables, en contraste con medios escasos y de uso operativo.

En este contexto de necesidades y la satisfacción eficiente, resulta que los principios rectores de la política social y económica son conceptos interdependientes, en tanto que los objetivos sociales que pretende alcanzar, y hasta tutela la Constitución, se apoyan en un desarrollo económico que los haga posibles y efectivos para concretar los requerimientos sociales de un Estado social y democrático de Derecho, cuyo objetivo final es el beneficio real y concreto de las personas.<sup>2</sup>

Es así que los principios axiológicos se inspiran en valores que tienden, mediante su capacidad transformadora, articulada en la normativa correspondiente, a optimizar el bienestar general (Escámez, 1994, p. 162).

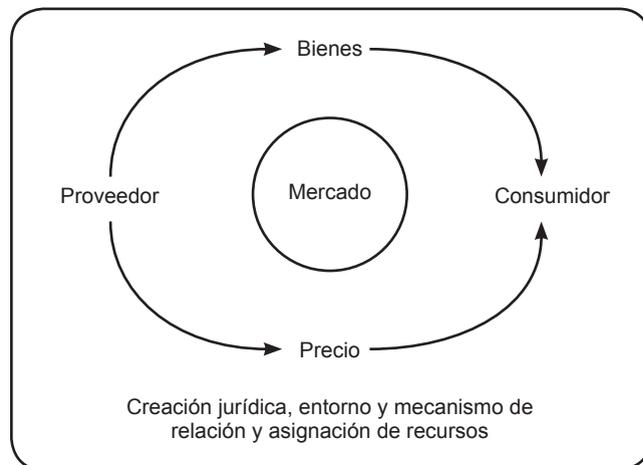
Por eso varias constituciones contemplan un régimen mixto de economía privada que alterna con participaciones estatales,<sup>3</sup> dando pautas y cabida para modelos basados en ideologías que se antojan

<sup>2</sup> Necesidades de carácter incluso cultural, de salud, de seguridad, etcétera, requieren para ser satisfechas de una sociedad donde exista un desarrollo económico que permita financiarlo. De ahí la interdependencia y complementariedad de necesidades si se quiere espirituales y recursos materiales, como instrumentos *sine qua non*.

<sup>3</sup> Son ejemplo de ello la Constitución española o la mexicana, entre otras, donde cohabita de manera complementaria y subsidiaria la gestión pública y la privada.

antagónicas pero, a su vez, son el presupuesto *sine qua non* para posibilitar un pluralismo en lo ideológico y en lo pragmático.

El *comercio* entendido como la forma pacífica<sup>4</sup> en que las personas intercambian, de manera libre y voluntaria, bienes y servicios es la base del sistema de libre mercado.



Esta actividad requiere del reconocimiento pleno de la propiedad como institución jurídica que restringe en exclusiva el uso y aprovechamiento de ciertos bienes o prerrogativas a determinadas personas, a fin de poder comerciar —cambiar o vender—, únicamente lo que es propio. Y es así que de no estar plenamente reconocidos y garantizados en su eficacia los derechos de propiedad, se dificulta o impide el comercio ante la incertidumbre e inseguridad que en el tráfico jurídico se da, provocando, en el mejor de los casos, sólo impedimentos pero con costos de transacción que deben erogar y soportar quienes comercian. Dicho en otras palabras, al obstaculizar el flujo y funcionamiento de los mercados, el desarrollo se detiene o, de plano, no se da.

<sup>4</sup> Existe otra que es violenta, como el despojo, robo o fraude (Pazos, 2006: 59).

El Derecho juega un papel crucial para el funcionamiento de los mercados<sup>5</sup> y si se pretende que el desempeño económico sea bueno u óptimo, necesariamente dependerá de la idoneidad y eficacia del sistema jurídico<sup>6</sup> pero, en todo caso, siempre es determinante la eficacia<sup>7</sup> y eficiencia de los tribunales.

Resulta importante advertir cómo los efectos económicos son determinantes para elegir campos o ámbitos materiales donde se legisla precisamente para dotar de garantías a las transacciones. Obedece, en muchos casos, a los propósitos que los Estados se plantean como fines prioritarios de contenido social, ya que el desarrollo de las personas está encadenado, subordinado y depende del bienestar y crecimiento económico o, cuando menos, lo requiere.

En ese contexto resulta que el contenido, sustancia y finalidad de las normas jurídicas son tan vastos e indeterminados como la dinámica social, ya que sobre esa realidad o expectativa es que se plantean diversas reglas de conducta. Es así que las reglas de reconocimiento incorporan contenidos de diversa índole al sistema jurídico, además de que permiten identificar la naturaleza de las normas que lo configuran; incluso, el positivismo incluyente acepta como normas a aquellas que están más allá de lo convencional y admite la tesis del valor moral contingente del derecho y que, a partir de criterios de esa entidad, dependa la validez jurídica.

Luego, si la economía es juridificada o reconocida por el derecho, sus leyes son adoptadas por el ordenamiento jurídico, y ahora éste tiene la encomienda de obtener y alcanzar los fines económicos, pero asociados e interdependientes, también, junto con los sociales, polí-

---

<sup>5</sup> Que son una creación jurídica para contextualizar y permitir las relaciones comerciales entre los agentes.

<sup>6</sup> El desarrollo de los mercados y la economía requiere se protejan las libertades y la propiedad en todos sus aspectos (cuyo prototipo son los Estados Unidos de Norteamérica); en adición, si el énfasis se extiende al bienestar y prosperidad de los individuos y la sociedad (caso de Europa), adicionalmente se buscará enfatizar, promover y desarrollar la igualdad y la dignidad de las personas.

<sup>7</sup> Su capacidad para resolver conflictos o facilitar negociaciones al tenor del artículo 17 constitucional y garantizar que las transacciones comerciales se realicen y, en caso que haya fallos o incumplimientos, éstos se corrijan.

ticos, morales, etcétera, pues todo ese variopinto conjunto viene a ser materia de regulación dentro de un sistema integrador y holista.

Así, razones extrajurídicas, como pueden ser las político-económicas, se convierten en razones del derecho y, en consecuencia, deben ahora lograrse los fines respectivos de la mejor manera posible: la óptima.<sup>8</sup>

Sobre el tema, James M. Buchanan (1979: 123-135) dice que:

- a) la *economía*, concretamente los principios que la inspiran, determina **objetivos** y alcances expansivos de extensión o funcionalidad de ámbitos de libertad e iniciativa para los agentes económicos<sup>9</sup> que apenas deben ser bloqueadas o interferidas por las restricciones, regulaciones, obligaciones o coerción que impone el derecho a las interacciones humanas; significa dejar autonomía para que puedan elegirse alternativas sin afectar la osadía y denuedo para determinar o escoger el comportamiento más idóneo;<sup>10</sup> en cambio,
- b) el *derecho* es una estructura, armazón o **marco** pertinente para la economía que busca explicar las interrelaciones humanas dentro de un ambiente o entorno institucional que emerge y envuelve, suplido por el sistema legal que condiciona ciertas elecciones de los agentes, sobre todo por razones sociales y conducentes a una igualdad y de lealtad a reglas mínimas.

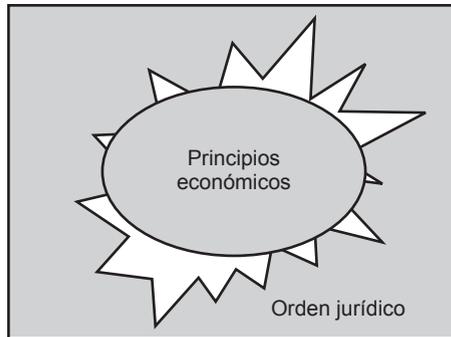
Una representación gráfica de estas ideas es la siguiente:

---

<sup>8</sup> Para mayor detalle sobre este tema, favor de consultar Roldán (2004: p. 9).

<sup>9</sup> A manera de ondas expansivas que deben ser respetadas, intocadas y dejarse funcionar libremente.

<sup>10</sup> Imaginemos un caudal que pretendemos controlar con un dique (entendido como técnica o medio para el control de conductas como la sanción por fabricar productos piratas cuando los costos de originales son inalcanzables para muchos y la publicidad orienta y provoca compulsivamente al consumo a toda costa), si resulta inadecuado, contra-intuitivo o artificial, tarde o temprano el torrente lo desborda o destruye y, en tanto, obstaculiza y crea barreras o interferencias al flujo natural del fenómeno.



Conforme al concepto materia de este esquema, puede decirse que, como resultado de la norma de reconocimiento<sup>11</sup> y la tutela de la libertad de empresa, la economía inspira, aporta dirección, sentido, racionalidad y establece objetivos; es la sustancia, condiciones y resultados. En tanto que el derecho controla, sujeta a que se cumplan los valores y aporta medios para encauzar, fomentar o limitar, corrigiendo y controlando desvíos.

La adecuada regulación económica debe controlar o corregir mediante incentivos, pero, además, organizar a la economía sobre la base de las demandas justificadas de los individuos. El efecto final debe ser:

- organizar a la economía mediante controles; aunado a,
- dotar de significado económico a las relaciones sociales y jurídicas; incluyendo también,
- conferir una orientación y fin social y jurídico a las relaciones económicas. (Larrañaga, 2007: p. 7)

Comenta Pazos (2006: p. 81 y ss.) que para alcanzar un crecimiento económico duradero es indispensable que los gobiernos protejan los derechos de propiedad mediante la permanencia y estabilidad de los sistemas legales. La estabilidad jurídica implica institucio-

<sup>11</sup> Que hace jurídico el contenido y finalidades económicos.

nes<sup>12</sup> que reduzcan la incertidumbre y establezcan una estructura estable para las interacciones humanas y que desempeñan un papel clave en los costos de producción —información y negociación—.

Resulta así que el *derecho* puede ser: el cauce e instrumento para que la *economía* funcione y tenga eficacia; o bien, el factor que limite y frustre los mejores planes y esfuerzos.

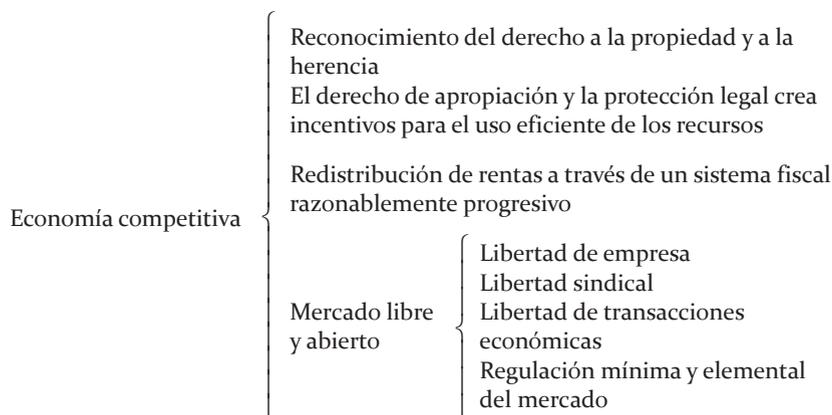
Para conseguir la prosperidad, el binomio —*economía-derecho*— debe actuar concertadamente y de manera dinámica a la consecución de objetivos y fines, a veces contradictorios o antitéticos, como libertad y seguridad, crecimiento e igualdad, solidaridad y cohesión, y muchas combinaciones más que, en momentos, suenan difíciles de alcanzar, pero que las circunstancias y momentos determinan buscar, construir y elegir la alternativa meritoria. La economía produce desarrollo, en tanto que la política moralizada, igualdad y justicia social. A cada una se le debe pedir lo que es capaz de producir. Por eso la convergencia que tenemos en la Constitución en el capítulo económico de normas políticas y económicas.

En efecto, las instituciones —reglas del juego que debieran tener la formalidad jurídica o cuando menos un reconocimiento práctico— afectan el desempeño de la economía debido a su efecto sobre los costos de los intercambios y de la producción. Por tanto, junto con la tecnología empleada, determinan los costos de transacción y transformación —producción— que constituyen la suma de los costos totales.

Ariño (1993: p. 98-100), en términos semejantes, considera como ingredientes de la eficiencia y condiciones para el desarrollo económico, los siguientes aspectos:

---

<sup>12</sup> Reglas de juego en una sociedad: límites puestos por el hombre (creación humana) para organizar la interacción humana. Su objetivo es reducir la incertidumbre en la medida que proporcionan una estructura a la vida diaria y son una guía para la interacción humana, ya que definen y limitan el conjunto de las elecciones de los individuos. (North Douglas C., *Neoinstitucionalismo*, resumido por Lucila Basurto, consultado en [www.iigg.fsoc.uba.ar/sepure/Docencia/resumenes-clase/clases%2022y29-03/NORTH%20\\_integrado.doc](http://www.iigg.fsoc.uba.ar/sepure/Docencia/resumenes-clase/clases%2022y29-03/NORTH%20_integrado.doc)).



Una peculiaridad de los países subdesarrollados —que por supuesto se presenta en el caso de México— es el constante cambio, inconsistencia e incoherencia de las reglas del juego —político, social y económico—, circunstancia que reduce o ahuyenta las inversiones, el ahorro y la actividad comercial. Pero, incluso de no llegar a ese extremo, de cualquier manera incrementa los costos de transacción, que inciden en reducir, encarecer, ahogar y limitar a la actividad económica.

Con igual efecto, las instituciones o la sobre-regulación que agobia a los agentes con limitaciones, complicaciones y reglamentaciones excesivas y ociosas que, a la postre, las pagamos los consumidores, ya sea, en precios mayores o en menor abasto (Pazos, 2006: p. 81).

Los campos económicos y sociales incididos y afectados de manera muy especial por las instituciones jurídicas son:

- Competencia económica
- Comercio exterior
- Inmuebles
- Telecomunicaciones
- Medios de comunicación
- Propiedad intelectual
- Energía

- Transparencia, datos personales e información comercial
- Sector financiero y bursátil
- Publicidad
- Alimentos, bebidas y medicinas
- Mejora regulatoria
- Laboral
- Eficiencia y eficacia judicial
- Comunicaciones (aéreas y ferroviarias)
- Medio ambiente y desarrollo sustentable

En este contexto, se aprecia y resulta esencial, para que los mercados funcionen eficientemente, la protección jurídica a la propiedad privada y a las libertades empresariales, aunado a la tutela y salvaguarda de los derechos de los agentes económicos a efecto de que realicen de manera óptima su función.

Es así que cuando el sistema jurídico y el poder judicial cumplen, especialmente, el cometido de seguridad jurídica y libertad de comercio, están dados los presupuestos que determinan la prosperidad y eficacia del mercado o, de no darse, el fracaso de la economía. Esa es la lección de las economías más prósperas —aunque no necesariamente las más justas e igualitarias— que a la fecha parece son la europea y japonesa.

Las nuevas tecnologías, estrategias de mercadotecnia, las necesidades e intereses cambiantes y dúctiles de los consumidores y agentes económicos determinan que el Derecho deba estar evolucionando, actualizándose y acomodándose, creando reglas *ad hoc* para facilitar, promover y no estorbar la actividad empresarial en función de las distintas circunstancias inconsistentes y novedosas del mundo económico.

## II. RÉGIMEN ECONÓMICO-JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN

La importancia de regular la economía nacional en muchas constituciones obedece a que, sin productividad y desarrollo económico, el bienestar social es imposible. Pero, además, el financiamiento de recursos para la consecución de los fines político-sociales y la mejora

o el mantenimiento de la calidad de vida de las personas tiene, como presupuesto o insumo indispensable, la prosperidad económica.

Dice Carbonell (2004: p.191-192) que el constitucionalismo contemporáneo supone una regulación de la economía por tener implicaciones en lo referente a:

- I) Derechos fundamentales por cuanto asegura a los particulares esferas subjetivas inmunes frente a la acción del Estado, de forma que no se pueda abolir la institución de la propiedad privada ni confiscar los bienes obtenidos lícitamente en el tráfico comercial, por poner algunos ejemplos; o bien, asegurar que el Estado pueda hacerse cargo de las obligaciones o prestaciones que le generan los derechos sociales y que suponen costos pecuniarios considerables (sistema educativo, asistencia sanitaria o sistema digno de pensiones) que la iniciativa privada no está interesada en atender o satisfacer.

Otra consideración más es que se establecen pautas referentes al margen de libertad de trabajo y de comercio, las reglas que regirán el mercado y los sectores de intervención estatal que, preferentemente, se dan en la macroeconomía, las políticas monetarias del banco central y el régimen del sector financiero, por supuesto, cuidando de mantener una política de defensa de la competencia y la regulación de servicios públicos o los que se ofrecen y demandan por el público.

- II) División de poderes para establecer regulaciones que distribuyan facultades y obligaciones entre los órganos públicos, de tal forma que la Administración proporcione una serie de servicios públicos o se reserve para sí algunas áreas estratégicas en las que la intervención de los particulares no se considera oportuna.

A partir de los años 80, la tendencia de las constituciones es reducir la regulación y retomar ideas del liberalismo que, hace años, proclamó Adam Smith con su teoría de la “mano invisible”, la cual, según ese autor, afirma, arregla y corrige muchos de los problemas que se dan en los mercados, por lo que la intervención estatal debe ser sub-

siidiaria.<sup>13</sup> Es así que los embates neoliberales fundados en la experiencia práctica de los mercados más eficientes y funcionales que tenemos en la actualidad<sup>14</sup> imponen y justifican ahora el “neoliberalismo constitucional”, que proclama la máxima libertad con la menor regulación, esto es, sólo la intervención estrictamente indispensable se acepta.

La historia constitucional en México ha sido de un marcado liberalismo en la Constitución de 1857. Este régimen reveló su insuficiencia frente a los abusos, lo que trajo como resultado que el constituyente en 1917 propusiera preceptos con signos redistributivos y de carácter social en favor de la igualdad y la educación de los campesinos y trabajadores. Tal tendencia ha evolucionado en una proliferación de los derechos económicos, sociales y culturales que son ya de aceptación casi universal.

Con las reformas de 1983 se recogen instituciones como I) la rectoría económica del Estado (25); II) la economía mixta (25 y 28); III) la planeación democrática del desarrollo (26); y IV) el banco central que defina e instrumente, con autonomía, la política y estabilidad macroeconómica, control de la inflación, paridad cambiaria, intermediación y servicios financieros (28).<sup>15</sup>

---

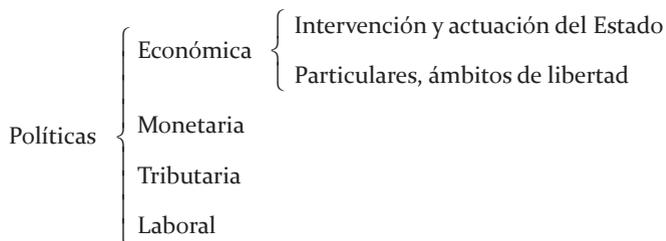
<sup>13</sup> Sigue siendo válida y debe resolverse con criterios de oportunidad, mérito, conveniencia y hasta temporalero del cómo, para qué, cuándo y cuánto de la intervención del Estado. Sin embargo, en esta época debe verse con ciertas reservas y condicionamientos en razón de los intereses oligopólicos que son peculiares en las economías. Dice alguien que si Adam Smith viviera, es factible que planteara su teoría de otra manera.

<sup>14</sup> En este sentido destaca el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, de Europa, de Asia y especialmente de China donde se busca conciliar ideologías de igualdad y prosperidad social, pero con especial tutela al derecho de propiedad que es la base de los mercados competitivos.

<sup>15</sup> La rectoría económica, social y política requiere de una política financiera adecuada y congruente con la planeación del desarrollo para el bienestar. En el artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco de México, se le otorgan estas facultades: a) regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos; b) operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia; c) prestar servicios de tesorería al gobierno federal y actuar como agente financiero del mismo; d) fungir como asesor del gobierno federal en materia económica y, particularmente,

Complementa lo anterior un sistema tributario que se planea con la pretensión de ser justo, redistributivo y promotor del desarrollo (artículos 31-IV en relación ahora con el 3 y 25), así como el tradicional reconocimiento de libertades, de seguridad y tutela a la propiedad, que enmarcan al contexto global del capítulo económico de la Constitución.<sup>16</sup>

La regulación de la vida económica en la Constitución tiene como objetivo ser el medio para optimizar la productividad y, así, atender y proveer necesidades y mejores niveles de vida para la población —entendida o comprendida en una clase social especialmente tutelada como es la de los consumidores— y, para ese fin, aunado al progreso y bienestar de los agentes económicos, es que se promueve el desarrollo nacional que alcanza objetivos instrumentales también de carácter social y político. Todo esto a partir de distintas pero complementarias políticas como son:




---

financiera; e) participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional, o que agrupen a bancos centrales, y f) operar con diversos organismos, bancos centrales y otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

<sup>16</sup> Libertad de trabajo (profesión, industria, comercio) 5; seguridad 14, 16; propiedad privada pero con provecho o inclinación social 27; libre concurrencia y competencia, economía de mercado 28.

## III. LIBERTAD

La libertad es un concepto que puede ser entendido como<sup>17</sup>

(Del lat. *libertas*, *-ātis*). 1. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.<sup>18</sup>

4. Falta de sujeción y subordinación. A los jóvenes los pierde la libertad.
5. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.
6. Prerrogativa, privilegio, licencia. U. m. en pl.
7. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes.

Es un término ambiguo en tanto que implica dos conceptos y objetivos distintos como son “libertad para” y “libertad de”. El primero es de carácter sustancial y evoca a esa autonomía, potestad, habilidad o facultad que nos permite a los hombres, sin coacción, determinismo o imposición, optar o decidir, a manera de una disyunción, de entre varias opciones, por la que más nos agrade, convenga o satisfaga, especialmente atendiendo a las consecuencias. Tiene su asiento, preferentemente, en el ámbito de la voluntad<sup>19</sup> y, en ella, pueden concurrir razones axiológicas, prácticas o de muy diversa índole. Esta capacidad de elección es un presupuesto y *conditio sine qua non* del libre albedrío.

---

<sup>17</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=libertad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=libertad).

<sup>18</sup> En caso que no se cumpla lo atinente a la responsabilidad, se estaría hablando de libertinaje.

<sup>19</sup> Determinadas razones, emociones y prejuicios pueden ser determinantes. Actualmente, la publicidad, el *marketing* y los actores políticos a través de los medios, dicen respetar y coadyuvar en formar la libertad pero más bien pretenda inducir una decisión, elección o hábito de consumo. La información se estima valiosa porque coadyuva a formar una opinión pública que sea conducente a la libre elección, aunque a veces también se utiliza para deformar y condicionar a los hombres como esclavos intelectuales y emocionales; en este sentido Giovanni Sartori nos habla de ello en *Homo videns*.

La libertad implica una autonomía básica para tomar decisiones, siempre a partir de tener solventadas las necesidades y exigencias primarias o vitales, sea por causas naturales o por la dependencia que se tenga en razón de hábitos u otras circunstancias vinculantes o impuestas. Para el caso de que se tengan esas sujeciones<sup>20</sup> y carencias básicas, se entiende que hay carencia de libertad e implica cargar con servidumbres en tanto no sean superadas.

En su connotación “de”, es un valor y al mismo tiempo una potestad con vocación y funcionalidad externa a la persona.<sup>21</sup>

Pero al mismo tiempo, en la connotación “para”, consiste en una cualidad *intuitu personae* que en el extremo positivo es el libre albedrío, y en el negativo, el determinismo. Este concepto, en la generalidad, oscila en zonas de gris con más o menos intensidad.

Por otra parte, no tiene eficacia alguna conceder libertad jurídica “de” a las personas si en su interior están encadenadas “para” tomar decisiones con autonomía. La libertad “para” es equivalente a la interior, capaz de darnos sensibilidad y opciones en lo emocional y discernir valores y fines más allá de lo que puede concebir una máquina, con la posibilidad de crear y construir aún en la adversidad. La falta de esa libertad produce una insensibilidad y aplanamiento de nuestros sentidos y emociones, ámbito en el que reaccionamos sólo a las pasiones más bajas y destructivas del ser humano.

Para algunos autores,<sup>22</sup> la política liberal debe tener una concepción personalista de la sociedad, no colectivista, y el hombre creador, inteligente y libre debe ser el centro y a quien hay que servir, no al Estado ni a instituciones políticas, sociales o religiosas que pretendan poner-

---

<sup>20</sup> Que pueden operar como ataduras, grilletes, cadenas, dependencias, ligaduras o vínculos. “Liberar” al hombre de aquellas necesidades y exigencias más primarias: el hambre, la enfermedad, la ignorancia, la esclavitud económica que al que las padece le impiden, de raíz, tomar cualquier decisión verdaderamente humana. La protección social como objetivo de la libertad es la clave del bienestar y riqueza de hombres y países, ésa es una razón fundamental que distingue a los países desarrollados y a los que están en vías de desarrollo (Ariño, 1993: p. 15).

<sup>21</sup> Libertad de expresión, trabajo, tránsito, etcétera, que tiene una vertiente social y jurídica. Sólo en la medida que tenga eficacia y plenitud en ese ámbito será posible pretender un enfoque social o comunitario que favorezca al interés público.

<sup>22</sup> Como es el caso de Ariño (1993: p. 14), con una tendencia al derecho natural.

lo al servicio de sus fines; el hombre es titular de derechos inalienables, inherentes a su naturaleza y origen, anteriores al Estado y a la Ley que, por ningún motivo, pueden ser violados.

La segunda acepción es de carácter formal y se relaciona con el título y facultad de exigencia, respeto y garantía que tenemos ante autoridades o particulares para hacer uso de la libertad sustantiva o autonomía de la voluntad. En este sentido, los conceptos libertad de trabajo, de expresión, de conciencia, derecho a la información, etcétera.

Conviene aclarar que la política y el derecho no pueden hacer al hombre internamente libre —dotarle de una libertad para— pero sí establecer un entorno, contexto o marco social en el cual aquélla sea posible, sirviendo, promoviendo mejores niveles de riqueza y bienestar, asegurando oportunidades para todos, pero sin convertirse en aparato de dominación. Estas ideas son las que en la jurisprudencia norteamericana justifican la validez de las leyes a la luz del *due process of law* sustantivo.

Es así que tener la habilidad o aptitud para elegir y ejercer nuestras voliciones es diferente de tener el derecho o título jurídico para hacer uso de esa potestad del alma o del espíritu.

Otra idea general sobre el tema es:<sup>23</sup>

Libertad, capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen. En este sentido, suele ser denominada libertad individual. El término se vincula al de la soberanía de un país en su vertiente de 'libertad nacional'. Aunque desde estas perspectivas tradicionales la libertad puede ser civil o política, el concepto moderno incluye un conjunto general de derechos individuales, como la igualdad de oportunidades o el derecho a la educación.

En un contexto jurídico, la libertad se conceptúa como

Ausencia de toda coacción, de toda opresión sobre las gentes, para que cada uno pueda adoptar las decisiones como seres verdaderamente humanos. La libertad es capacidad de disposición, de decisión no forzada

---

<sup>23</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Libertad>.

por nadie, y en ello consiste la grandeza máxima del hombre (Ariño, 1993: p. 14).

Algunas citas sobre la libertad son:<sup>24</sup>

- “La libertad política es la condición previa del desarrollo económico y del cambio social”: John Fitzgerald Kennedy.
- “Nadie combate la libertad; a lo sumo combate la libertad de los demás. La libertad ha existido siempre, pero unas veces como privilegio de algunos, otras veces como derecho de todos”: Karl Marx.

En la cotidianeidad tenemos que los conflictos surgen por deficiencias de libertades concretas —que se reclaman con la vocación de ser útiles y tener un sentido y aplicación práctica— y no se dan por supuestos de una libertad en abstracto.

Resumiendo algunas ideas, tenemos que la libertad no es un fin *per se* sino una de las claves, instrumentos o medios para alcanzar el desarrollo, dignidad, bienestar, riqueza y felicidad de los hombres.

Las ideas anteriores se dan en un contexto ideal o utópico, a partir del cual se considera bueno o moralmente neutro al hombre. Sin embargo, eso no es real, ya que el ser humano es malo y hasta perverso, al grado de que Hobbes propone la tesis de que el hombre es el lobo del hombre, “*homo homini lupus*”, especialmente porque está en una constante competencia con los demás hombres, lo que conduce a la aparición de la envidia y el odio y, finalmente, a la guerra. Correlativamente, para san Pablo “no hay quien haga lo bueno, no hay ni siquiera uno”.<sup>25</sup>

En razón de esta realidad y evidencias se requiere que la libertad sea controlada en la medida y posibilidad de que pueden darse abusos y excesos de los más fuertes, inteligentes o mejor dotados que degeneran en libertinaje<sup>26</sup> cuando la libertad se ejerce sin responsabilidad, respeto y amor.

---

<sup>24</sup> *Ídem.*

<sup>25</sup> Carta a los romanos, 3:12.

<sup>26</sup> Desenfreno en las obras o en las palabras, falta de respeto a la religión.

Usualmente se reconoce que las personas somos libres de hacer todo lo que no está prohibido y, en el punto opuesto, se tiene que la justificación o valor de las restricciones radica en que los demás también tienen libertades que no debemos de impedir o disminuir por un ejercicio abusivo de las propias, o bien, porque existen otras razones conducentes para la igualdad, bienestar y superación de las personas en general; de ahí, el concepto de leyes prohibitivas por razones de orden público. La libertad es indivisible pero no ilimitada,<sup>27</sup> ya que la libertad individual o del más fuerte no puede anular la de los demás y, así, los intereses comunitarios se justifican en función de un mejor servicio o de la mayor protección a la libertad de cada persona, pero en el contexto de una sociedad abierta.

Tratadistas de la talla de Ariño (1993: p. 96-97) consideran que una sociedad libre requiere de varios elementos o componentes tales como:

- Constitución democrática dotada de pesos y contrapesos de modo que el poder frene al poder, el objetivo es la organización del poder en un sistema que se autocontrole o compense (*checks and balances*).
- Derechos fundamentales reconocidos y funcionales en favor de todas las personas, sin excepción y sin posibilidades de negociación, que es la razón del Estado y el marco o formato de la ley.
- Tribunales independientes capaces de concluir en un garantismo eficaz al interpretar, decidir y ejecutar la ley en la solución de los conflictos cotidianos. Los derechos fundamentales no requieren demasiado desarrollo legislativo, basta con formularlos y poder acudir a los tribunales directamente en apoyo o defensa de ellos con base en la Constitución; lo importante es que estos órganos los hagan valer y sean respetados por autoridades y particulares. Por tanto, si no hay tribunales

---

<sup>27</sup> Debe entenderse justificada por un bien tutelado en armonía con los de otros también tutelados.

independientes y eficientes, no hay derechos fundamentales. Son sólo *flatus vocis*.

Estas razones, en mucho, son las determinantes de por qué se privatiza el servicio público de impartición de justicia a través de arbitraje y medios alternos, ya que el desarrollo y la economía pujante no toleran tribunales ineficientes y anquilosados, ajenos a una dinámica social que debe ser protegida y fomentada de manera razonable e inteligente, diría yo. La justicia lenta e ineficiente para controlar no tiene alternativas de perdurar ni futuro prometedor.

- Una economía abierta y competitiva descansa y requiere de un reconocimiento pleno y funcionalidad de un régimen de propiedad privada y de libertades económicas —información, no barreras ni prebendas—.

Resumiendo esta ideas, se tiene:

Sociedad libre:	Constitución democrática	{ Con pesos y contrapesos de modo que el poder frene al poder, es organización del poder ( <i>checks and balances</i> )
	Derechos fundamentales reconocidos	{ La razón del Estado Marco o formato de la ley
	Tribunales independientes	{ Garantismo eficaz al interpretar, decidir y ejecutar Justicia lenta e ineficiente para controlar, no subsiste
	Economía abierta y competitiva	{ Propiedad privada Libertades económicas (información, no barreras ni prebendas)

El liberalismo defiende la reducción del Estado a sus tareas esenciales, sobre todo cuando éstas se han tenido que ampliar —por un déficit

de la iniciativa privada— a ciertas áreas vitales en las que es preciso dar cobertura a todos los ciudadanos frente a las contingencias, riesgos y necesidades que se presentan en la vida y en una cultura con tendencias al egoísmo, la discriminación, la marginación y la desigualdad (Ariño, 1993: p. 16).

En razón de estas circunstancias y realidades, comenta Ariño (1993: p. 14) que la actual brecha entre liberales y socialistas en Europa se ha reducido y ahora es, fundamentalmente, un enfoque o postura de máximos o mínimos en temas tales como libertad e intervención.<sup>28</sup>

Un presupuesto que parece esencial para alcanzar la libertad es el reconocimiento y eficacia de la propiedad privada en el orden de causalidad, que sería:

Propiedad privada → libertad económica → libertad política → Libertad

Conseguir el punto de equilibrio y funcionalidad de la libertad y la igualdad a partir de un Estado rector no es fácil ni diseñable *a priori* ni a partir de presupuestos o condiciones determinados; lejos de ello, es un constante analizar la realidad, considerar las alternativas o herramientas disponibles, diseñar los planes, ponerlos en práctica y ejercer un control estratégico que corrija y rectifique en el devenir (*on the job*). Al respecto son elocuentes las siguientes palabras:

Una política liberal tiene, así, que enfrentarse con estas dos cuestiones fundamentales: cómo ordenar la sociedad para que permita al hombre, en la medida de lo posible, ser libre; y cómo organizar al Estado para que éste, sin dejar de cumplir las funciones que tiene que asumir en un Estado social, no asfixie al individuo (Ariño, 1993: p. 21).

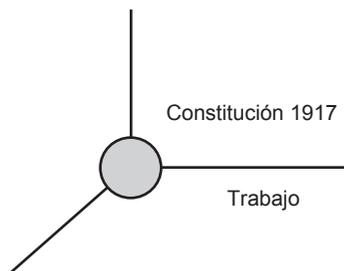
#### IV. LIBERTAD DE TRABAJO

Don Antonio Carrillo Flores en alguna ocasión acuñó una expresión que es significativa sobre este aspecto constitucional. Decía que la

---

<sup>28</sup> Para los liberales, deben primar enfoques que favorezcan y privilegien la libertad, al máximo posible, para fomentar el desarrollo y la eficiencia, en tanto que la intervención debe ser la mínima, sólo para corregir desviaciones máximas. Los socialistas, en cambio, propugnan por la máxima intervención para favorecer y consolidar la igualdad pero también basados en un sustrato de desarrollo y eficiencia.

Revolución mexicana había tenido tres columnas o ejes fundamentales: **la tierra, el trabajo y el municipio libre**.



Y tan es así que fue en uno de los debates más enconados del Constituyente de Querétaro, donde se pudo evolucionar y superar aquel liberalismo puro que nos había heredado la Constitución del 57 y que se traducía en una manifiesta injusticia de carácter laboral, en tanto que no se hacía eco de la concepción aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

El resultado se condensa en reconocer y tutelar la facultad del hombre para elegir o escoger, entre la multitud de ocupaciones lícitas que existen, la que más le convenga o agrade para el logro de su bienestar, superación, talentos y conveniencias, respetando su dignidad personal.

El artículo 5° protege la libertad del individuo.

Por otra parte el artículo 123 protege al trabajo como actividad en función del grupo social de trabajadores.

Como es peculiar en los derechos fundamentales, el ejercicio de esta libertad no es irrestricto o absoluto sino que está acotado por límites internos y restricciones que se justifican atendiendo al equilibrio que debe regir entre:

- I) el respeto a los derechos humanos y
- II) la facultad estatal de imponer el orden y regir la actividad particular atendiendo a los intereses de la sociedad.

Las limitaciones son auténticas prohibiciones o restricciones y, por ello, se consignan en la propia Constitución, algunas veces en forma

específica, concreta o regulativa y, en otras, sólo a título declarativo o enunciativo, remitiendo a la ley secundaria local o federal la especificación o pormenorización que deberá apegarse al texto constitucional, tal como se prevé en la Carta Magna y diversos tratados que México ha suscrito, destacando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, por mencionar solo algunos.

A este respecto comenta Vidal (1977: p. xvii-xviii) que las razones técnicas, demográficas, económicas, sociales y culturales, aunque se prevean en leyes, son insuficientes para restringir los derechos fundamentales, pues para ello es menester un criterio ético que debe estar al mismo o superior nivel de importancia de aquel que se pretende afectar, para tener así una adecuada justificación y legitimación de la restricción.

Esta dificultad de reglamentar y así justificar o legitimar los límites de los derechos fundamentales se acentúa cuando la Constitución se remite a términos jurídicos indeterminados o de textura abierta como pautas o parámetros de la restricción, tal y como sucede en el artículo 5º constitucional que hace referencia al concepto laxo de la ilicitud, orden público e interés social.

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia ha establecido el siguiente criterio:

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia

en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado [Pleno, tesis P./J. 28/99, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo IX, abril de 1999, p. 260].

De acuerdo con la ley, implica que ésta responda a: 1) valores, 2) principios y 3) fines de los derechos fundamentales.

## V. LÍMITES CONSTITUCIONALES GENERALES Y CONCRETOS

Las limitaciones, licitud y posibilidades de intervención estatal en la libre empresa deben analizarse en el siguiente contexto:

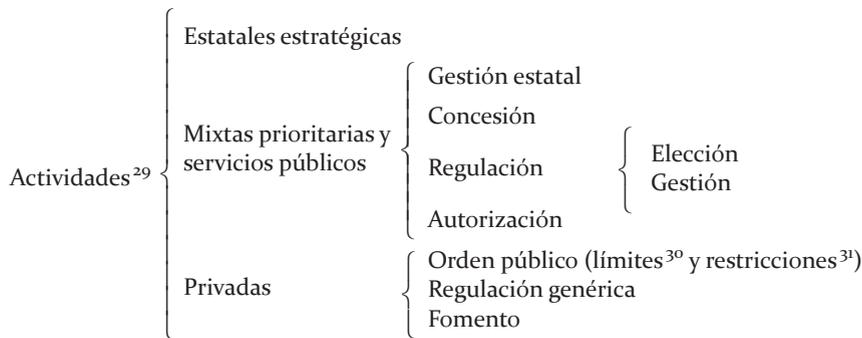
En la propia Constitución se dispone que la libertad de trabajo o de empresa tenga previstos límites que se reflejan e inciden también en la libre concurrencia, y son:

- Prohibición de monopolios, privilegios y exenciones fiscales que generen privilegios y atenten a la libre concurrencia (28).
- Precio máximo y abasto suficiente de bienes de consumo necesario y otros básicos para la economía nacional(28).
- Áreas estratégicas y banco central donde exclusivamente participa el Estado (28).
- Áreas prioritarias, servicios públicos asequibles mediante concesión o autorización especial y con una regulación muy estricta e intensa (28).

- Propiedad intelectual que otorga prerrogativas a inventores, autores, titulares de marcas, etcétera, para explotar por un tiempo los derechos patrimoniales (28).
- Sustentabilidad en el desarrollo (4 y 25).
- Orden público en general y derechos sociales tendentes a la igualdad (5 y 28).

La catalogación de las actividades económicas que se deduce de la Constitución es como sigue:

- Estatales por ser las estratégicas.
- Mixtas, son las prioritarias y los servicios públicos, en principio de la titularidad del Estado, pero que pueden ser concesionadas e intensamente reguladas.
- Privadas, donde cualquier particular puede participar con libertad de acceso, sujetas a regulación genérica por razones de orden público y de fomento.



<sup>29</sup> Quedan, *prima facie*, excluidas las funciones de policía o de Derecho público aunque la zona gris se extiende, ciertas funciones de fiscalización, otrora del exclusivo resorte incumbencia de las autoridades, ahora se concesionan, es el caso del control fiscal en España y del reconocimiento aduanero en México, etcétera.

<sup>30</sup> Internos.

<sup>31</sup> Externas.

Estas ideas se concretan en el cuadro siguiente:

		Actividades estratégicas 25-4 y 28-4 <sup>32</sup>
		Actividades prioritarias 25-5 <sup>33</sup> Servicios públicos (actividades económicas) 28-10 y 11 <sup>34</sup>
Libre mercado bienes y servicios al público	Prohibiciones	Titularidad pública 25
		Delito e ilícito 5
	Restricciones	Afecta libre concurrencia 28
		Ofensa derechos sociedad 5
	Modalidades	Dicte interés público 25-6
	Regulación	Interés general 25-2
Fomento		
Precio y abasto		

## VI. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS

La actividad económica y, más concretamente, la eficiencia de los mercados son instrumentos para el desarrollo que, a su vez, es un medio para lograr la dignidad, plenitud y funcionalidad de todos los intereses de las personas en materia de bienestar.

Por tanto, la actividad política, económica y jurisdiccional del Estado, al momento de tomar decisiones o verificarlas, debe darse a partir de los objetivos y referentes siguientes:

<sup>32</sup> De la exclusiva titularidad y gestión por el Estado a través del denominado sector público.

<sup>33</sup> Son propias del Estado pero puede concesionar o autorizar a los sectores privado y social para que las ejerzan o participando con el sector público.

<sup>34</sup> El servicio público es una "pars" de la actividad administrativa, básicamente industrial o comercial, actividad o función del poder político mediante la cual se tiende a alcanzar cometidos o funciones del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social; actividades que si bien no son necesarias al ser del Estado, sino de mera "utilidad", resultan indispensables para la "buena vida en común". Pueden ser concesionables a particulares.

- *Ideología política y social*, basada en los valores y los criterios de dignidad, bienestar, moral pública y desarrollo.
- *Política económica*. Esencialmente son directrices donde predomina o rige la discrecionalidad y creatividad de los actores políticos, conducente a obtener los máximos u óptimos posibles de eficiencia en cada época, sobre todo por razones de oportunidad y poca previsibilidad de las variables que convergen e interactúan, por lo que, en la práctica, no es controlable ni judicializable conforme a reglas o parámetros convencionales respecto a su desempeño en cuanto a los procedimientos y méritos.<sup>35</sup>
- *Política de competencia*. Rigen criterios económicos y sociales conducentes a la productividad, desarrollo y eficiencia de agentes económicos, pero también confluyen fines redistributivos en favor de la sociedad.

Los problemas y casos críticos surgen por excesos legalistas y formalistas que desatienden la ponderación de los principios y descuidan la obtención de las mejores consecuencias. Se dan también los abusos —tanto de agentes económicos como de las autoridades— derivados de “*econotrucos*” y la imposición de modelos teóricos a veces absurdos.

La mejor solución, en la práctica, consiste en aplicar la *rule of reason*<sup>36</sup> que pretende conciliar y mediar entre la

---

<sup>35</sup> Entendiendo por ello la ideología, los valores, principios y directrices en que se desdobra y son elementos estructurales. Es una estrategia, actitud, manejo, régimen a partir de esos grandes derroteros. Prueba de ello son las facultades legislativas y normativas que se confieren al Ejecutivo en el artículo 131 constitucional y en la Ley de comercio exterior, así como la amplia facultad para contraer oportunos compromisos vía tratados y acuerdos, formando parte del denominado derecho y orden jurídico nacional. La idea es dejar un espacio donde se puedan asumir decisiones estratégicas al margen de formalidades y largos procedimientos parlamentarios que responden tarde a la dinámica de los mercados.

<sup>36</sup> Aunque una conducta produzca un efecto restrictivo de la competencia, si éste va acompañado por otro procompetitivo de mayor magnitud, la posibilidad de que finalmente prevalezca este último efecto neto procompetitivo permite considerar tal conducta compatible con la regulación *antitrust*.

- Eficiencia de empresas, el mercado y la competencia, sin desatender el
- Interés social y especialmente el de los consumidores y personas con menor poder adquisitivo o una posición más débil o precaria.

Otro problema puede ser que una empresa socialmente responsable y con alto grado de eficiencia y rentabilidad sea elegida por los órganos políticos para imponerle financiar gastos sociales, esto es, aprovecharse o abusar de su potencialidad y, si eso sucede, desalentará esas actitudes plausibles y cívicas.

Una política de fomento a ultranza en favor tan sólo de pequeñas y medianas empresas, así como de ayudas desproporcionadas o asimétricas, obstaculizará el crecimiento y desarrollo de las grandes.<sup>37</sup>

- *Derecho de defensa de la competencia.* Consiste en normas de derecho duro y puro.

Pero, aun en este contexto, tales reglas se sustentan en dos sistemas: uno de prohibición con finalidades esencialmente restrictivas y punitivas, donde prevalecen ciertas prohibiciones denominadas *per se*; y otro de abuso, donde el poder sustancial, apenas cuando se ejerce de manera injustificada y sin algún beneficio colateral que lo legitime, es sancionado; caso este último difícil de argumentar y más aún de evaluar con referentes jurídico formales.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Durante años se satanizó a las empresas con poder sustancial y se les imponía una serie de límites e, incluso, eran sospechosas, *prima facie*, de prácticas anticompetitivas y abusivas. La tendencia se revierte en las decisiones de tribunales norteamericanos y europeos donde el abuso del poder sustancial debe ser efectivamente acreditado y no imputado “sólo por sospechosismo”. Todo esto con el fin de promover y fomentar también la eficiencia y el crecimiento de los mercados y la economía nacional.

<sup>38</sup> La Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 9, prevé las prácticas absolutas que no ameritan ponderaciones; en cambio, las prácticas relativas previstas en el numeral 10 y las concentraciones en el 18 son casos donde debe ponderarse si hay abuso en el dominio del mercado y que no haya efectos colaterales o

Como resultado de esta bivalencia de sistemas surgen extremos de interpretación literal y estrictos procedimientos que parecen ser hasta ritualistas, pero también sucede que otros casos son resueltos con gran discrecionalidad, flexibilidad y sentido práctico, en razón de los conceptos jurídicos indeterminados, las directrices y principios que prevalecen y deben primar, característicos en la disciplina.

Por supuesto que estas amplias facultades pueden ser utilizadas, en ocasiones, sin una adecuada ponderación y argumentación, conduciendo a un clima de poca seguridad y confianza. Parece ser que aún no se ha conseguido rija el método *ceteris paribus* para la solución de los casos difíciles y todo queda en manos de tribunales prudentes e inteligentes que artísticamente apliquen la *rule of reason*,<sup>39</sup> donde es preciso invocar y atender a los valores, principios y directrices constitucionales.

---

externalidades que privilegien la eficiencia o situación de los consumidores, eventos en que las ilegalidades se pueden, válidamente, legitimar.

<sup>39</sup> Doctrina y metodología judicial que analiza ciertos abusos de poder de mercado u otras prácticas restrictivas de la competencia según las características especiales del mercado en que se desarrollan, evaluando los daños que produce a la par de los beneficios procompetitivos o de eficiencia que la práctica puede implicar y la elección de las mejores alternativas que coadyuven a optimizar resultados.

La regla de la razón es una tentativa de establecer un marco flexible para analizar la variedad casi infinita de posibles barreras o restricciones, no *per se*, en una variedad igualmente infinita de contextos posibles del mercado, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Balancear o ponderar ventajas y perjuicios, caso a caso o por categorías.

El tribunal ha de tener en cuenta normalmente los hechos concretos del asunto en que se produjo la práctica restrictiva, su situación antes y después de que la restricción tuviera lugar, la naturaleza de la práctica restrictiva y su efecto real y probable. Los antecedentes de la práctica restrictiva, el daño que se supone que causó, la intención o el objeto buscado con la misma, son todos hechos relevantes. Y esto no es así porque una buena intención absolverá una práctica otrora condenable, o al revés, sino porque el conocimiento de la intención ayudará al tribunal a interpretar los hechos y a predecir las consecuencias. Juez Brandeis en “Chicago Board of Trade versus United States”, 246 U.S. 1918. Soriano García, José Eugenio, *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albortiana 1993, p. 15

Caso emblemático en el derecho estadounidense: Un agente fija a sus distribuidores o agencias un precio fijo o mínimo con lo que elimina la competitividad en

Al fin y al cabo, el Derecho de la Competencia no es tanto de justicia sino más bien una «policía de mercados» que responde a la concepción política de la economía que haya de fondo y se ajusta a la visión política de la economía que se quiera promover en una cierta época o tendencia política.<sup>40</sup>

- *Excepciones a prohibiciones*, especialmente fundadas por la aplicación de la *rule of reason* ante una insuficiencia práctica de regulación y la enorme cantidad de principios, consecuencias y valores que deben tutelarse y hacer que funcionen de la mejor manera en ambientes de tensión.

En resumidas cuentas, es patente la diversidad y complejidad de variables y elementos evaluatorios que, con una buena intención de flexibilizar y hacer más justas y equitativas las decisiones, al final trascienden en un clima de ambigüedad y poca certidumbre.

El siguiente esquema muestra la posición y contexto en el que se da y opera el derecho de defensa de la competencia, o *antitrust*, a manera de círculos concéntricos, ilustrativos de una jerarquía y una relación de causa efecto.



precios pero, en cambio, los incentiva a ser competitivos en proporcionar el mejor servicio, atención a cliente, disposición de partes, etcétera, lo cual es más conveniente, eficiente y redituable para los consumidores, por lo que se legitima la restricción ante el mayor peso del beneficio procompetitivo en favor de los consumidores.

<sup>40</sup> [http://www.cinco dias.com/articulo/opinion/dimension/mercado/frente/competencia/cdscdi/20070402cdscdiopi\\_6/Tes/](http://www.cinco dias.com/articulo/opinion/dimension/mercado/frente/competencia/cdscdi/20070402cdscdiopi_6/Tes/).

El fin de la política económica<sup>41</sup> es la mejora de la economía nacional y, finalmente, de la población a través de medios indirectos que facilitan o hacen posible la competencia, cuyas metas son, principalmente:

- Efectos de la eficiencia
- Distribución de la riqueza
- Mejora del desarrollo tecnológico
- Bienestar de los consumidores (Ginebra, 2001: p. 5).



Los mercados<sup>43</sup> entendidos como el ámbito en que coinciden: a) demandantes y b) oferentes de mercancías y servicios para intercambiarlos de manera libre y voluntaria,<sup>44</sup> requieren para su funcionamiento de:

- acceso libre al mercado, libre concurrencia de agentes (oferentes y demandantes) sin barreras que obstaculicen,
- derechos de propiedad<sup>45</sup> reconocidos y tutelados por los tribunales en caso de convenciones incumplidas, e
- información pertinente para una plena participación.

<sup>41</sup> De la que forma parte y es dependiente se tiene a la política de competencia como una parte de la económica.

<sup>42</sup> Esta expresión viene a ser muy relativa y variable en la medida en que las decisiones de política influyen en el contenido, sentido e interpretación, oportunista y “temporalera” de las reglas jurídicas que deben cooperar y no estorbar a los fines y planes nacionales; de ahí, una de las razones que la *rule of reason* tenga una marcada y definitiva superioridad sobre criterios formalistas basados en la *rule of law*

<sup>43</sup> Conjunto de reglas e instituciones que orientan, rigen, controlan y reparan las conductas humanas de los agentes, para hacer posible de la manera más eficiente los intercambios conducentes a la mejora de personas.

<sup>44</sup> El resultado es que ambos ganan en tanto que para cada uno el bien que adquiere representa una utilidad marginal mayor que la del bien que poseía antes del intercambio.

<sup>45</sup> Implica que estén reconocidos institucionalmente con reglas, y su funcionalidad y flujos, garantizados por tribunales. Lo importante no es sólo considerar qué ES la propiedad sino cuáles deben ser los EFECTOS y CONSECUENCIAS y qué tanto SE CUMPLEN éstos. ¿Realmente se da seguridad para la inversión, el ahorro y el fomento

Para alcanzar los fines que un modelo económico de libre mercado requiere, son imprescindibles los instrumentos jurídicos que definan reglas y garanticen su funcionalidad. La síntesis de esos fines es:

Derecho adecuado para	$\left\{ \begin{array}{l} \text{Eficiencia de agentes} \\ \text{Competencia} \end{array} \right.$	Optimalidad (Pareto)
		Mercado eficiente

Los Estados, y más concretamente los gobiernos, en lo concerniente a su política respecto a la competencia, deben obrar en dos direcciones que, en ocasiones, pueden parecer opuestas y hasta contradictorias, propias de un dilema, pero que en realidad son complementarias en relación con la concurrencia, en los siguientes términos:

Competencia	$\left\{ \begin{array}{l} \text{Promover} \\ \\ \text{Control} \end{array} \right.$	Desarrollo
		Libertad (objetivo haya más ricos) <sup>46</sup>
		Igualdad (objetivo haya menos pobres y diferencias) <sup>47</sup>
		Indebida competencia
		Fallos de mercado
		Barreras y abusos en exclusividad <sup>48</sup>

a los emprendedores? ¿Es práctica y útil la regulación y su aplicación por operadores y, especialmente, tribunales?

<sup>46</sup> Son las ideas de la Escuela de Chicago, de la que es un ilustre representante Richard Posner. Para los seguidores de esta escuela, lo importante es que el pastel sea lo más grande posible, y todo lo que coadyuve al desarrollo y crecimiento es justificado.

<sup>47</sup> Son las tendencias europeas y norteamericanas más recientes y de carácter social cuyo objetivo es el crecimiento pero como un medio para un más equitativo reparto. Parece ser que ésta es la ideología que permea en la Constitución mexicana. No es un objetivo ni un fin de los mercados sino de la política social que se impone y matiza como expresión de moral pública a la actividad económica y social

<sup>48</sup> Para Engels y Marx, el Derecho igualitario es de corte burgués y es parte de un Estado que resulta ser un instrumento de dominación de clase que impide la circulación e intercambio de bienes y el reparto de la riqueza en tanto es la patente o título en que se escudan los capitalistas para someter y mantener en pobreza al proletariado. En el otro extremo, para Foucault, el Derecho, y especialmente los trámites que

## VII. DERECHO DE LAS EMPRESAS

El Derecho mercantil resulta ya insuficiente para comprender y abarcar el conjunto variopinto de principios y reglas que los comerciantes deben cumplir y a los que están sujetos.

Actualmente, el Derecho mercantil ha iniciado una muy importante evolución y está pasando a ser un Derecho del mercado. Esta evolución se manifiesta en que: a) el régimen de los profesionales liberales, forma en que se organizan y actúan, los aproxima significativamente a los empresarios; b) irrumpe la figura del consumidor con normas que lo tutelan; c) coexisten normas públicas y privadas, lo que da lugar a un Derecho mixto que establece las reglas del mercado, aspectos institucionales de los operadores económicos e instrumentos jurídicos del tráfico —contratos, títulos-valores, etcétera— (Uría, 2006: p. 42-43).

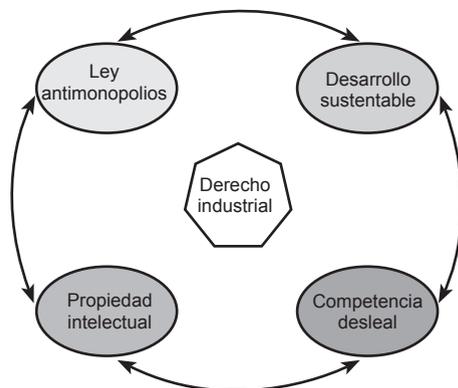
En efecto, las empresas deben incorporar y adecuar sus estructuras, políticas, conductas y transacciones privadas<sup>49</sup> a un cada día mayor conjunto de disposiciones de orden público, aceptando y sometién-dose al Derecho de la competencia, de la propiedad intelectual, protección a consumidores, medio ambiente, policía financiera, bursátil y muchas más.

De momento centramos la atención en el siguiente esquema:

---

naturalmente derivan —conducentes las más de las veces a una regulación excesiva— constituyen un instrumento de dominación de la burocracia en el interior de la sociedad a través y por medio del Derecho. Así llegamos al Estado de Derecho o de derechos y la pregunta es ¿El derecho de quién?, del más fuerte o del más organizado y eficiente. El supercapitalismo, parece, nos conduce a un imperialismo económico “legitimado” en el Derecho.

<sup>49</sup> La autonomía de la voluntad como ley suprema de los contratos es ahora matizada y redefinida por las normas que, en beneficio de terceros y de intereses sociales y nacionales, los particulares deben acatar, y por reglas a las cuales resultan vinculados.



### VIII. LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA EFECTIVA

La política de competencia, en general, tiene como fines la concurrencia como un medio para conseguir eficiencia en los mercados y desarrollo económico, conducente a la mejoría de las condiciones y bienestar de los consumidores, con más abasto, menores precios, más calidad y servicio, y más fuentes de empleo.

Es pertinente diferenciar: a) la pluralidad y concurrencia de agentes económicos, con un enfoque marcadamente estructural, de b) la competencia que tiene una expresión funcional.

La concurrencia implica, en términos ideales, disponer de una pluralidad de empresas que rivalicen con actitud antagónica,<sup>50</sup> ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas para obtener la mayor cuota de mercado posible, en un contexto plural de consumidores o adquirentes (Ginebra, 2001: p. 1-3).

Para conseguir el objetivo citado es indispensable eliminar o reducir a su mínima expresión las barreras que obstaculicen o dificulten la entrada de nuevos competidores y fomentar un flujo de información sobre el comportamiento y características de los mercados, así como

<sup>50</sup> No existe responsabilidad en tanto las conductas sean conformes a reglas de lealtad, aunque se cause perjuicio a otras empresas e incluso la expulsión del mercado.

conseguir que los derechos de propiedad sean reconocidos y tutelados para que sean eficientes.

Fundamentan a la institución los principios de

- Mercado abierto,
- Autonomía de la estrategia empresarial y
- Soberanía del consumidor.

En cambio, la competencia tiene una vocación funcional y práctica, donde es crucial buscar, en cada caso y época, la máxima eficiencia<sup>51</sup> en el uso, explotación y aprovechamiento de recursos escasos para conseguir el máximo posible de satisfactores que reditúen en mejoría para la sociedad.

Conseguir la competencia puede resultar arduo, especialmente en sectores económicos donde existen monopolios naturales o economías de escala, supuestos en que no es posible la pluralidad de agentes.

En esos casos, el Derecho, en una vertiente económica, juega un papel crucial, ya que será entonces por medio de regulaciones que se intentará minimizar o evitar los abusos de una posición dominante.

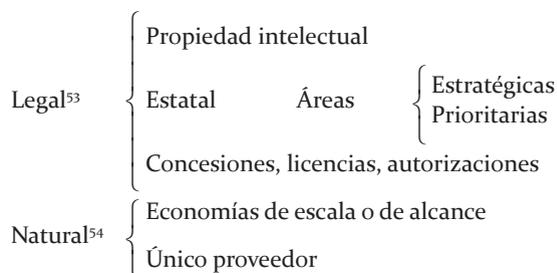
Surge así el concepto real de competencia efectiva, o *workable competition*, tendente a la máxima eficacia, lo que se obtiene cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o producción; en cambio, responden a la demanda o hacen participar a los consumidores en los beneficios del progreso técnico y económico que su especial posición en el mercado les permite obtener.

Cabe mencionar que los monopolios<sup>52</sup> están previstos y autorizados por el orden jurídico, no así los abusos de su comportamiento desleal y sólo especulativo. Como clases, existen las siguientes:

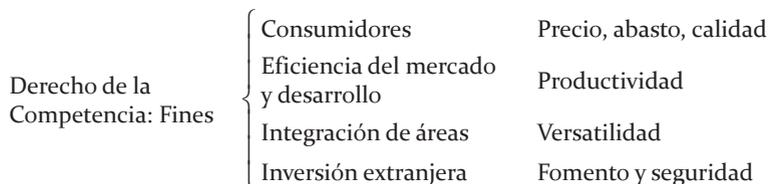
---

<sup>51</sup> En términos generales es producir u obtener lo máximo con el mínimo costo y puede ser en vertientes tales como productiva y técnica, asignativa de recursos productivos de la sociedad y distributiva a todos los sectores sociales.

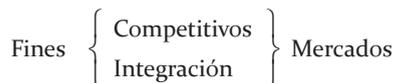
<sup>52</sup> Entendidos como un solo oferente o un número muy reducido y exclusivo, no con enfoque peyorativo.



Los fines del Derecho de defensa de la competencia son variados pero, de momento, baste tomar en cuenta los siguientes:



Estos mismos fines también se pueden ver desde la óptica de



El o los derechos de propiedad (especialmente intelectual, con la peculiar problemática que se da por las tensiones entre el acceso y los incentivos) tienen como vocación y propósito asignar la explotación de bienes en provecho de una persona y con exclusión de los demás (oponible *erga omnes*), lo que conduce a una determinada y concreta exclusividad. Para evitar abusos, el artículo 27, párrafo tercero, constitucional faculta al Estado para imponer las medidas que el interés

<sup>53</sup> La entrada al mercado está restringida por la concesión de una franquicia pública, licencia gubernamental, patente o derecho de autor.

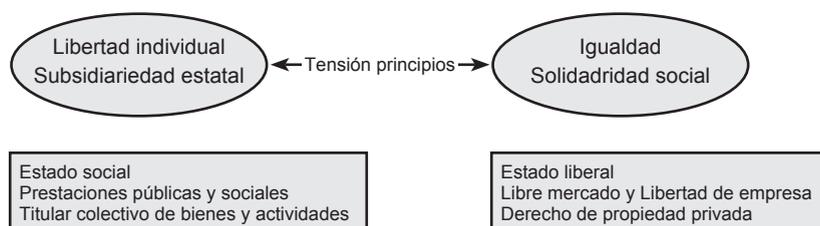
<sup>54</sup> Una empresa puede abastecer a todo el mercado a un precio más bajo que dos o más empresas.

social aconseje. Los abusos que se puedan dar en el ejercicio del derecho de la propiedad serán pauta de los monopolios, sean naturales o legales.

## IX. REGULACIÓN MULTIPRINCIPIOS

La ideología, políticas y práctica de la actual regulación económico-social se dan en un contexto o variante ecléctica y de tensiones entre las originales posiciones radicales del liberalismo y del socialismo.

En principio hay las grandes tendencias antitéticas que se van matizando, relativizando y compartiendo fortalezas y debilidades, ventajas y desventajas, en un proceso de ponderación, simbiosis y sinergia, cambiante, evolutivo y reactivo, pertinente a las necesidades, retos y problemas de la economía y la política; sólo que antes eran locales y sectoriales, y ahora atienden a una globalización. Los extremos aparecen en el esquema siguiente:



En Europa hay una tercera vía que implica una ideología y política ecléctica entre las tendencias liberales y socialistas, con el resultado y ambiente plural donde la derecha ya no lo es tanto igual que la izquierda tampoco; tienen ahora posturas más cercanas entre sí, menos radicales.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Comenta Ariño (1993: p. 12 y 17), la izquierda en España se ha "derechizado". Se han superado posturas maniqueas como el engaño de la utopía socialista enfrentada con el error de la locura liberal.

*Le coeur à gauche mais à droit la poche*<sup>56</sup> parece ser la tendencia de la actual izquierda europea. Existe ahora un *common ground* (un terreno común), donde hay más razones y menos pasiones. Es así que el socialismo europeo ha tenido que replantearse muchos de sus postulados, así como también el neoliberalismo que, si bien ha ganado nominalmente la batalla e inspira, en lo fundamental, las políticas tanto del mundo occidental como las más exitosas de oriente, es objeto de críticas muy serias y de matizaciones que cada día apuestan más por modelos híbridos.

Sin embargo, lo que parece indiscutible e infrenable es que la tendencia globalizadora mundial boicotea y erosiona las alternativas sociales tendentes a la igualdad, desarrollo y dignidad de las personas, y, en cambio, retorna triunfante el paleo-capitalismo, ahora más como un capitalismo salvaje que sólo tiene ojos para la especulación, trascendiendo en desigualdades e injusticias que, por lo menos en Europa, estaba en vías de irse superando.

Así, un elemento concentrador, ponderador, unificador, conciliador y comprensivo de intereses en tensión —incluyendo, por supuesto, los dos grandes vectores que dan razón de ser a la regulación económica: la protección de los derechos y el desarrollo— viene a ser el “interés general”. Éste es entendido como un concepto jurídico indeterminado que aglutina y concede justa dimensión y funcionalidad, en cada caso concreto, a los variados intereses, valores, principios, reglas, etcétera, que interactúan en sinergia con la particularidad que los concreta, ajustando a la autoridad y expandiendo el desarrollo económico y social.

En consecuencia, la autoridad y los agentes económicos deben cooperar en hallar o construir las fórmulas que realicen, en la mayor medida posible, el interés general.

En México, a nivel constitucional, la actividad económica y el libre mercado se prevén, especialmente, en el artículo 28.<sup>57</sup> Sin embargo, la

---

<sup>56</sup> El corazón a la izquierda pero la bolsa a la derecha.

<sup>57</sup> La Ley Federal para Competencia Económica dispone que es reglamentaria sólo del artículo 28 constitucional, pero, en realidad, lo es de muchas más disposiciones que se complementan y actúan en sinergia.

dinámica de este precepto no es simple, en tanto que interactúa con varios dispositivos más como son el 5, 16, 25 y 27, entre otros, que determinan el contexto general del régimen de libre concurrencia en los mercados y establecen los elementos básicos de seguridad y de sujeción a legalidad. Ante esta multiplicidad de regulaciones y tutelas, parece ser que la actividad de los agentes económicos en los mercados y la intervención o abstención de actuar de las autoridades es algo que dependerá de los casos concretos.

Una mención especial debe hacerse a la materia de propiedad intelectual que, si bien se inscribe en la *ratio essendi* del artículo 28 constitucional, es una excepción limítrofe a la libre concurrencia; es más, constituye un monopolio<sup>58</sup> legal. Su justificación se pretende fundar en la eficiencia de los agentes económicos<sup>59</sup> en razón y para el efecto de posibilitar conseguir mejores condiciones de crecimiento económico, I+D —inversión y desarrollo— entendido como requisito para asegurar e incrementar el abasto, calidad y los precios más bajos en favor y provecho de los consumidores.<sup>60</sup>

A fin de cuentas tenemos que el resultado terminal se obtiene a partir de un proceso de ponderación y en una relación de sinergia de múltiples principios y directrices que, incluso, impactan o derrotan<sup>61</sup> a las normas en forma de regla que aparecen previstas en leyes

---

<sup>58</sup> Esta calificación no es pacífica; para algunos tiene ese alcance, para otros es apenas una limitación a una cierta actividad, pero en ciertos casos puede llegar a conceptuarse como anticompetitiva.

<sup>59</sup> Los inventores y autores, sean personas físicas o empresas, son los sujetos privilegiados.

<sup>60</sup> En el artículo 28, el bien tutelado principal es el bienestar y las mejores condiciones para los consumidores, lo que requiere como instrumento de un mercado libre pero como límite se inscribe la propiedad intelectual cuyo objetivo es la solvencia, protección y fomento a la actividad inventiva. El *quid* es que los abusos o excesos en este objetivo, por supuesto que inciden y pueden afectar a los intereses de los consumidores. Las leyes, directrices y su aplicación por autoridades administrativas y tribunales deben de cuidar la ponderación de todos estos intereses y que sea óptimo su aprovechamiento en conjunto.

<sup>61</sup> La derrotabilidad normativa es un concepto que surge de la interpretación hermenéutica y principalista de los órdenes jurídicos donde los valores, principios y directrices que inspiran a la política, al ser jerárquicamente preferentes a los mandatos previstos en reglas, las determinan e influyen y hasta conducen a una interpretación

reglamentarias. Muchas de ellas, a su vez, tienen la estructura de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que se impone y requiere de una interpretación principalista y consecuencialista en virtud de hechos o circunstancias de casos concretos.<sup>62</sup>

En el Derecho español, comenta Urrutia (1994: p. 192-194), se advierten declaraciones sustantivas incompatibles. Así, en el preámbulo, la Constitución garantiza un orden económico justo, lo que él traduce en *equidad*, pero que contrasta frente a la obligación de promover el progreso de la economía, para lo cual, la *eficiencia* es imprescindible. Con este ejemplo pone de relieve que los objetivos prescritos, las más de las veces, entran en tensión.

Este mismo conflicto vuelve a presentarse en el artículo 131 constitucional, al prever como uno de los propósitos de la planificación, *estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución*; aspiraciones que tampoco marchan en paralelo.<sup>63</sup> Por estas razones y otras más, afirma Urrutia, que los aspectos económico-sustantivos, previstos en la Constitución, son inconsistentes e incompatibles, sin que puedan satisfacerse simultáneamente. Concluye que la abundancia de aspectos sustantivos determina que la pretendida estabilidad y concurrencia se consiga al precio de la inoperancia y, si ese es el resultado, ¿cuál es la razón de su previsión legislativa?<sup>64</sup>

---

conforme con aquéllos; incluso pueden concretar una corrección en el mero sentido que se deduce de una simple interpretación literal y aislada de los textos.

<sup>62</sup> Recientemente la SCJN ha reiterado esta interpretación principalista que derrota a la literal o de las reglas de manera aislada, reconociendo que el orden jurídico es un ejercicio armónico, derivado de la interacción de varios postulados esenciales, principios rectores y valores democráticos, primando sobre preceptos aislados y discordantes del sistema en razón de obtener los objetivos esenciales o preferentes sobre la base de consistencia lógica de los principios que inspiran al sistema. P. XXXVII/2006, 2ª/J. 67/2006, 1ª. CLXXIX/2006.

<sup>63</sup> Los objetivos y metas de desarrollo de la renta y riqueza, en muchas ocasiones, pueden ser rivales furibundos de la igualdad y del bienestar social que van implícitos en la justa distribución.

<sup>64</sup> Como respuesta a esta problemática y aparente contrariedad, los tribunales constitucionales europeos han ensayado con éxito un método y teoría de ponderación, basado en la proporcionalidad de los principios o derechos fundamentales en tensión que se resuelve en casos concretos con soluciones originales, *ad hoc* y pragmáticas,

## X. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL POR LA SCJN

Como punto de partida del análisis aparece que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 2617/96 promovido por Grupo Warner Lambert México, sociedad anónima de capital variable, en sesión del 15 de mayo de 2000, se pronunció respecto de la materia de los monopolios a partir de la interpretación del artículo 28 constitucional.

Sobre el particular estableció que la prohibición constitucional de los monopolios no sólo se orientaba a tutelar las libertades individuales de contratación, comercio y trabajo, sino además a proteger el interés de la sociedad que podía verse afectado por la realización de prácticas monopólicas.

Igualmente sostuvo que la prohibición no se constreñía a prohibir la explotación exclusiva de cierta área de la industria o del comercio, sino también a proscribir cualquier práctica que afectase el sistema de libre concurrencia de manera que incidiera en las condiciones de precio y calidad de los productos en el mercado.

Así se desprende del fragmento de la ejecutoria que dice:

El artículo 28 de la Ley Fundamental, en la parte que interesa, encuentra su antecedente inmediato en el artículo correlativo de la Constitución del año de mil ochocientos cincuenta y siete, que decía:

“ARTÍCULO 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”.

Este texto, al cual se atribuyó en su momento una ideología puramente liberal, en cuyos términos la prohibición de establecer monopolios no era sino un mecanismo alternativo de protección de la libertad individual en materias de comercio, trabajo y contratación, ya consagrada en los en-

---

buscando hallar o construir la óptima para casos particulares; esto es evolucionar a una justicia pretoriana fundada y que persigue la equidad.

tonces artículos 4º y 5º como uno de los postulados fundamentales del sistema de los derechos fundamentales del hombre, fue recogido y adoptado, con un sentido orientado más hacia la protección del núcleo social y del interés general por el redactor de la Constitución del año de mil novecientos dieciséis, para quedar así:

“ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos, radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concederán a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

“En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

“No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

“Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata”.

De estas disposiciones se sigue que mientras el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete concibió a los monopolios como una práctica atentatoria fundamentalmente de la libertad individual en la materia económica, el Constituyente de mil novecientos diecisiete los prohibió no sólo por ser contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino también en cuanto constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido.

La doble dimensión individual-social de la prohibición de los monopolios y figuras afines se halla reflejada tanto en los textos legales producidos en la materia —Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, expedida el veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y en vigor hasta el veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres en que fue derogada por la ley reclamada— como en la interpretación jurisprudencial elaborada por este alto tribunal a propósito del artículo 28.

Es de interés en este punto transcribir algunos textos legales que en su momento pormenorizaron el mandato constitucional y diversas tesis de este alto tribunal a guisa de ejemplo:

#### LEY ORGÁNICA DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE MONOPOLIOS.

“ARTÍCULO 1º. En los términos del artículo 28 de la Constitución, se prohíbe la existencia de monopolios y estancos, así como los actos que tiendan a evitar la libre concurrencia de la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios, y los acuerdos, combinaciones o prácticas de cualquier naturaleza que celebren los productores, industriales, comerciantes o empresarios, para evitar la competencia entre sí o para desplazar a terceros del mercado, o imponer los precios de los artículos o las tarifas de los servicios de manera arbitraria”.

“ARTÍCULO 3º. Para los efectos de la presente ley se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permitan a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

“ARTÍCULO 5º. Se presumirán tendientes al monopolio:

La venta de artículos o la prestación de servicios a menos del costo de producción, a no ser que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias...

La importación de aquellas mercancías que por las condiciones en que se produzcan, puedan venderse en el país a base de concurrencia desleal;

La destrucción voluntaria de productos hecha por productores o comerciantes sin autorización del Ejecutivo Federal, cuando pueda producir escasez o alza en los precios;

Los sistemas comerciales de venta por medio de sorteos, sin autorización del Ejecutivo Federal, de acuerdo con los reglamentos de la presente ley;

El ofrecimiento o entrega al consumidor de vales, cupones, contraseñas u objetos similares que den derecho a una cantidad de dinero o efectos así como el ofrecimiento, entrega o prestación de cualquier objeto, servicio o estímulo adicional, sin autorización del Ejecutivo Federal y sin sujetarse a lo dispuesto por los reglamentos de esta ley;

La destrucción de empaques y envases de los competidores;

La realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir una ventaja exclusiva indebida en favor de una o varias personas determinadas;

Los demás considerados como tales por otras leyes o disposiciones reglamentarias”.

“ARTÍCULO 21. Los actos que tiendan a la constitución de monopolios o que atenten contra la libre concurrencia se sancionarán administrativamente con las multas establecidas para el caso de monopolio, reducidas en un cincuenta por ciento. Estas multas podrán duplicarse en caso de reincidencia”.

“MONOPOLIOS. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industrial o comercial y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores el Decreto de 30 de agosto de 1927 que establece la bonificación del impuesto del 13% en favor de los industriales que acepten las tarifas de la Convención Industrial Obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional.” (Apéndice al Tomo xxxvi del *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, pág. 950).

“MONOPOLIOS. El artículo 28 constitucional, aun cuando comienza por establecer, en términos concretos, la prohibición de que en la República existan monopolios, no se ocupa exclusivamente de éstos, en el sentido estricto de la palabra, esto es, entendiéndolo como monopolio la concentración en una persona o corporación, de determinada rama del comercio o de la industria, sino que teniendo en cuenta que la mayor parte de los economistas juzgan que hay monopolios, no solamente en esos casos de concentración individual, sino en muchas actividades económicas en las que, si bien no falta en absoluto la concurrencia, ésta sólo puede existir de una manera limitada, en perjuicio del bien general, dicta prevenciones encaminadas a combatir esas actividades de monopolio parcial.” (Tomo XL del citado *Semanario*, Quinta Época, pág. 3477).

“COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA. Para establecer si el Estado puede, de acuerdo con la Constitución, poner limitaciones a la libre concurrencia, hay que estudiar si dicha Constitución autoriza al Estado para dirigir la economía del país y defender los derechos de la sociedad, en contra de las maniobras de los industriales y comerciantes, o si está obligado a permanecer inactivo en estos casos, de acuerdo con el principio de la libre concurrencia. El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de “dejar hacer”, prohíbe al Estado toda intervención en la industria y en el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extremada libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que alega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del País. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de “dejar hacer”; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: ‘En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades

perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social". Para cumplir con el deber que el artículo 28 impone a las autoridades, fueron promulgadas las Leyes Orgánicas y Reglamentaria del citado artículo 28 y de acuerdo con sus preceptos, se hizo el Reglamento de la Industria del Pan; por consecuencia, la aplicación del decreto que fió el requisito de distancia que debe mediar de una panadería a otra, no es violatoria de garantía individual alguna." (Tomo XLV del citado *Semanario*, Quinta Época, pág. 1978).

La tarea interpretativa desarrollada en esta materia revela que el concepto constitucional de monopolio, desde su elaboración original, no debía entenderse de manera estricta, a modo de designar únicamente el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, sino que debía designarse con él a las prácticas, acuerdos y procedimientos descritos por el propio Constituyente en el segundo párrafo del numeral en examen, cuando prohibía cualquier acto que en general evitara la libre concurrencia o constituyera una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas con perjuicio del pueblo en general o de una clase social. Siendo tal la interpretación que correspondió al texto original del artículo 28, resulta claro que su reforma por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, única producida en la parte de interés, no vino sino a desarrollar, en el lenguaje constitucional, los conceptos que de suyo se consideraban comprendidos en el término de monopolio y así se deduce, precisamente, de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva, que en lo conducente expresa:

“El artículo 28 se reforma y adiciona de acuerdo con la filosofía y los principios que se establecen en el artículo 25 que, a su vez, son correspondientes con la filosofía de todo el texto constitucional. Esta reforma ha

sido planteada como necesaria para actualizarlo y hacerlo consistente en su orientación.

El texto vigente del artículo 28 protege fundamentalmente la libertad de industria, comercio y trabajo dentro del marco de una libre competencia que históricamente no se ha dado en nuestro país ni en ninguna otra realidad nacional. Ello no concuerda con la evolución de una economía que, si bien garantiza libertades económicas, está sujeta a relación social bajo la rectoría del estado con estricto apego al principio de legalidad.

“Se introduce ahora el concepto de práctica monopólica, sin quitarle fuerza a la prohibición anterior de los monopolios, para adecuar la regulación de la concentración y los nuevos fenómenos de oligopolio y para evaluar las consecuencias de la acción de las empresas en bienestar de los ciudadanos y de los consumidores.

“No se trata pues de volver a un mundo de productores individuales aislados sino de establecer las bases normativas para regular los efectos nocivos de la acción de las concentraciones económicas y propiciar su fragmentación en todos aquellos casos que resulten perjudiciales para la sociedad, fortaleciendo al mismo tiempo a las medianas y pequeñas empresas, que junto con los consumidores resultan perjudicadas por las prácticas monopólicas.

“De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concertación económica, el poder económico quedaría en unas cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos. Ello generaría condiciones de polarización sin capacidad de transformación social de deficiencias y costos crecientes para la sociedad.

“El país requiere eliminar concertaciones injustificadas en la economía, romper situaciones de monopolio, dar mayores oportunidades a la iniciativa personal de los mexicanos y difundir y multiplicar la propiedad sin dejar de adoptar las formas de organización e incorporación de innovaciones tecnológicas que sean más adecuadas para los propósitos nacionales.

“Se introducen las bases para regular el abasto y los precios, así como para imponer aquellas limitaciones que eviten intermediaciones innecesarias o excesivas que provocan el alza de los precios. Se sientan las bases jurídicas para la vital modernización del comercio interno.

“Se introduce la protección de los consumidores propiciando su organización.

“Se especifican las actividades que tendrá a su cargo el Estado, las cuales no serán sujetas a concesión. Con ello se delimita con precisión el ámbito exclusivo del Sector Público, y los alcances de la participación del Estado.

“Se fundamenta la existencia de instituciones, organismos y empresas que requiere el Estado para su eficaz desempeño en las áreas estratégicas y de carácter prioritario.

“En relación a la reforma que prohíbe la concesión a particulares de los servicios bancarios se mantiene su texto actual.

“Se mantiene la protección a las asociaciones de trabajadores y de cooperativistas así como los autores y artistas para que no estén sujetos a las prohibiciones que rigen para los monopolios.

“Se hace explícito el régimen de concesiones para la prestación de servicios públicos, o la explotación, uso y aprovechamiento de los bienes dominio de la Federación, así como las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios públicos y la utilización social de los bienes dominios de la Federación, y los criterios para evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

“Se sujetan los regímenes de Servicio Público a la Constitución y la ley. Finalmente se fijan normas para reglamentar sobre bases de interés general y social el otorgamiento de subsidios”.

De acuerdo con esta iniciativa, el artículo se reformó en la parte de interés para quedar en la actualidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

...

“Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

...”

La evolución normativa en la materia revela que nuestro sistema constitucional se ha orientado por la prohibición no solamente de los monopolios entendidos en su acepción más estrecha, sino de todos aquellos actos que tiendan a impedir la libre concurrencia en el mercado, por los perjuicios que ello puede causar tanto a los intereses privados de quienes participan en el mismo en las calidades de oferentes o compradores de bienes y servicios, como al interés de la colectividad en general, en la medida en que las restricciones a la libre competencia implican naturalmente perturbaciones en el nivel de precios de los productos, en su calidad y en su comercialización.

Y en otra parte de la ejecutoria reiteró:

El constituyente de 1917 prohibió los monopolios y las prácticas monopólicas, no sólo por considerarlos contrarios a las libertades clásicas de comercio, industria y contratación que habían sido objeto de tutela en la normatividad constitucional desde la consagración del Estado de Derecho, sino porque estimó que constituían un ataque a bienes de la colectividad que debía ser reprimido. La reforma de mil novecientos ochenta y tres al mencionado artículo se basó también en la necesidad de proteger el interés social, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa respectiva que, aunque ya se transcribió anteriormente, conviene reproducirla en lo conducente (...)

En el sentido de estimar al interés general como el bien jurídico tutelado por el artículo 28 Constitucional, se pronunció este Alto Tribunal al emitir la ejecutoria que dio origen a la tesis que quedó transcrita anteriormente con el rubro: “COMERCIO, DERECHO DEL ESTADO PARA ESTABLECER LIMITACIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA” y que en lo que aquí interesa establece:

“El lema de la doctrina económica sostenida por la escuela liberal de “dejar hacer”, prohíbe al Estado toda intervención en la industria y en el comercio, y a eso se llama libre concurrencia; esta extremada libertad conduce al libertinaje y al dominio desleal y absoluto de los grandes capitales, en perjuicio de los pequeños industriales, de los trabajadores y del público en general, lo cual ha traído como consecuencia el enorme desnivel económico y el desproporcionado reparto de la riqueza que se nota en las sociedades actuales. La Constitución de 1917 vino a destruir los principios básicos de la escuela liberal y a sostener teorías contrarias a esa

doctrina, como las contenidas en los artículos 27 y 123; así pues, no es lógico ni congruente sostener que el mismo cuerpo de leyes que alega y destruye los postulados de la doctrina liberal, acepte, en su artículo 28, en toda su extensión, el más individualista de todos los principios liberales, o sea, la libre concurrencia, interpretada en el sentido de prohibición absoluta al Estado para intervenir en la vida económica del País. El origen netamente liberal de los derechos que garantiza el artículo 28 constitucional, puede conducir erróneamente a la conclusión de que en materia de comercio, la Constitución sostiene el principio de “dejar hacer”; pero por la forma en que está redactado dicho precepto, se entiende que más que garantizar a los individuos en particular, trata de proteger a la sociedad y a los derechos de la colectividad y que en vez de impedir la intervención del Estado, la exige, pues en su segundo párrafo dice textualmente: ‘En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; todo acuerdo con fines de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social’”.

Es notable y merece mencionarse con énfasis, el mandato contenido en el segundo párrafo del artículo 28 de la Constitución Federal, en el sentido de castigar “severamente” y “perseguir con eficacia” los monopolios y las prácticas monopólicas, pues en ninguna otra parte de la Constitución se utiliza el término “severamente” que, sin duda, tuvo como objetivo llamar la atención del legislador ordinario de que tales monopolios y prácticas monopólicas fueron consideradas por el Constituyente como graves y requerían para su erradicación y corrección, disposiciones legales que las enfrentaran con rigorismo. Es clara la preocupación del Constituyente por orientar al legislador ordinario acerca de la magnitud que debía de darle a la ley reglamentaria correspondiente.

Con base en los lineamientos del Constituyente, en las exposiciones de motivos de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia

de Monopolios, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y cuatro y de la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el mismo órgano de difusión el veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos, se destaca la necesidad de proteger los intereses sociales.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 1934, en lo que interesa, se expresa:

La orientación general de la nueva ley aparece francamente inspirada en la tendencia a evitar y suprimir todas aquellas situaciones económicas que redundan en perjuicio del público, siguiendo así el concepto más genérico que puede encontrarse en el artículo 28 de la Constitución, pues bien es cierto que este texto en sus orígenes históricos es de raigambre liberal, ya en 1917, al introducirse las modificaciones que en él figuran, o sea todos los preceptos del segundo párrafo de dicho artículo, predominó el criterio de la protección de los intereses sociales, preferentemente a los intereses particulares... Fijado así el espíritu y finalidad social que persigue el texto que se reglamenta, la caracterización de los monopolios, de los privilegios, de las prohibiciones a título de protección a la industria, de la exención de impuestos y de los demás actos que deben prevenirse y reprimirse en los términos del precepto constitucional necesariamente tenían que hacerse sobre la base de evitar perjuicios al público en general o a grupos importantes de la colectividad.

Del contexto general que prescribe la Constitución, se advierte un criterio amplio donde predominan y tienen funcionalidad práctica y efectiva los valores, principios y directrices que en su conjunto proclama.

El objetivo no es, *per se*, prohibir los monopolios, ya que en la actualidad la eficiencia en el uso de recursos económicos escasos es fundamental, lo que lleva a justificar economías de escala que, necesariamente, dan lugar a concentraciones que pueden redundar en monopolios o, cuando menos, oligopolios. Pero, en cambio, se impone la regulación para controlar los posibles excesos, los fallos en el mercado, dando a la tutela de la propiedad y de la libertad de empresa una directriz de beneficio social y, a la postre, favorecer a los consumidores y a la población en general en aras de favorecer los valores de una moral pública de claro beneficio social que recaiga en los sectores o clases menos favorecidos, desarrollo y prosperidad como un motor

para impulsar y financiar el bienestar de los individuos y de la sociedad en su conjunto.

Es así que la interpretación y solución de los casos habrá de orientarse a optimizar las posibilidades de obtener los mejores resultados en el crecimiento económico; promoción del empleo; a incrementar la producción y abasto de bienes y servicios; fomentar e incentivar la inversión y crecimiento; obtener competitividad en un mercado que se esfuerce por reducir precios y costos —entiéndase de producción y de transacción—, con la posibilidad de discernir las intenciones de los agentes para corregir sólo lo pertinente, pero, eso sí, con severidad y eficacia. Además, debe proveer una regulación de ciertas actividades proclives a provocar fallos en el mercado para prevenirlos, pero sin que la intervención sea frustrante de la actividad y desarrollo económico que requiere de libertad para ser eficiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, Gaspar (1993): *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons.
- Buchanan, James M. (1979): *What Should Economists Do?*, Liberty Press.
- Carbonell, Miguel (2006): *Los Derechos fundamentales en México*, México, IIJ, UNAM y CNDH.
- Escámez López, Alfonso (1994): *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Universidad Carlos III.
- Ginebra Serrabou, Xavier (2001) *Derecho de la Competencia*, México, Cárdenas Editor.
- Larrañaga, Pablo (2007): *El ámbito de la regulación económica* (borrador), ITAM.
- North, Douglas C. (1993): *Instituciones: cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Pazos, Luis (2006): *El Derecho como base del crecimiento económico*, México, Diana.
- Roldán Xopa, José (2004): *Constitución y Mercado*, México, Porrúa.
- Soriano García, José Eugenio (1993): *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albornotiana.

Uría, Rodrigo y Aurelio Menéndez (2006): *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Thomson-Civitas, tomo I.

Urrutia, Juan (1994): “Una nota sobre Constitución y ciencia económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, edición de Peces-Barba Gregorio, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*.

Vidal Gómez Alcalá, Rodolfo (1977): *La Ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa.

*Revista del Instituto de la Judicatura Federal*  
núm. 24  
diseño y formación tipográfica de Formas e Imágenes  
se terminó de imprimir en diciembre de 2007  
en los talleres de Programas Educativos.