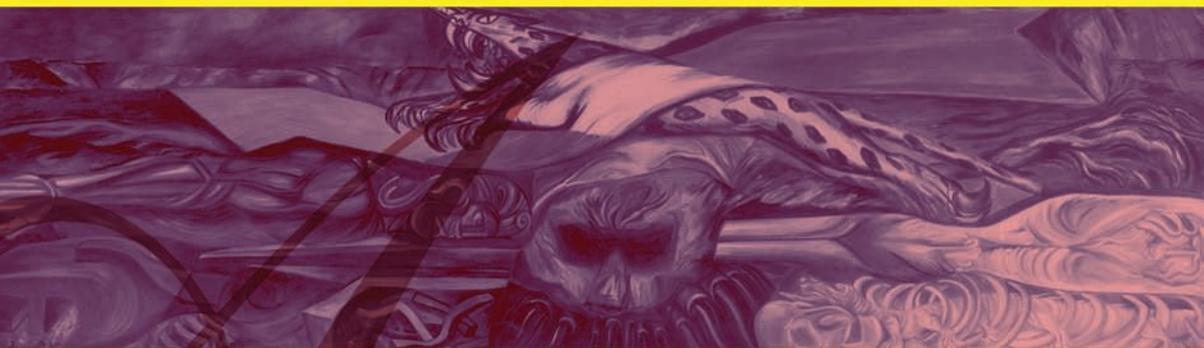


SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*A*NUARIO DE LA *CULTURA*
JURÍDICA MEXICANA



5-2010

ANUARIO

LIBRO
ELECTRÓNICO

Primera edición: noviembre de 2010

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 978-607-468-267-0

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra corresponde a la percepción e interpretación de los autores, es de su exclusiva responsabilidad y no representa la opinión ni la interpretación institucional de la Suprema Corte de Justicia. Ésta únicamente auspicia el estudio y análisis de los temas abordados y fomenta su difusión al considerar que contribuyen a la cultura de la legalidad y el Estado de Derecho.

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*A*NUARIO DE LA *C*CULTURA
JURÍDICA MEXICANA

5-2010

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Sergio A. Valls Hernández
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Juez Juan José Franco Luna
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

Contenido

Presentación	IX
--------------------	----

I. CULTURA JURÍDICA: COMUNIDAD, DERECHO Y JUSTICIA

Reflexiones respecto al llamado anatocismo y las tesis emitidas al respecto. Por Víctor Ángel Bohon Devars	3
A. Introducción	5
B. Crisis de 1994-1995.....	6
C. Instituciones jurídicas utilizadas para documentar los créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda y sus disposiciones respecto a la capitalización de interés	10
D. Leyes aplicables en materia bancaria	16
E. Clases de créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda	17
F. Esquemas financieros utilizados.....	18

G. Principales impugnaciones a los créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda	22
H. Contradicción de tesis 31/98 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	27
Bibliografía	70

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Las Legislaturas locales y el juicio de amparo. Por Oscar Germán Cendejas Gleason.....	73
A. La legislatura como autoridad responsable en la vía indirecta	75
B. Capacidad procesal para comparecer a juicio a través de delegados.....	82
C. El informe justificado.....	89
D. Principales causas de improcedencia cuando se impugna una ley de amparo.....	95
a. Litisdependencia y cosa juzgada	95
b. Leyes heteroaplicativas y autoaplicativas	100
c. Acreditación del primer acto de aplicación.....	104
d. Leyes electorales	106
e. Imposibilidad de que se concreten los efectos de la sentencia concesoria.....	107
E. Los efectos de sentencia que concede el amparo contra una ley	107
F. El recurso de revisión.....	108
G. La legislatura como quejoso.....	110

III. CULTURA JURISDICCIONAL

1. Decisión judicial. Por José Ramón Narváez Hernández	115
A. Decisión judicial	118
B. Discrecionalidad	121
C. Integridad.....	134
2. El principio de independencia judicial. Por Juan Díaz Romero	141
A. Independencia judicial	150

IV. TEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL

1. Los derechos de los menores infractores. Por Alejandro Ramón Fuentes	175
Bibliografía	208
Legislación Federal	208
Legislación Estatal.....	208
Jurisprudencia.....	208
2. Reflexiones respecto del juicio de amparo ante la reforma constitucional en materia penal. Por José Luis González.....	209
A. Introducción	211
a. Crisis y cambio	211
B. Pugna entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio	212
C. El nuevo sistema oral acusatorio penal....	215
D. El modelo de juicio de amparo	220
E. La reforma constitucional en el ámbito penal ante el juicio de amparo.....	222

F. A manera de conclusión: La interpretación de los Tribunales Federales a la figura del juicio oral acusatorio	223
3. Teoría de derecho penal. Por Leandro Eduardo Astrain Bañuelos	225
A. Concepto y denominación	227
B. El derecho penal como derecho punitivo...	233
a. Límites al poder punitivo del Estado..	235
i) Principios que se sustentan en el principio de legalidad.....	236
ii) Principios que excluyen violaciones o disfuncionalidades con los derechos humanos	238
iii) Principios que emergen directamente del Estado de derecho	240
C. Derecho penal en sentido objetivo	241
D. Derecho penal como ciencia.....	243
E. Conclusión	247
Bibliografía	249

Presentación

A partir del año 2005 comenzaron a publicarse, bajo el título *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, las participaciones de especialistas en cursos, seminarios, diplomados o ciclos de conferencias organizados por las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El presente libro electrónico es la quinta versión del *Anuario* y, como las previas, reúne conferencias de especialistas en el ámbito jurídico. Se divide en cuatro capítulos: Cultura jurídica, Comunidad, derecho y justicia, Justicia constitucional; Cultura jurisdiccional y Temas actuales de derecho penal. Los asuntos abordados en cada uno de ellos revisten gran interés. Cabe destacar, por ejemplo, las reflexiones sobre el “anatomismo”, que evoca la crisis de 1994-1995, así como las tesis que se derivaron de la contradicción de tesis 31/98, resuelta por el Pleno del Máximo Tribunal. En esta obra el lector podrá acceder a datos sobre el amparo y las Legislaturas locales, principios éticos de la práctica jurisdiccional, el peso de la decisión judicial y un capítulo relacionado con la impartición de justicia para menores infractores y la función del juicio de garantías en el marco de la reforma constitucional de junio de 2008.

Una publicación tan pertinente como ésta reafirma la necesidad de divulgar las reuniones académicas organizadas en las Casas de la Cultura Jurídica. Este *Anuario* seguirá cosechando aceptación no por contar año tras año con una edición más, sino porque ha acercado a la ciudadanía al conocimiento de la cultura judicial.

*Comité de Publicaciones, Comunicación Social,
Difusión y Relaciones Institucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

I.

CULTURA JURÍDICA:
COMUNIDAD,
DERECHO Y JUSTICIA

**Reflexiones respecto al llamado
anotocismo y las tesis emitidas
al respecto**

Víctor Ángel Bohon Devars*

* Titular de la Unidad de Normatividad y Capacitacion del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles. Órgano Auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal.

A. Introducción

En este trabajo se analizará un problema jurídico que causó una gran conmoción en el foro de nuestro país a raíz de la crisis económica de 1994-1995, que es el relativo a la capitalización de intereses conocida también en la doctrina económica como “anatocismo”, aunque el nombre no sea utilizado como tal en la legislación positiva mexicana.

El anatocismo se define en la doctrina como la “figura consistente en que los intereses generados se suman al capital para generar nuevos intereses”.¹ Como puede advertirse de la definición anterior, el tema a que alude el anatocismo es el de la capitalización de intereses.

Pues bien, a raíz de la crisis económica antes señalada empezó a haber problemas en el pago de créditos otorgados a través de contratos de apertura de éstos con garantía hipotecaria de una vivienda que los bancos otorgaban a sus clientes, con base en un esquema financiero basado en un crédito adicional usado para pagar

¹ MÉJAN CARRER, Luis Manuel C., *Contratos Civiles. Ayuda de Memoria*, México, Oxford, 2004, p. 49.

intereses; de ahí se generó una problemática jurídica compleja, en la que se encuentran, entre otras, las interrogantes siguientes: ¿Eran lícitos esos créditos adicionales? ¿simulaban esos créditos adicionales una capitalización de intereses? ¿es válida la capitalización de intereses o es nula? Todas estas interrogantes fueron analizadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 31/98 de la que se derivaron catorce tesis jurisprudenciales y seis tesis aisladas.

B. Crisis de 1994-1995

A. Problema económico. En diciembre de 1994 se inició una crisis económica muy fuerte en México, misma que se prolongó durante el año de 1995 y trajo como consecuencia una devaluación muy grave de nuestra moneda con respecto al dólar, el aumento de la inflación con el consiguiente aumento de las tasas de interés de los créditos, mismas que ante la incertidumbre económica y financiera se elevaron afectando los créditos con tasa de interés variable, como en el caso de las tarjetas de crédito y los créditos individuales con garantía hipotecaria a la vivienda.

B. Créditos bancarios con garantía hipotecaria a la vivienda. A efecto de dar financiamiento a las necesidades de vivienda de la población, las instituciones bancarias tienen establecido un esquema crediticio específico basado principalmente en dos tipos de créditos, que son:

1. Créditos con garantía hipotecaria para los desarrolladores de proyectos inmobiliarios a efecto de financiar la construcción de conjuntos habitacionales

que posteriormente se enajenarán a los adquirentes de las viviendas.

Estos créditos, conocidos en el ámbito bancario como “créditos puente” tienen las características siguientes:

- a) Se documentan con base en contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria del (los) inmueble(s) que se construirán (terreno y construcciones).
- b) Se dispone del crédito por medio de ministraciones periódicas, conforme al avance de obra que tenga el conjunto inmobiliario que se construye.
- c) Al otorgarse en garantía hipotecaria diversos inmuebles a cada uno se le asigna un valor de liberación.
- d) El pago de los intereses que se generan se hace desde que inician las disposiciones del crédito hasta que el mismo se liquida y el capital se paga al terminarse de construir el conjunto habitacional conforme se vayan liberando cada uno de los inmuebles hipotecados, lo cual ocurre cuando el promotor inmobiliario vende a una persona dicho inmueble, toma parte del precio recibido en la compraventa para pagar parte del capital adeudado por el equivalente al valor de liberación del inmueble vendido (para poderlo entregar al comprador libre de la garantía hipotecaria que constituyó para garantizar el crédito que se le otorgó) y así hasta que termina de venderse la última vivienda construida y pagarse completamente el capital adeudado. Ahora bien, en todo caso, se pacta un plazo máximo para el pago del capital adeudado, a

efecto de que se liquide dentro de dicho plazo, se haya o no vendido la totalidad de los inmuebles construidos que, como hemos expuesto, forman parte de la garantía hipotecaria del banco acreedor.

- e) Este crédito tiene una finalidad específica, que es la construcción de viviendas, misma que como ya vimos determina la forma de disponer y de pagar el crédito.

En estos créditos no se da la característica de utilizar un crédito adicional además del crédito principal, por lo que su situación no entra en el análisis que realizamos.

2. Créditos individuales con garantía hipotecaria a la vivienda. Estos son los que otorgan los bancos a las personas tomando como garantía la vivienda, y es el mismo caso donde se dio la problemática jurídica que estamos exponiendo.

Es importante considerar que estos créditos hipotecarios se caracterizan por ser de largo plazo (diez años o más), lo cual se entiende fácilmente al analizar el más usado de ellos, el crédito para adquisición de vivienda, en el que se le suministra al deudor una cantidad de dinero muy grande para que pueda comprar su vivienda, misma que irá amortizando a través del tiempo. Sí los plazos fueran muy cortos la mayor parte de la población no podría tener acceso a estos créditos, lo que se ve claramente en el ejemplo siguiente:

El señor "A" recibe del banco "B" un crédito de \$1,200,000.00 (Un millón doscientos mil pesos

00/100 M.N.) para adquirir una casa; si el plazo fuera de un año tendría que pagar mensualmente \$100,000.00 (cien mil pesos 00/100 M.N) más los intereses generados mientras que si el plazo es a diez años, lo hace accesible a más personas.

Esta característica de dichos créditos permite establecer diversas formas de pago, incluyendo dentro de éstas la figura del crédito adicional para el pago de los intereses devengados pero no pagados con la erogación mínima establecida, figura que llegó a ser considerada por sus impugnadores como simulación de una capitalización de intereses, que en su opinión estaba prohibida por la Ley.

C. Problemas con los créditos individuales con garantía hipotecaria a la vivienda. Los créditos con garantía hipotecaria de una vivienda que pueden considerarse adecuados conforme a una sana práctica bancaria, son aquellos en los que la garantía hipotecaria tiene un valor mayor o por lo menos igual al importe adeudado, ya que cualquier otra situación puede afectar la posibilidad real de recuperación del crédito.

Con la llegada de la crisis económica de 1994-1995 se afectó el equilibrio de los créditos pactados a tasas de interés variable, generándose lo siguiente:

1. El valor del adeudo se elevó de forma considerable como consecuencia del aumento en las tasas de interés y el valor de la vivienda se estancó con respecto a dicho importe, llegándose a dar casos en que la deuda valía el doble de la garantía hipotecaria.

2. Al aumentar las tasas de interés, el importe de los pagos mensuales aumentó considerablemente con respecto a los pagos que anteriormente se hacían, ya fuera que se tratara de un esquema de pagos mensuales variables (con pago de la totalidad de los intereses generados) o de pagos actualizables en los que se pagaba una cantidad fija por un periodo generalmente de seis meses, misma que se actualizaba conforme aumentaba la inflación (lo que ocurrió en la crisis económica citada) o el salario mínimo, además de que en caso de que el importe pagado no fuera suficiente para cubrir el importe de los intereses generados operaba el crédito adicional que se disponía para pagar la parte no liquidada de los intereses.
3. En razón de lo anterior, los planes de apoyo a los deudores como fueron el Acuerdo de Apoyo Inmediato a los Deudores de la Banca (ADE) y el Programa Punto Final procuraron restablecer el valor de la garantía hipotecaria respecto al importe del crédito adeudado.

C. Instituciones jurídicas utilizadas para documentar los créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda y sus disposiciones respecto a la capitalización de interés

- A. Mutuo. Al estudiar esta figura jurídica analizaremos lo dispuesto en el Código Civil Federal, (en adelante CCF), ya que éste es la norma supletoria en materia bancaria, conforme a lo establecido por el artículo 6o.,

fracción III, de la Ley de Instituciones de Crédito, tanto en la actualidad como en 1998, fecha de la controversia constitucional.

El mutuo es definido por el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, artículo 2,384, en la forma siguiente:

Artículo 2,384.- El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Con base en este concepto legal, el tratadista Francisco Lozano Noriega proporciona el concepto siguiente:

El mutuo es: "Un contrato por virtud del cual uno de los contratantes llamado mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles de manera gratuita u onerosa, al otro contratante que se llama mutuuario (o también mutuario), quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad".²

En el concepto dado por el doctor Lozano Noriega se incluye la posibilidad de que el mutuo sea oneroso, esto es, que en el mismo se pacten intereses (artículo 2393), los cuales pueden ser legales o convencionales (artículos 2394 y 2395), todos del mismo CCF.

Esta figura jurídica se ha llegado a usar por los bancos al pactar sus créditos individuales con garantía

² LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1970, pp. 302-303.

hipotecaria a la vivienda, en relación con los créditos a sus empleados o en algunos créditos hipotecarios con tasa de interés fija.

En relación con la capitalización de los intereses el CCF contiene una norma prohibitiva y, por tanto, en nuestra opinión de aplicación estricta y limitada al supuesto normativo previsto que es el contrato de mutuo (en su modalidad de mutuo con interés) y que no debe aplicarse por supletoriedad a otras figuras jurídicas; esa norma es el artículo 2,397 del CCF que a la letra establece:

Artículo 2397.- Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

De la simple lectura de este artículo podemos concluir:

1. Se prohíbe bajo pena de nulidad el pactar previamente que los intereses se capitalicen y produzcan intereses.
 2. Una vez devengados los intereses, o sea *a posteriori*, si es lícito pactar la capitalización de intereses.
 3. Se trata de una prohibición parcial de capitalizar intereses; no es lícito hacerlo previamente, pero sí es válido hacerlo una vez que éstos ya se devengaron.
- B. Préstamo mercantil. El concepto de préstamo mercantil lo podemos ver en el artículo 358 del Código de Comercio (en adelante CCom) que a la letra señala:

Artículo 358.- Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas

prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.

Esta figura del préstamo mercantil no es usada para los créditos individuales hipotecarios a la vivienda, los cuales utilizan formatos generalizados para sus operaciones sin importar con quien se contrata, por lo que por las características del préstamo mercantil (su destino "actos de comercio" o créditos entre comerciantes) no serían fácil de usar bajo esta figura jurídica.

De todos modos al ser el CCom una norma supletoria de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es de interés saber cómo regula este cuerpo normativo el tema de la capitalización de intereses, mismo que establece en el artículo 361 del CCom, el concepto de "interés" a efectos del préstamo mercantil:

Artículo 361.- Toda prestación pactada a favor del acreedor que conste precisamente por escrito, se reputará interés.

Posteriormente el artículo 363 de dicho Código, establece el tratamiento que se debe dar a la capitalización de intereses en los términos siguientes:

Artículo 363.- Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

Respecto a este precepto, podemos concluir en principio, que conforme al CCom existe también la prohibición de que los intereses vencidos devenguen intereses, pero si se permite al igual que en el CCF se puedan capitalizar.

Ahora bien, en el CCF se incluye expresamente la prohibición de pactar de antemano la capitalización de los intereses, lo que no ocurre en el CCom, de donde podemos concluir que así como en materia del mutuo civil se quiso prohibir este pacto previo, en materia de préstamo mercantil, al no existir esa prohibición, se puede convenir lícitamente dicha capitalización de intereses tanto en forma previa como posterior a la generación de éstos.

C. Apertura de crédito. Este contrato está regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en adelante LGTOC), la que lo conceptualiza en su artículo 291 en la forma siguiente:

Artículo 291.- En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

De la lectura de este precepto podemos encontrar dos cuestiones interesantes:

1. La apertura de crédito puede adoptar dos formas:
 - a. Apertura de crédito por asunción de obligaciones, por la cual el acreditante se obliga a asumir una obligación por cuenta del acreditado, como en el caso de que el acreditante avale un título de crédito (por ejemplo un pagaré suscrito por el acreditado).

- b. Apertura de crédito de dinero, por medio de la cual el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero, pudiendo pactarse una finalidad específica para el destino que se dé a esa suma de dinero (adquirir una vivienda o ser de libre uso por el acreditado).
2. En la apertura de crédito, contrario a lo establecido en el préstamo mercantil, no se considera que toda prestación pactada a favor del acreedor se reputa interés, sino que se establecen como cuestiones distintas los intereses, prestaciones, gastos y comisiones.

El crédito otorgado por medio de la apertura de crédito puede disponerse a la vista o en forma distinta (artículo 295 de la LGTOC) como puede ser en el caso de una apertura de crédito para construcción de vivienda, en que se dispone del mismo conforme al avance de la obra o en el caso de un crédito de refinanciamiento o adicional para el pago de intereses que no se logren pagar con el importe de la erogación mensual pactada, en que se dispondrá cada vez que se actualice ese supuesto.

La LGTOC no establece nada respecto a la capitalización de intereses, por lo que en nuestra opinión la misma es válida al tratarse de una figura jurídica regulada específicamente, no debiendo aplicarse supletoriamente lo establecido en el CCom o en el CCF.

Ahora bien, aun considerando que es procedente la supletoriedad, la norma aplicable, conforme a

la prelación establecida en el artículo 2o. de la LGTOC, sería el CCom y no el CCF. En aquél, conforme a lo que ya analizamos, sí es lícito pactar de antemano o posteriormente la capitalización de intereses. Finalmente, cabe decir que es precisamente mediante el contrato de apertura de crédito que se pactaron mayoritariamente los créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda.

D. Leyes aplicables en materia bancaria

A efecto de tener los elementos necesarios para continuar nuestro análisis es importante tener en cuenta los artículos siguientes de la Ley de Instituciones de Crédito (en adelante LIC), transcribiéndose el texto vigente en 1998.

Artículo: 6o.- En lo previsto por la presente Ley y por la Ley Orgánica de Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

- I. La legislación mercantil;
- I. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles,
- III. El Código Civil para el Distrito Federal, y
- IV. El Código Fiscal De la Federación, para los efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta ley.

Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo.

Artículo 48.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas, y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley

Orgánica del Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.

Artículo 65.- Para el otorgamiento de sus créditos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre si los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.

La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo.

E. Clases de créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda

Estos créditos tienen como característica común que son a largo plazo (de diez años en adelante), documentados en la mayor parte de los casos en un contrato de apertura de crédito y se otorgan con base en una garantía hipotecaria sobre una vivienda.

En el año 1998, dependiendo de la finalidad que tuvieran, existían cuatro tipos de créditos:

A. Crédito de adquisición de vivienda. Se disponían en una sola exhibición al momento de firmar el contrato respectivo, los intereses que generaban no causaban impuesto al valor agregado y su importe se utilizaba para que el acreditado adquiriera una vivienda.

- B. Créditos de construcción y mejoramiento de vivienda. Estos créditos se disponían en diversas exhibiciones conforme al avance de la obra, los intereses que generaban no causaban impuesto al valor agregado y su importe se utilizaba para construir, ampliar o remodelar una vivienda.
- C. Créditos de liquidez. Se disponían en una sola exhibición, los intereses que generaban causaban el impuesto al valor agregado y el acreditado podía hacer libre uso de los recursos proporcionados al no tener una finalidad específica.
- D. Créditos para pago de pasivos. Se disponían en una sola exhibición, su importe se utilizaba para pagar otros pasivos del acreditado y generaban impuesto al valor agregado por los intereses devengados si el crédito pagado tenía esa característica, en caso que el pasivo pagado derivara de créditos cuyo interés no generaba el citado impuesto; lo mismo ocurriría con este crédito (sus intereses no causaban el citado impuesto).

F. Esquemas financieros utilizados

Los créditos bancarios individuales a la vivienda establecen en sus contratos, además de la disposición del crédito, la forma en que éste se pagará junto con los intereses que se generen.

En el lenguaje bancario se denomina esquema financiero a la forma de pago de los créditos hipotecarios que se estipula en los contratos respectivos.

En forma general pueden existir tres esquemas financieros pactados en los créditos hipotecarios individuales a la vivienda:

A. Esquema con tasa fija. Estos esquemas financieros que utilizados para créditos en moneda nacional y en unidades de inversión se caracterizan porque la tasa de interés aplicada al importe del crédito es siempre la misma durante toda la vida del crédito y pueden ser de dos tipos:

1. Pagos iguales de capital y decrecientes de intereses. En este esquema el acreditado siempre pagará en sus amortizaciones mensuales la misma cantidad de capital, pero cuando el capital que adeuda cada vez es menor, los intereses también son menores en cada pago, lo que produce que cada pago mensual que efectúa el deudor sea menor.
2. Pagos decrecientes de intereses y ascendentes de capital. En este esquema se calcula la cantidad total de capital e intereses que el acreditado debe pagar durante toda la vida del crédito y con base en eso se establece un pago mensual igual para todo el plazo pactado (al analizar cómo se integra el pago mensual se ve que en los primeros pagos casi todo va a intereses y una parte muy pequeña va a capital), pero en cada erogación mensual aumenta lo que se paga por capital y decrece lo pagado por intereses.

B. Esquemas con tasa variable. Este esquema financiero se basa en la aplicación al importe del crédito de una tasa de interés variable que se calcula con base a un índice publicado por un tercero, como era en muchos

casos en 1998, el CPP (costo porcentual promedio) que calculaba Banco de México.

En este supuesto al ser variable el capital a pagar se divide el importe del crédito entre el plazo a pagar y se cubre mensualmente el mismo importe de capital y todos los intereses devengados, por lo que cada pago mensual es diferente, ya que los intereses se calculan con base en un factor variable.

C. Esquema con refinanciamiento o crédito adicional. Es precisamente este esquema el que más se utilizaba antes de la crisis financiera de 1994-1995 y de donde se deriva el conflicto jurídico relativo a la capitalización de intereses y al crédito adicional o de refinanciamiento.

1. Consideraciones acerca de este esquema. Este esquema se basaba en diversos supuestos que se habían estado dando antes de la crisis de 1994-1995 y que eran los siguientes:
 - a. En virtud de las variaciones económicas se pactaban tasas de interés variables en los créditos.
 - b. Las tasas de interés pactadas eran muy altas, por lo que si en cada erogación mensual se debieran pagar la totalidad de los intereses generados (más algo de capital) la cantidad sería muy alta y muy poca gente podría acceder al crédito. Además, en virtud de los valores que tenían las viviendas, la que podría adquirirse sería una de nivel popular o a lo mucho media (ver ejemplo expuesto en el punto I, inciso B de este estudio).
 - c. De todos modos se observaba que en los últimos años las tasas de intereses bajaban por lo que

- poco a poco los pagos mensuales se hacían más bajos.
- d. Con base en lo anterior se planteó un esquema en el que se establecían dos características:

Una erogación neta mensual, cuyo importe se aumentaba semestralmente conforme al incremento que hubiese tenido la inflación o el salario mínimo (lo que fuese mayor).

Al principio las erogaciones netas mensuales no alcanzaban a cubrir los intereses generados (menos alcanzaban para pagar el capital), pero se calculaba que si la situación económica continuaba igual, al paso del tiempo el aumento de las erogaciones netas mensuales y la disminución de las tasas de interés llegaría el momento en que la erogación neta mensual cubriría la totalidad de los intereses y comenzaría a liquidar parte del capital, lo que en efecto ocurrió en algunos de los créditos antes de la crisis económica de 1994-1995.

En razón de que al principio del crédito la erogación neta mensual no alcanzaba ni para pagar los intereses, se pactaba un crédito adicional o de refinanciamiento cuya finalidad era pagar los intereses devengados y no pagados con el importe de la erogación que se disponía mensualmente para pagar esa diferencia.

Evidentemente la disposición de ese crédito adicional también generaba intereses, que sumados al capital anteriormente dispuesto también debían pagarse. Lógicamente esto ocurriría

conforme al aumento proporcional de la erogación neta mensual.

2. Figuras jurídicas utilizadas. En este esquema financiero se utilizaban dos aperturas de crédito con garantía hipotecaria consistentes en:
 - a. Una apertura de crédito con garantía hipotecaria de la vivienda para adquisición, construcción, mejoramiento, de liquidez o para pagos de pasivos.
 - b. Un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria (llamado crédito adicional o crédito de refinanciamiento) cuya finalidad era pagar los intereses devengados y no pagados con el importe de la erogación neta mensual y que se pagaría cuando el importe de dicha erogación fuese mayor al importe de la totalidad de los intereses devengados por el crédito original y este crédito adicional.
3. Crisis de 1994-1995. Con la crisis económica y el aumento desmesurado de las tasas de interés, este esquema generó un gran aumento del crédito adicional, lo que sumado al crédito original llegó a ser mayor que la garantía hipotecaria constituida.

G. Principales impugnaciones a los créditos bancarios individuales con garantía hipotecaria a la vivienda

- A. Aplicación supletoria del artículo 2347 del CCF. Este argumento sostiene que se debe aplicar directamente la prohibición establecida por dicho Código y que el establecimiento del crédito adicional es un acto

simulado para pactar *a priori* la capitalización prohibida en ese precepto (por lo expuesto, se considera no aplicable supletoriamente esta norma).

B. Aplicación supletoria del artículo 367 del CCom. Este argumento sostiene que dicho artículo tampoco establece la posibilidad de pactar previamente la capitalización de intereses (¿Entonces, por qué su redacción es distinta a la del CCF?); que se debe de aplicar supletoriamente a la apertura de crédito y que el crédito adicional es un acto simulado para pactar *a priori* la capitalización de intereses prohibida.

C. Aplicación supletoria del artículo 8o., inciso b) del Reglamento de Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito. Este artículo prohíbe expresamente que se puedan pactar créditos para el pago de pasivos, como sería el pago de intereses que se estipula en el crédito adicional o de refinanciamiento, por lo que el mismo debe ser ineficaz.

Frente a este argumento, cabe observar que la prohibición respectiva se aplica a las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares del Crédito, y que los créditos hipotecarios en análisis no los otorgan Instituciones Nacionales de Crédito (Banca de Desarrollo) sino Instituciones de Banca Múltiple (Banca Privada) por lo que el reglamento citado no les es aplicable.

D. No estudio de viabilidad económica. El artículo 65 de la LIC impone a los bancos la obligación de llevar a cabo un estudio de viabilidad económica de los créditos que otorguen, por lo que al no hacerlo el crédito debe ser declarado nulo.

Frente a este argumento, vale la pena hacer las consideraciones siguientes:

1. Los bancos manejan el dinero de sus clientes y es importante que lo utilicen de una manera adecuada para poder cumplir sus obligaciones con dichos clientes.
 2. En razón de lo anterior, para proteger el uso correcto de esos recursos, es importante que los mismos se presten en proyectos viables económicamente, siendo esa la razón de lo dispuesto en el artículo 65 de la LIC.
 3. En caso de no hacerlo así, lo lógico es sancionar a la institución de crédito, pero sería contrario a la finalidad de la propia norma declarar nula la operación respectiva, lo que terminaría debilitando más a la institución de crédito en cuestión e impidiendo la protección de los recursos entregados por sus clientes.
- E. Imprecisión de las tasas de interés variables. Este argumento se basa en considerar que una tasa de interés variable es indeterminada e indeterminable por lo que al ser contraria a lo dispuesto por el artículo 1825 del CCF debe ser declarada ineficaz por falta de objeto; dicho artículo dispone:

Artículo 1825 La cosa objeto del contrato debe:

- 1o. Existir en la naturaleza.
- 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- 3o. Estar en el comercio.

El maestro Manuel Borja Soriano, al analizar la necesidad de que la cosa deba ser determinada en cuanto a su especie, citando a Baudry-Lacantinerie et Barde expresa:

... Si la cosa objeto de la obligación es fungible, debe ser determinada o al menos determinable en lo que concierne a la cantidad. No es necesaria en el momento del contrato la cantidad o, como dice la ley, que la cantidad sea numéricamente precisada. Basta que el contrato contenga los elementos que permitan últimamente llegar a una precisión bastante completa.³

Lo anteriormente expuesto es lo que ocurre con la tasa de interés variable, no está especificada pero se dan los elementos necesarios para su determinación (Ej. La tasa de interés mensual será igual al importe resultante al costo porcentual promedio que calcula el Banco de México más 5 puntos) por lo que consideramos inoperante esta objeción.

F. Simulación de actos jurídicos. Se consideraba que el crédito adicional era un acto simulado para capitalizar previamente los intereses generados, lo que conforme a este argumento está prohibido por la Ley (ver comentarios incluidos en los incisos A y B inmediatos anteriores).

G. Aplicación analógica de la falsedad ideológica. Este concepto se basa en una resolución adoptada para

³ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1982, p. 143.

los títulos de crédito y que se describe en la tesis aislada que a continuación se transcribe:

Octava Época. No. de registro 214, 233. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: XII, Diciembre de 1993. Página 980. Civil.

TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, EXCEPCIÓN DENOMINADA FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA DE LOS. Si la cuentahabiente demandada no autorizó a la institución de crédito actora para que el importe del documento fundatorio de la acción se abonará a su cuenta de cheques ni dio consentimiento para que de dicha cuenta fuera descontado el importe total de ese documento, en la especie no se acreditó que el banco hubiera entregado a los quejosos el importe del pagaré que motivó el juicio mercantil de origen. De manera que, conforme a lo antes relacionado, quedó justificada la excepción de falsedad ideológica o subjetiva, por dinero no entregado, en virtud de que si la demandada jamás recibió el importe del título de crédito base de la acción, es inconcuso que no se encontraba jurídicamente obligada efectuar el pago de una cantidad que nunca se le entregó.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 64/93. Rafael Gutiérrez Rico y otra. 22 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio Adolfo Solorio Campos. Secretaria: Araceli Delgado Holgín.

En nuestra opinión en el caso del crédito adicional sí se da efectivamente la disposición del crédito que se usa para pagar intereses por lo que no se debe aplicar analógicamente este argumento.

H. Contradicción de tesis 31/98 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Los problemas antes planteados se analizaron al resolverse la contradicción de tesis 31/98 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 1998, de la cual se derivaron catorce tesis de jurisprudencia y seis aisladas.

Pasaremos a analizarlas con la mecánica siguiente:

- Se seguirá el orden en que se publicaron las tesis de jurisprudencia que fueron dictadas, intercalando las tesis aisladas relacionadas.
- Se transcribirán las tesis y se harán brevemente los comentarios que en su caso procedan.

A. Tesis Jurisprudencial 48/98. Novena Época. No. de registro: 195340. Instancia: Pleno, Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 48/98. Página: 372. Civil.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Las declaraciones del secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el *Diario Oficial de la*

Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento el acreditado, los documentos que éste hubiese dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enumera las causas de extinción del crédito. La detallada

configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6o., párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito de ajustarán a las disposiciones del banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

Contradicción de tesis 31/98. entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil de Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 48/1998, la tesis jurisprudencial que antecede México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis señala varios aspectos de interés para declarar la inaplicabilidad del artículo 2397 del CCF que son:

1. Al establecer la regulación del contrato de apertura de crédito el legislador no quiso prohibir la capitalización de intereses, sino que quiso dejar esta cuestión a la voluntad de las partes, por lo que al no adolecer de deficiencia alguna en este aspecto no procede la aplicación supletoria del artículo 2397 del CCF.
 2. En el caso de las Instituciones de Banca Múltiple, el Banco de México puede regular las características de estas operaciones (artículo 48 de la LIC) y en el caso no ha prohibido el crédito adicional.
- B. Tesis Jurisprudencial 49/98. Novena Época. No. de registro: 195339. Instancia: Pleno, Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 49/98. Página: 375. Civil.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Lo dispuesto en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pone de manifiesto que el legislador, al establecer y regular el contrato de apertura de crédito, no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe de interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6o., párrafo primero, y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26, respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan

el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual, el artículo 363 del CCom no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones; sin embargo, cuando en el propio contrato de apertura de crédito las partes convienen la capitalización de intereses e invocan para ello el referido precepto legal, entonces sí adquiere aplicabilidad, pero esto sucede en observancia del principio de que la libre voluntad de las partes es ley para ellas y no porque fuera necesario acudir a esa disposición, ni a ninguna otra, como norma supletoria.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 49/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis repite el argumento de que el legislador al regular la apertura de crédito y suprimir la prohibición de capitalizar intereses quiso dejar esta cuestión a la voluntad de las partes. Por lo anterior el artículo 363 del CCom no es aplicable supletoriamente, salvo que las partes voluntariamente pacten someterse al mismo y entonces su aplicabilidad derivará de dicha estipulación entre los contratantes.

C. Tesis Aislada LXVIII/98. Novena Época. No. de registro: 195341. Instancia: Pleno. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P. LXVIII/98. Pagina: 382. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO. ES VÁLIDA LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EXPRESAMENTE PACTADA EN DICHO CONTRATO.

Cuando en un contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses, las partes convienen en capitalizar los intereses, adoptando como cláusula contractual el artículo 363 del Código de Comercio, ese acuerdo es eficaz dado que en esa materia los contratantes, gozan de plena libertad para acordar lo que a sus intereses convenga, con la limitante de que no se contravengan disposiciones de orden público en esa materia.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el numero LXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario. Esta tesis aislada repite la posibilidad de aplicar al artículo 363 del CCom por un pacto entre

las partes, pero además en forma implícita declara la eficacia del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses y la capitalización de los mismos en la apertura de crédito.

- D. Tesis Jurisprudencial 50/98. Novena Época. No. de registro: 195338. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P./J. 50/98. Página: 371. Civil.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual. De ahí que, cuando los términos empleados para acordar tal pacto generen confusión, para conocer la verdadera intención de las partes, la interpretación conducente ya no podrá

atender a los principios que rigen a la que es realizada cuando la aplicación de tal dispositivo tiene su origen en la voluntad del legislador, sino al tenor de las reglas que rigen la propia de los contratos, situación que impide acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por lo que, para conocer el alcance del pacto en comento, deberá acudirse a las reglas sobre interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Código de Comercio y del 1851 al 1859 del Código Civil indicado los que, respecto de esta última cuestión, sí son supletorios, conforme a lo dispuesto en el artículo 2o., fracción IV, de la mencionada ley general.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 50/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis confirma la no aplicabilidad del artículo 2397 del CCF; en efecto, determina que la apertura de crédito en la materia en cuestión, no necesita normas de supletoriedad, pero que en el caso que las partes lo pacten podrá aplicarse el artículo

363 del CCom. Ahora bien, si surgiera alguna duda al respecto, al tratarse de una estipulación contractual, las normas a aplicar serían las relativas a la interpretación de los contratos y no una supletoriedad legal del artículo 2397 del CCF que no procede.

- E. Tesis Jurisprudencial 51/98. Novena Época. No. de registro: 195337. Instancia: Pleno Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998 Tesis: P/J. 51/98. Página: 369. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo, evidentemente se está en presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8o., inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a

la banca comercial, conocida actualmente como banca múltiple. Asimismo, debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 51/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Se precisa que el artículo 8o., inciso b, del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, no se aplica las Instituciones de Banca Múltiple (Banca Comercial) y, por tanto no existe la prohibición para pactar créditos adicionales para el pago de pasivos.

- F. Tesis Jurisprudencial 52/98. Novena Época. No. de registro: 195336. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 52/98. Página: 378. Civil.

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS

INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. Ahora bien, a la Comisión Nacional Bancaria corresponde la vigilancia del cumplimiento de la mencionada obligación, entidad a la que los artículos 108, 109 y 110 de la citada ley le conceden facultades sancionadoras de carácter administrativo e, incluso el artículo 112 del cuerpo legal en cita, considera como delictivas

algunas de las conductas irregulares en el otorgamiento de los financiamientos; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactados y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 52/1998, la tesis jurisprudencial que

antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis confirma la opinión que expresamos sobre la impugnación realizada en virtud de la no existencia de un estudio de viabilidad económica, (punto V, inciso d) al que remitimos en obvio de repeticiones.

- G. Tesis Aislada LXIII/98. Novena Época. No. de registro 195346. Instancia: Pleno. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: PLXIII/98. Pagina: 384. Civil.

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE BANCA MÚLTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO, NO PUEDE SER RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO POR CARECER DE LEGITIMACIÓN. ACTIVA.

La obligación contenida en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, consistente en que, previo al otorgamiento de financiamientos, las instituciones de crédito realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre si los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, busca la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije

la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones, protegiendo a éstas de posibles incumplimientos que redunden en perjuicio a su patrimonio, es decir, que la omisión de la obligación señalada perjudicaría a la institución de crédito y no así al acreditado, ya que la primera es quien resentiría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del deudor. Por lo consiguiente, el acreditado carece de legitimación activa.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino v. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis aislada señala con claridad que la omisión de llevar a cabo el estudio de viabilidad económica no perjudica al acreditado, por lo que al no afectar el interés jurídico, el mismo carece de legitimidad activa para reclamarla.

H. Tesis Jurisprudencial 53/98. Novena Época. No. de registro: 195335. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su*

Gaceta. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 53/98. Página: 370. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.

Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2o. hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6o. de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del seis por ciento anual, para el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI, y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto

a los intereses, resultan aplicables las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3o., fracción I, de la ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al banco central regular la intermediación y los servicios financieros.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 53/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: El Supremo Tribunal determina con toda claridad que en el caso de la apertura de crédito se aplica la norma específica, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y no lo establecido para el préstamo mercantil.

- I. Tesis Jurisprudencial 54/98. Novena Época. No. de registro: 195334. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 54/98. Página: 378. Civil.

INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS.

El pacto de tasas variables, en operaciones activas, se encuentra permitido, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, relacionados con las circulares que emite el Banco de México, por lo que la remisión a índices inequívocos no le resta precisión, pues si bien pudiera existir cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato. El banco no puede, válidamente, escoger a su arbitrio la tasa conforme a la cual se determinarán los intereses, sino que debe esperar a que los datos que la realidad objetiva arroje, indiquen cuál será la tasa de interés que resultará aplicable para un periodo determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido. El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación de pago en el momento en que se genera, con recurrir a la mecánica del instrumento de que se trate o, simplemente, acudiendo al banco para obtener la información correspondiente. Sostener lo contrario llevaría a considerar que el establecimiento de fórmulas que, en ocasiones, resultan complicadas para cumplir con obligaciones de pago, provocaría que se estimaran contrarias a derecho, aun cuando con la realización de ciertas operaciones aritméticas y la reunión de determinados datos informativos, se podría cumplir con la obligación. El hecho de que la tasa pactada sea determinable y no determinada no la hace, de suyo, imprecisa, arbitraria o ilegal. El procedimiento podrá resultar complejo, pero esa complejidad no se traduce en imprecisión.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 54/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: En esta tesis se analiza la impugnación de la ineficacia de las tasas de interés variables por no ser determinadas ni determinables, y se precisa que las tasas de interés variable pactadas por las partes por medio de un mecanismo de cálculo específico son determinables y, por tanto, válidas.

J. Tesis Aislada LXIV/98. Novena Época. No. de registro: 195345. Instancia: Pleno. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VII, octubre de 1998. Tesis: P. LXIV/98. Página: 383. Civil.

INTERESES. TASAS DE REFERENCIA ALTERNATIVAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO (DISPOSICIONES APLICABLES).

Con anterioridad al dos de enero de mil novecientos noventa y seis, las instituciones bancarias podían pactar libremente con su clientela las características de las operaciones activas, sin más limitaciones que las establecidas por las disposiciones legales aplicables, según se puede corroborar del contenido de la circular 2008/94, emitida por el Banco de México, el diecisiete

de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, en cuya parte introductiva se señala que se incorporan todas las disposiciones del referido banco, relativas a operaciones activas, y de su contenido se desprende que no existía prohibición alguna respecto del establecimiento de referentes alternativos para determinar la tasa de interés aplicable en los contratos de apertura de crédito; por tanto, el pacto relativo a que el pago de intereses se determinaría de acuerdo con el mayor de los índices o referentes convenidos, no se alejaba de las sanas prácticas bancarias. Sin embargo, a partir del dos de enero de mil novecientos noventa y seis, por virtud de la entrada en vigor de la circular 114/95 emitida por el mismo banco el seis de noviembre anterior, el establecimiento de referentes alternativos (calificados en forma genérica como tasas de referencia alternativa) quedó expresamente prohibido a las instituciones de crédito, excepto en las operaciones activas que celebren con los intermediarios financieros; por lo que los contratos celebrados a partir de entonces deben establecer sólo un referente para fijar la tasa de interés. En esas condiciones, en los contratos de fecha posterior, en los que se establezcan referentes alternativos para la determinación de la tasa de interés, deberá estarse al primero de dichos indicadores, teniéndose por no puestos los restantes.

Contradicción de tesis 31/98. entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXIV/1998, la tesis aislada que antecede; y

determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Se trata aquí de un asunto muy específico relativo a la existencia en las tasas de interés variable, de referentes diversos para obtener el importe de las mismas, cuya reglamentación ha sufrido variaciones en el transcurso del tiempo.

- K. Tesis Aislada LXV/98. Novena Época. No. de registro 195344. Instancia: Pleno. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre 1998. Tesis: P. LXV/98. Página: 383. Civil.

INTERESES EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO. LA INCLUSIÓN, ENTRE OTROS, DE UN ÍNDICE O REFERENTE ALTERNATIVO, CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA PRIMORDIALMENTE DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL BANCO ACREEDOR, ES CONTRARIO AL ARTÍCULO 1797 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Si en algún contrato de apertura de crédito se hace remisión a un índice o referente cuya cuantificación se realice, principalmente, en forma unilateral por la misma institución acreedora, además de a otros índices que no son unilaterales, y si, apoyándose en aquél, se hace la determinación del interés en acatamiento del contrato, es inconcuso que se deja al arbitrio de una sola de las partes la medida del cumplimiento de la obligación, lo que resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal

en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. En esas condiciones, deberá tenerse por no puesta la opción del índice unilateral aludido y determinarse la tasa conforme a lo convenido, tomando en cuenta los demás índices que no adolecen del vicio indicado.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el numero LXV/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis no amerita mayor comentario.

- L. Tesis Jurisprudencial 55/98. Novena Época. No. de registro: 195333. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P./J. 55/98. Página: 368. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 78 del Código de Comercio y 291 de la Ley General de

Títulos y Operaciones de Crédito, si se celebra un contrato de apertura de crédito conviniéndose que el acreditado pueda disponer del crédito para pago de intereses generados por otra obligación y, a la vez, se obliga a restituir la suma dispuesta y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, de acuerdo con el principio de que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad contractual, no son nulas las cláusulas que contengan la obligación del acreditado de dar aviso al banco con anticipación respecto de que no va a disponer del referido crédito adicional, en virtud de que, en la hipótesis examinada, al momento de firmar el convenio dicho acreditado otorga su consentimiento para que el acreditante aplique su importe para el fin convenido. Además, el que el acreditado desconozca el monto de los réditos que se van a generar en el periodo mensual respectivo, ello no impide que pueda dar el aviso multicitado, ni trae como consecuencia la nulidad de la cláusula relativa, toda vez que, por un lado, tiene como antecedente el pago realizado por el mes anterior, que obviamente constituye una referencia de aproximación a la cantidad que está obligado a liquidar el mes siguiente, y por otro, no es presupuesto de validez del pacto el que deba conocer con exactitud el monto de la obligación, ya que basta con que exista una previsión económica de su parte para que pueda ejercitar la opción de disponer del crédito adicional condicionado al aviso previo.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 55/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: No procede comentario específico alguno.

M. Tesis Jurisprudencial 56/98. Novena Época. No. de registro: 195332. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P./J. 56/98. Página: 365. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN.

De acuerdo con el artículo 2180 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal “Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.”, y del artículo 2183 del mismo ordenamiento se infiere que, con el acto simulado, las partes tienen la intención de causar perjuicio a un tercero o de transgredir la ley. Estas consideraciones permiten comprender que en el contrato de apertura de crédito adicional que celebra una persona con un banco con objeto de disponer del crédito necesario para cubrir los intereses devengados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, no adolece de simulación, en primer lugar, porque no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada

intención de los contratantes en este sentido y, en segundo lugar, porque no puede haber transgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero –entre otras posibles obligaciones– a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito “en la forma y en los términos y condiciones convenidos”, debe admitirse que no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses; y si, por otra parte, coincide la realidad de los hechos con el pacto jurídico, del que aparece que el acreditado se obligó a efectuar pagos parciales con intereses, debe concluirse que en esos términos, la sola celebración del contrato de apertura de crédito adicional no adolece de simulación.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 56/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis jurisprudencial determinó con toda claridad la realidad del crédito adicional, concluyendo con la inaplicabilidad de uno de los argumentos principales de impugnación de ese crédito adicional.

Esta tesis, en la interpretación de los artículos 2180 y 2183 del Código Civil Federal, establece que para que haya un acto simulado debe existir lo siguiente:

1. Existencia de un tercero perjudicado.- Lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, ni existe la intención de los contratantes en ese sentido ya que la operación jurídica en cuestión sólo afecta a los propios contratantes.
2. La existencia de una trasgresión a la ley.- Lo que no ocurre tampoco en este caso, ya que el contrato de apertura de crédito está configurado en los artículos 291 y 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el pactar que en dicho contrato se establezca que se disponga del crédito estipulado para pagar intereses no es un acto que la ley prohíba.

Finalmente señala esta tesis jurisprudencial, que la apertura de crédito para pagar intereses coincide con la realidad de los hechos, por lo que no puede ser un acto simulado.

N. Tesis Jurisprudencial 57/98. Novena Época No. de registro: 195331. Instancia: Pleno Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P./J. 57/98. Página: 5. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES.

Esta Suprema Corte, interpretando los artículos 2o. y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses. Por lo tanto, no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, en virtud de que el pretendido engaño que invoca el acreditado parte, necesariamente, del supuesto de que estos actos son ilícitos, cuando lo cierto es que no lo son dentro del contrato de apertura de crédito y que, por ello, no es dable aceptar la intención dolosa de la institución bancaria. Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para solventar intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 57/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: El Supremo Tribunal con toda precisión establece en esta tesis jurisprudencial que al ser considerada válida la cláusula de capitalización de intereses, no procede el argumento de que el contrato de apertura de crédito para el pago de intereses (el crédito adicional) es un encubrimiento de un acto ilícito (dicha capitalización de intereses).

- O. Tesis Aislada LXVII/98. Novena Época. No. de registro: 195342. Instancia: Pleno Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: PLXVII/98. Página: 382. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

El contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses es un acto verdadero, permitido por la ley, cuya naturaleza y finalidad es diversa a la capitalización de intereses, por lo que aquél no es un medio de encubrir a ésta.

Contradicción de tesis 13/98. entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el numero LXVII/1998, la tesis aislada que antecede y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: En esta tesis aislada se define con toda claridad que el contrato de apertura de crédito para pago de intereses es un acto real y lícito distinto a la capitalización de intereses, por lo que no se le puede considerar un medio para encubrir ésta.

- P. Tesis Jurisprudencial 58/98. Novena Época. No. de registro: 195330. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 58/98. Página: 366. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.

En la tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117, la anterior Tercera Sala de esta Suprema Corte ha establecido, con base en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió. Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional que las personas celebran con un banco para que éste ponga a su disposición el

crédito necesario para cubrir los intereses causados derivados de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto; la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 58/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: En esta tesis jurisprudencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece la inaplicabilidad del argumento de falsedad ideológica en

virtud de que en el caso en análisis (la apertura de crédito adicional para el pago de intereses) no se trata de títulos de crédito (donde sí se aplica ese criterio) y de que la apertura de crédito adicional plasma una realidad que tiene una plena y válida ejecución.

- Q. Tesis Jurisprudencial 59/98. Novena Época. No. de registro: 195329. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P./J. 59/98. Página: 376. Civil.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).

La naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses son diversos a los de la capitalización de intereses, y no deben confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), existen sustanciales diferencias. La capitalización a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, supone la existencia de un contrato de préstamo mercantil, sobre la base de intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de

intereses (refinanciamiento), llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados por otro crédito, el deudor se ve en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que pueda disponer por virtud de dicho contrato. Por otra parte, mientras que los intereses, por regla general, siguen la suerte de la obligación principal, el refinanciamiento se logra a través de un contrato de apertura de crédito diverso al originalmente pactado, con el destino específico de pagar total o parcialmente los intereses vencidos. Además, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) el acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer), a fin de que no incurra en el incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corrobora lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso jurídico, o en otro, y con el primer acreditante o con uno diferente. La conclusión obtenida no se desvirtúa por el hecho de que en algunos casos se observe que en los contratos de apertura de crédito las partes convengan la capitalización de intereses e invoquen para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que, aun cuando es innegable que en esta hipótesis sí existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio expreso de las partes en ese sentido, que se celebra con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 59/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Con toda claridad se establecen en esta tesis jurisprudencial las diferencias que existen entre la capitalización de intereses y el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses, de donde se deriva que el mismo es un acto real y no simulado.

R. Tesis Jurisprudencial 60/98. Novena Época. No. de registro 195328. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis P/J. 60/98. Página: 374. Civil.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.

Tratándose del préstamo mercantil, el artículo 363 del Código de Comercio dispone que “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los

contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.”; en cambio, para el contrato civil de mutuo, el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal ordena que “Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”. Ambas normas tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, pero se diferencian en cuanto al momento en que se puede celebrar el pacto correspondiente; así, mientras que la disposición civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el numeral del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización, motivo por el cual el pacto de capitalización puede recaer sobre intereses ya vencidos que no han sido pagados (convenio posterior) o bien sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles (convenio anticipado), pues en ambas hipótesis el convenio se refiere a “intereses vencidos y no pagados” que es el único requisito que establece esta norma. En consecuencia, el precepto en estudio, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga visos de temporalidad. La perspectiva histórica reafirma esta consideración. El primer Código de Comercio que se expidió en nuestro país (1854) incluía una disposición dentro del capítulo “De los préstamos” que prohibía el convenio para la capitalización de intereses si éstos no se habían devengado y habían sido objeto de una previa liquidación. Al efecto, el artículo 302 prescribía: “No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en ninguna otra

especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos no se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien, de común acuerdo, o bien, por una declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devenidos hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado.”. Años después, con la expedición del Código de Comercio de 1887, en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que autorizaron sin reservas la capitalización de intereses, juzgó conveniente el legislador mantener en este punto el mismo sistema del derecho civil y suprimió, en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio de capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con ésta. Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado, a saber, que no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente la regla general de libertad contractual; que la distinción relativa a que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados implica una prohibición o una restricción contrarias a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete; y que resulta lógico que el acuerdo de capitalización pueda ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, como un acto posterior, circunstancia que no perjudica al deudor en razón de que de ese modo puede tener previo conocimiento de la extensión de la obligación que asume y, por tanto, ejecutar los actos necesarios para evitar que los intereses se capitalicen.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 60/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: Esta tesis jurisprudencial expresamente señala que tanto el artículo 363 C. de C. como el 2397 C. C. permiten la capitalización de intereses, con la diferencia que el Código Civil Federal establece un requisito de temporalidad (que el pacto sea una vez causados los réditos), mientras que en el Código de Comercio no se establece ese requisito, por lo que en el préstamos mercantil, la capitalización se puede estipular antes o después de que se causen los intereses.

- S. Tesis Jurisprudencial 61/98. Novena Época. No. de registro: 195327. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P/J. 61/98. Página: 367. Civil.

APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.

Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el acreditado puede hacer uso del crédito en la forma, términos y condiciones convenidos y se obliga a restituir la suma de que dispuso y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipulados; y si el artículo 78 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente a los contratos de apertura de crédito, establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, es inconcuso que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad de las partes contratantes. Luego, si al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para el pago de intereses, dado que no existe disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula relativa no adolece de nulidad absoluta. En tal virtud, las amortizaciones realizadas por el acreditado en los términos pactados, en todo caso, convalidarían, si la hubiere, por otra razón, la nulidad relativa, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2234 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cumplimiento voluntario se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 61/1998, la tesis jurisprudencial que

antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: No hace comentario alguno.

- T. Tesis Aislada LXVI/98. Novena Época. No. de registro 195343. Instancia: Pleno. Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: VIII, octubre de 1998. Tesis: P. LXVI/98. Página: 381. Civil.

ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título quinto “Del mutuo”, capítulo II, “Del mutuo con interés”, establece que “Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.”. El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado “Del préstamo mercantil en general”, previene que “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses” y, añade, que “Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”. Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido.

Por tanto, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de “intereses sobre intereses”, prohibido por ambos preceptos, y de “capitalización de intereses”, expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXVI/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Comentario: En esta tesis se hace una declaración doctrinaria respecto al vocablo anatocismo,⁴ mismo que no se considera incluido en el derecho positivo mexicano.

⁴ Recordemos que por anatocismo se entiende, en la doctrina mercantil mexicana, la acumulación de intereses sobre intereses que pueden presentarse, fundamentalmente, en los contratos de mutuo civil, préstamo mercantil o apertura de crédito. También puede entenderse como la acumulación al capital de los intereses devengados y no pagados. GÓMEZ ROMERO, Luis, “El anatocismo, cinco años después (o la resaca del banquero anarquista)”, en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, Núm. 9, Serie Doctrina, México, 2004, Nota 4, p. 51.

Respecto al tema del anatocismo, en el año 2008 se dieron varios casos interesantes en la Corte, aunque no los únicos, en donde ésta utilizó su facultad de atracción, por considerarlos de importancia y trascendencia.

Estos casos fueron conocidos como “anatocismo al revés”, y trataron acerca de depósitos bancarios que databan de hace 15 años, por lo que la cantidad exigida por los ahorradores se multiplicó y era multimillonaria. En ambos casos, el juez de la causa le concedió la razón a los quejosos, decisión que prendió los “focos rojos” en las instituciones bancarias por el monto que representaría cumplir con la sentencia.

Al respecto, véase la siguiente tesis aislada del Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito:

ANATOCISMO. LO CONSTITUYE EL CONVENIO RESPECTO DE INTERESES AÚN NO VENCIDOS.

El artículo 363 del Código de Comercio dispone que: “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.”. De este precepto se desprende, por una parte, la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y, por otra, la posibilidad, como caso de excepción y acto posterior, la capitalización de los intereses vencidos y no cubiertos atendiendo a la voluntad de los contratantes; sin embargo, este dispositivo no permite la celebración de convenios en que se capitalicen los intereses que aún no se han generado, porque dicho numeral se refiere a intereses vencidos y no pagados, pero no autoriza a capitalizarlos en forma anticipada; sin que obste para ello lo estipulado por el diverso 78 del propio ordenamiento ya que éste se refiere a las convenciones que no se encuentran prohibidas por la ley; pues interpretarlo de otro modo implicaría afirmar que los contratantes pueden pactar convenios prohibidos por la ley.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 646/97. Banca Promex, S.A., Institución de Banca Múltiple. 7 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Salvador Álvarez Villanueva.

Amparo directo 873/97. Alfonso Borja Quintanar. 13 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Pons Licéaga. Secretario: José Guillermo Zárate Granados.

Amparo directo 923/97. Banca Promex, S.A., Institución de Banca Múltiple. 20 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.

Amparo directo 656/97. Bancomer, S.A. 13 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretario: Francisco González Chávez.

Amparo directo 1074/97. Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero. 20 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.

Véanse:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, febrero de 1998, página 415, tesis I.7o.C. J/2.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, tesis por contradicción aisladas P LXVI/98, P LXVII/98, P LXVIII/98, P LXIV/98, P LXV/98 y P LXIII/98 paginas 381, 382, 383 y 384 respectivamente.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 31/98-PL resuelta por el Tribunal Pleno, de la que derivaron las tesis P/J. 50/98, P/J. 57/98, P/J. 56/98, P/J. 58/98, P/J. 61/98,

P./J. 55/98, P./J. 51/98, P./J. 53/98, P./J. 48/98, P./J. 60/98, P./J. 49/98, P./J. 59/98, P./J. 52/98 y P./J. 54/98, que aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, páginas 371, 5, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 374, 375, 376, y 378, con los rubros: "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.", "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES.", "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN.", "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.", "APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.", "APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.", "APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.", "APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL.

LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.”, “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.”, “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.”, “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.”, “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).”, “VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.” y “INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS.”, respectivamente.

Bibliografía

- BOLIO RENDÓN, Arturo y Jorge Carlos Estrada Avilés, *La Banca y sus Deudores un Enfoque Práctico y Jurídico*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, 436 pp.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Rev. Manuel Borja Martínez, 3a. ed., México, Porrúa, 1982, 730 pp.
- CASTRO, Juventino V., *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta un Fallo Histórico respecto al llamado "Anatocismo"*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, 162 pp.
- GÓMEZ ROMERO, Luis, "El anatocismo, cinco años después (o la resaca del banquero anarquista)", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, Núm. 9, Serie Doctrina, 2004.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 1970, 830 pp.
- MÉJAN CARRER, Luis Manuel C., *Contratos Civiles. Ayuda de Memoria*, México, Oxford, 2004, 220 pp.
- _____, Luis Manuel C., *Obligaciones Civiles. Ayuda de Memoria*, México, Oxford, 2005, 298 pp.
- PEZA, José Luis De la, *De las Obligaciones*, México, Mcgraw Hill, 1997, 150 pp.
- PINA VARA, Rafael de, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 17a. ed., México, Porrúa, 1984, 491 pp.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 8a. ed. México, Porrúa, 1986, 608 pp.

II.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Las Legislaturas locales y el juicio de amparo

Óscar Germán Cendejas Gleason*

* Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (Naucalpan).

A. La Legislatura como autoridad responsable en la vía indirecta

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Amparo, es autoridad responsable “la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”.

Del libro *Ley de Amparo comentada*, por la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito,¹ quisiera comentar un cambio de criterio en la noción de autoridad responsable.

Hasta 1997 en nuestro sistema jurídico se sostuvo que el concepto de autoridad para efectos del amparo comprendía a todas aquellas personas que disponían de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estaban en posibilidad material de obrar como individuos que ejercitan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponía.

¹ Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, *Ley de Amparo Comentada*, México, Themis, 2008.

Este criterio fue interrumpido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ahora establecer que en cada caso se debe analizar si se satisfacen o no los presupuestos para determinar cuándo una persona puede ser considerada o no, como autoridad responsable para efectos del amparo, porque, con independencia de que puedan ejercer la fuerza pública de manera directa o por conducto de otras autoridades, como órgano de Estado, perteneciente a la administración pública centralizada o paraestatal, ejercen facultades decisorias que le están atribuidas en la ley de manera unilateral, a través de las cuales crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera de los gobernados.

También se han puntualizado como características distintivas que debe tener una autoridad a fin de ser considerada como tal para efectos del amparo, las siguientes: a) La existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad decisoria, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de esa potestad; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales crea, modifique o extinga por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular, y d) que para emitir esos actos no requiera acudir a los órganos judiciales, ni precise del consenso de la voluntad del afectado.

Como puede observarse, estas características no restringen el concepto de autoridad a aquellos órganos que forman parte de la administración pública pues se habla de cualquier ente público, en donde se incluyen las Legislaturas de los Estados.

Conforme a lo expuesto, no todo acto de la legislatura local puede ser considerado como acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo, porque las autoridades del Congreso Local realizan cotidianamente acciones que pueden afectar a un particular, pero que no obedecen necesariamente a una relación de supra a subordinación, como lo son, por ejemplo, sus relaciones laborales; en el supuesto de que el líder de la Cámara rescinda el contrato de trabajo de un auxiliar, se estaría en presencia de una relación obrero-patronal, que si bien es cierto afecta la esfera jurídica del trabajador, suponiendo incluso que pudiera ser arbitrario, no es un acto de autoridad para los efectos del amparo, porque no cumplen con las características indicadas en párrafos precedentes, ya que la ley no le autoriza a realizarlo unilateralmente, es necesario que exista el consentimiento del trabajador (renuncia), se actualice alguna causa de rescisión o se acuda a alguna autoridad, si se trata de una actuación ilegal o arbitraria, puede ser motivo de reclamo de un procedimiento laboral pero no a través del amparo.

Hipótesis distinta se actualiza en el caso de las universidades que son órganos autónomos y por lo general no son consideradas como autoridades; sin embargo, dado que su existencia se sustenta en una ley cuando con base en ésta realizan actos unilaterales que les son permitidos, y esto acontece en una relación de supra-subordinación, afectando la esfera jurídica de un particular, se estaría en el caso excepcional de que se consideren como autoridad responsable para efectos del amparo; por ejemplo: la expulsión de un alumno o impedirle su inscripción.

Pongamos el caso de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), cuando emite y notifica un "aviso-recibo" en el cual apercibe al consumidor de que de no pagar

procederá el corte del suministro de energía eléctrica, realiza un acto de autoridad porque su actuar es unilateral, la ley le faculta para ello, se da en una relación de supra a subordinación y se afecta al gobernado; pero cuando actúa en auxilio de la Administración Pública Municipal al determinar y recibir el pago de derechos por el servicio de alumbrado público, no estamos en presencia de un acto de autoridad.

En nuestra legislación positiva existen diversas intervenciones que desempeñan particulares dentro de la determinación y recaudación de impuestos que no son actos de autoridad para efectos del amparo, pero actúan como auxiliares de la administración pública, por mandato de la ley, como también es el caso de los patrones, de los notarios públicos o de las instituciones bancarias.

Un ejemplo paradigmático que permite evidenciar la diversidad del concepto de autoridad lo encontramos en los notarios públicos, pues como es sabido, sus actividades fundamentales se constriñen a dar fe, protocolizar y certificar contratos y actos jurídicos entre particulares; por tanto, al actuar no lo hacen como autoridad.

No obstante, diversas legislaciones estatales prevén la posibilidad de que los juicios sucesorios testamentarios sean tramitados por un notario público; en este supuesto, si alguna actuación emitida en ese tipo de procedimiento lesionara la esfera jurídica de algún particular, estaríamos en presencia de un acto de autoridad.

De los ejemplos anteriores se desprende que el concepto de autoridad se encuentra en estrecha vinculación con la naturaleza del acto reclamado, y las características mismas de aquél al cual se le imputa la violación de garantías, por ello será indispensable analizar las particula-

ridades del caso en concreto para verificar si se está en presencia de una acción u omisión que contenga las características que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado.

De la lectura del artículo 11 de la Ley de Amparo se puede advertir que será autoridad para los efectos del juicio de garantías la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado. El precepto restringe el concepto de autoridad en atención a la participación que tenga en el acto lesivo señalado como objeto de estudio en la demanda de amparo.

Es pertinente puntualizar que sería el tribunal del amparo el que determine quién tiene la calidad de autoridad en el juicio de garantías, y si su función es como ordenadora o como ejecutora, con independencia de la designación que en ese sentido realice el quejoso en la demanda de amparo.

Más aún la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia en la que señala que si de los informes se aprecia la participación de alguna autoridad diversa no señalada, se debe prevenir al agraviado para que manifieste si es su voluntad ampliar la demanda.

En este sentido, aún cuando se aprecie la impugnación en la demanda de algún precepto de la legislatura local y exista la obligación del juzgador de hacer notar al quejoso que la legislatura local no ha sido llamada aunque exista jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el juzgador de amparo se encuentra impedido a llevar la suplencia al extremo de llamar oficiosamente a quién emitió dicha ley, aun entonces, si a pesar de haber otorgado la oportunidad de ampliar la

demanda del quejoso éste no ejerce ese derecho, no es posible analizar la ley al no haber sido llamada la legislatura local, con las consecuencias jurídicas inherentes a ello.

Si la parte quejosa reclama la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en la Ley de Hacienda en relación al impuesto predial con motivo de la autoaplicación de dichas normas a través del pago del tributo recibido por los cajeros de las tesorerías municipales en el Estado, debe decirse que en tal caso los cajeros no adquieren la calidad de autoridad responsable y, consecuentemente, es improcedente el juicio de garantías promovido en contra por dicha recepción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en el artículo 11 de la propia ley, toda vez que para efectos del juicio de amparo una autoridad responsable es aquella que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto unilateral que crea, modifica o extingue situaciones que afectan la esfera legal del gobernado, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni al consenso de la voluntad del afectado. Se debe enfatizar que los cajeros de las tesorerías municipales tienen a su cargo solamente la realización del acto material atinente a la recepción o toma de caudales, acto que definitivamente no les atribuye el carácter de autoridad responsable.

Por ende, al acto de liquidación si bien constituye un acto de aplicación de la ley que contiene el impuesto predial local, no por ello tal evento puede ser atribuido a la autoridad; ilustra el comentario la tesis de jurisprudencia 2a./J. 153/2007, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 91/2007-SS, cuyo rubro establece:

“AMPARO CONTRA LEYES. LA AUTOLIQUIDACIÓN DE UNA CONTRIBUCIÓN NO ES UN ACTO IMPUTABLE A LAS AUTORIDADES EJECUTORAS, AUNQUE SÍ CONSTITUYE UN ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY A PARTIR DEL CUAL EMPIEZA A CORRER EL PLAZO PARA PROMOVER EL AMPARO”.

También ayuda en la presente exposición la tesis de la Segunda Sala: “AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS”.

El primer párrafo del artículo 12 de la Ley de Amparo, debe ser materia de muy especial comentario dado a que se refiere a los órganos de representación de las Legislaturas Locales en los siguientes términos:

REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O.F. 18 DE MARZO DE 2009.

Artículo 12.- Los órganos legislativos federales, de los Estados y del Distrito Federal, así como los Gobernadores y Jefe de Gobierno de éstos podrán ser representados directamente en el juicio por conducto de los titulares de sus respectivas oficinas de asuntos jurídicos o representantes legales, respecto de los actos que se les reclamen.

En este precepto hay una norma concreta para la representación de los órganos legislativos, ya sean Federales, de los Estados o del Distrito Federal, en su calidad de autoridades responsables.

De la interpretación de esta norma se advierte la posibilidad de que el órgano legislativo acuda al juicio de garantías no únicamente por conducto de los titulares de las oficinas de los asuntos jurídicos, sino también a través de representantes legales, diversos a éstos, porque de otra manera no se entendería la intención del legislador de hacer la distinción entre unos y otros.

No obstante la anterior precisión, las autoridades responsables al encontrarse desprovistas de garantías individuales y siempre que no se trate de cuestiones puramente patrimoniales, no pueden acudir al juicio de garantías, como lo postula la jurisprudencia 2a./J. 45/2003, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO CUANDO ACTÚAN COMO AUTORIDADES DEMANDADAS EN UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, POR ACTOS RELACIONADOS CON SERVIDORES PÚBLICOS MIEMBROS DE CUERPOS DE SEGURIDAD PÚBLICA".

B. Capacidad procesal para comparecer a juicio a través de delegados

El artículo 19 de la Ley de Amparo nos indica como pueden actuar los delegados; el precepto disponía:

REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O.F. 16 DE AGOSTO DE 2005.

Artículo 19. Salvo las excepciones previstas en el primer párrafo del artículo 12 de esta Ley y en el párrafo segundo del presente artículo, las autoridades responsables no pueden ser representadas en el juicio de amparo, pero sí podrán por medio de simple oficio, acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias, rindan pruebas, formulen alegatos y promuevan los incidentes y recursos previstos en esta Ley.

No obstante lo previsto el Presidente...

Este mismo artículo sufrió una nueva reforma en abril de 2009, dejando el texto de mismo de la siguiente manera: "las autoridades responsables podrán ser representadas en todos los trámites dentro del juicio de amparo

en los términos de las disposiciones aplicables. Asimismo, por medio de oficio, podrán acreditar delegados para que hagan promociones, concurren a las audiencias, rindan pruebas, formulen alegatos y promuevan los incidentes y recursos previstos en esta Ley”.

Con motivo de las reformas mencionadas, se supera la tesis por contradicción 2a/J.9/2004 que limita la participación de los delegados exclusivamente a la audiencia, una vez que eran designados por la responsable. El rubro de la tesis refiere: “AUTORIDADES RESPONSABLES. LAS FACULTADES QUE EL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE AMPARO OTORGA A SUS DELEGADOS SÓLO PUEDEN EJERCERLAS EN AUDIENCIAS”.

El precepto limitaba la participación de los delegados designados únicamente a la audiencia en la que sólo podrían rendir pruebas, alegar y elaborar promociones, ahora tienen facultad para promover incidentes y recursos; la nueva tesis es la 2a.XXIX/2006 de rubro: “DELEGADOS DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO. TIENEN FACULTADES PARA PROMOVER LOS INCIDENTES Y LOS RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY DE LA MATERIA (INAPLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 9/2004)”.

La Legislatura local como autoridad responsable en la vía indirecta debe ser efectivamente emplazada, aun existiendo jurisprudencia específica o temática, que se ocupe de la ley o decreto impugnado. Con ello la Suprema Corte es coherente con su criterio en el que postulaba la no necesidad de ordenar la reposición del procedimiento si se advertía la falta de emplazamiento de la autoridad responsable, si, ante la jurisprudencia es evidente que procede negar o sobreseer en el juicio; si la jurisprudencia conduce hacia la concesión del amparo procede

reponer por no privar al Congreso Local de la oportunidad de objetar tanto la procedencia, vicios en la personalidad, la oportunidad de la acción, siendo trascendente, en ese sentido la intervención de la autoridad.

Ilustra el comentario la tesis de jurisprudencia P/J. 126/2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida al resolver la contradicción de tesis 3/2005-PL, de rubro: "AMPARO CONTRA LEYES. DEBE ORDENARSE LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO SI NO SE LLAMÓ A JUICIO A UNA DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, AÚN CUANDO EXISTA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA RECLAMADA".

Sobre la misma línea de pensamiento la tesis de jurisprudencia 1a./J. 11/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 16/2004-PS, cuyo rubro dice: "AMPARO CONTRA LEYES. AUN CUANDO EL HECHO DE NO LLAMAR A JUICIO A ALGUNA DE LAS CÁMARAS QUE INTEGRAN EL CONGRESO DE LA UNIÓN CONSTITUYA UNA VIOLACIÓN PROCESAL. RESULTA INNECESARIO ORDENAR LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO SI LO QUE PROCEDE ES NEGAR EL AMPARO O SOBRESEER EN EL JUICIO".

La ampliación de las facultades del delegado, con motivo de la reciente reforma al artículo 19 de la Ley de la materia, publicada el 17 de abril de 2009, en el *Diario Oficial de al Federación*, no le permite a estos personajes la sustitución de la representación ni a su designación de nuevos delegados, en atención a que la ley señala limitativamente las tareas que le pueden ser encomendadas y sus facultades, sin que entre ellas se

encuentre la de designar delegados o autorizados para recibir notificaciones.

Es de mencionarse la tesis del Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, clasificada como I.9o.A.12 k, cuyo rubro y texto dice: "DELEGADOS DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO. LAS FACULTADES QUE LES OTORGA EL ARTÍCULO 19, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL 16 DE AGOSTO DE 2005. NO IMPLICA QUE AQUÉLLOS PUEDAN A SU VEZ DESIGNAR DELEGADOS O AUTORIZADOS PARA RECIBIR NOTIFICACIONES EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 27 DE DICHO ORDENAMIENTO".

Como hemos visto la participación de la legislatura local es importante dado que entre las defensas que se pueden desenvolver están la de objetar la admisión de demandas notoriamente improcedentes, cuando la extemporaneidad sea evidente, la falta de representatividad del promoverte y poder insistir en la improcedencia a través del medio de defensa previsto por la fracción I del artículo 95 de la Ley de Amparo:

Artículo 95. El recurso de queja es procedente:

...

III. Contra los autos dictados por los Jueces de Distrito o por el superior del Tribunal a quién se impute la violación reclamada, en que admitan demandas notoriamente improcedentes.

A través del recurso de queja, quienes tienen el interés legítimamente reconocido en el juicio de garantías pueden impugnar las resoluciones que dicten los órganos

de control constitucional en los supuestos que, de manera precisa, establece el citado artículo 95.

El recurso se sustancia y resuelve ante los órganos que en cada caso se determinan y tiene por objeto un preexamen de los fundamentos de las resoluciones combatidas pretendiendo con ello que se modifiquen, revocquen o confirmen.

En la fracción I del artículo 95, se contempla una hipótesis contraria a la prevista en la fracción I del artículo 83 de la propia Ley de Amparo, referente a la procedencia del recurso de revisión contra la resolución que desecha o tiene por no interpuesta la demanda de garantías. La fracción I del artículo 95 establece la procedencia del recurso de queja contra el auto que admite la demanda, cuando se estima que ésta es notoriamente improcedente.

Es necesario poner de manifiesto que cuando se tramita el recurso de queja, se debe declarar sin materia si se dicta sentencia en la audiencia constitucional, puesto que la notoria improcedencia de la demanda de garantías ha dejado de tener importancia, bien porque en la sentencia se acreditó plenamente la improcedencia y se sobreseyó o porque se hizo el análisis constitucional que se demandó, pudiendo las autoridades, en la revisión, insistir en la improcedencia del juicio.

Como corolario al comentario, citaré la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala 2a./J. 87/2002 del siguiente rubro: "QUEJA CONTRA EL AUTO QUE ADMITE UNA DEMANDA DE AMPARO. QUEDA SIN MATERIA SI SE DICTA SENTENCIA EN EL EXPEDIENTE PRINCIPAL".

Podría ser notoriamente improcedente si hubiéramos impugnado la ley con motivo de su publicación en la

Gaceta Oficial, si aún no ha entrado en vigor por estar diferida su vigencia en virtud de la existencia de alguna disposición transitoria. Así lo ha definido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia, por reiteración, 2a./J. 81/95, de rubro: "AMPARO CONTRA LEYES. VACATIO LEGIS. CARENCIA DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR UNA LEY DURANTE ESE PERIODO".

Igual puede acontecer la notoria improcedencia si el quejoso combate la ley local con motivo de su primer acto de aplicación, pero la demanda la presenta fuera del plazo de quince días a que se refiere el artículo 21 de la Ley de Amparo, resultando el juicio notoriamente improcedente por lo que hace el acto de aplicación y, consecuentemente, también lo será por lo que respecta a la ley, sin que resulte válido pretender que en relación con esa última se aplique el plazo de treinta días por tratarse de una ley autoaplicativa, pues aun cuando tenga ese carácter, el quejoso la controvertió a través del primer acto aplicación. Ilustra el comentario la tesis de jurisprudencia 2a./J. 95/2005, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 27/2005-SS, cuyo rubro dice: "LEYES AUTOAPLICATIVAS COMBATIDAS CON MOTIVO DE SU PRIMER ACTO DE APLICACIÓN, CUANDO LA DEMANDA ES EXTEMPORÁNEA RESPECTO DE ÉSTE. TAMBIÉN LO ES EN RELACIÓN CON LA LEY, AUN CUANDO NO HAYA TRANSCURRIDO EL PLAZO DE TREINTA DÍAS PARA SU IMPUGNACIÓN".

La cuestión del interés jurídico precisa consideración especial ya que la falta de su acreditamiento al presentar la demanda no la torna notoriamente improcedente atendiendo al derecho adjetivo de quejoso consistente en

probar hasta el día de la audiencia, ya que le asiste interés jurídico por estar involucrado un derecho subjetivo del que es titular, con motivo del acto autoritario; con la exhibición de la documental correspondiente, en esa virtud, sería en sentencia definitiva y ante el ayuno de la prueba, que podrá sobreseerse por la falta de interés jurídico, como corolario al comentario anterior se invoca la tesis XVII.2o. J/15, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, y la tesis I.1o.A. J/5, del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuyos rubros, respectivamente, establecen:

Tesis XVII.2o.J./15: "INTERÉS JURÍDICO FALTA DE. NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 145 DE LA LEY DE AMPARO, PARA DESECHAR DE PLANO LA DEMANDA DE GARANTÍAS".

"INTERÉS JURÍDICO, FALTA DE PRUEBA DEL. NO ES EL MOTIVO MANIFIESTO NECESARIO PARA DESECHAR LA DEMANDA DE AMPARO".

En efecto, si se reclama la ley local con motivo de su primer acto de aplicación será indispensable el acreditamiento de la aplicación perjudicial de la misma, por encontrarse el quejoso inmerso en la hipótesis normativa, a lo que induce a concluir que la falta de prueba encaminada a acreditar tal extremo trae como consecuencia el sobreseimiento en el juicio; puede acontecer que acreditada la existencia del acto en éste no se colme la aplicación efectiva del precepto, es evidente la no habilitación del quejoso para combatir la ley; para una pronta comprensión del caso en concreto se trae a esta sala la tesis IV.2o.A.31 K, de rubro: "INTERÉS JURÍDICO

EN EL AMPARO. CUANDO SE RECLAMA UNA LEY AUTO-APLICATIVA CON MOTIVO DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN, EL QUEJOSO DEBE DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE ÉSTE EN SU PERJUICIO, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE INSTANCIA DE PARTE AGRAVIADA”.

Del Pleno de la Suprema Corte la tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 109-114, Primera Parte, página 191, de rubro: “INTERÉS JURÍDICO. COMPROBACIÓN DEL”.

La aceptación de la existencia de la ley o decreto impugnado no releva al quejoso de probar sobre la inconstitucionalidad que reclama, ya que toca a éste acreditar el perjuicio que sufre con el acto impugnado; ilustra esta afirmación la tesis 1a./J. 1/2002, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro dice: “INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO DE AMPARO. CARGA DE LA PRUEBA”.

En el anterior orden de ideas, también se puede citar la tesis 3a./J. 28/90, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro en forma literal establece: “INTERÉS JURÍDICO PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. A FIN DE TENERLO POR ACREDITADO NO BASTA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA RESPECTIVA”.

C. El informe justificado

En principio es menester recordar el contenido normativo del artículo 149 de la Ley de Amparo, que regula, entre otras cosas, el informe justificado, en los siguientes términos:

Artículo 149. Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación dentro del término de cinco días, pero el Juez de Distrito podrá ampliarlo hasta por otros cinco si estimara que la importancia del caso lo amerita. En todo caso, las autoridades responsables rendirán su informe con justificación con la anticipación que permita su conocimiento por el quejoso, al menos ocho días antes de la fecha para la celebración de la audiencia constitucional; si el informe no se rinde con dicha anticipación, el Juez, podrá diferir o suspender la audiencia, según lo que proceda, a solicitud del quejoso o del tercero perjudicado, solicitud que podrá hacerse verbalmente al momento de la audiencia.

Las autoridades responsables deberán rendir su informe con justificación exponiendo las razones y fundamentos legales que estimen pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado a la improcedencia del juicio y acompañaran, en su caso, copia certificada de las constancias que sean necesarias para apoyar dicho informe.

Cuando la autoridad responsable no rinda su informe con justificación se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso la prueba de los hechos que determinen su inconstitucional cuando dicho acto sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o inconstitucionalidad dependa de los motivos, datos o pruebas en que se haya fundado el propio acto.

Si la autoridad responsable no rinde informe con justificación, o lo hace sin remitir, en su caso, la copia certificada a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, el Juez de Distrito le impondrá, en la sentencia respectiva, una multa de diez a ciento cincuenta días de salario. No se considerara como omisión sancionable, aquella que ocurra debido al retardo en la forma de conocimiento del emplazamiento, circunstancia que deberá demostrar la autoridad responsable.

Si el informe con justificación es recibido fuera del plazo que señala la ley para ello, será tomado en cuenta por el Juez de Distrito siempre que las partes hayan tenido oportunidad de conocerlo y de preparar las pruebas que lo desvirtúen.

De conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo referido (149), las autoridades responsables deberán rendir su informe justificado dentro del plazo de cinco días, contados a partir de que sean notificados de la admisión de la demanda de amparo, el cual podrá ampliarse hasta por cinco días más si el Juez de Distrito lo estimare pertinente. De no ser así, puede ocurrir:

- a) Puede presentarse y tomarse en cuenta hasta ocho días antes de la celebración de la audiencia, esto con la finalidad de que el quejoso tenga la oportunidad de imponerse de su contenido y ofrecer en su caso las pruebas pertinentes. De otra manera, deberá diferirse la audiencia de oficio.
- b) Que se presente incluso hasta el día de la audiencia y que las partes no tengan objeciones; caso en el cual podrán tomarse en cuenta dichos informes y celebrarse la audiencia constitucional.

La omisión de rendir el informe justificado trae aparejadas diferentes consecuencias jurídicas para la autoridad responsable.

La falta de informe hace presumir el acto reclamado; sin embargo, tal presunción se limita a la existencia del acto que se reclama a la autoridad omisa, y no puede afectar a todas las preposiciones de hecho contenidas en la demanda de amparo, ni a otros actos reclamados.

Tratándose de disposiciones de carácter general promulgadas por el Congreso Local, su publicación en el medio oficial de difusión prueba la certeza respecto de la existencia de la ley, aun ante la ausencia del informe o la negativa del acto, por parte de la legislatura local.

Cuando el acto reclamado sea violatorio de garantías en sí mismo, se revela al quejoso de la carga de probar su inconstitucionalidad. Por el contrario, cuando el acto reclamado no sea en sí mismo violatorio de garantías, la omisión de recibir el informe justificado solamente tendrá como consecuencia que se presuma cierto el acto reclamado; pero no su legalidad, cuya comprobación queda a cargo del peticionario de garantías.

Una sanción más que acarrea la falta de informe justificado, es la imposición de una multa de diez a ciento cincuenta días de salario, siempre y cuando esté acreditado en autos que la autoridad responsable y fue legalmente notificada del auto de admisión de la demanda. En este caso, hasta que se omita la rendición del informe con justificación y esté demostrado que la responsable fue emplazada, procederá la imposición de la multa, sin que en ningún caso el Juez de Distrito tenga que ponderar si existió o no mala fe, ya que la rendición de ese informe no es un acto potestativo, sino una obligación legal que pesa sobre la responsable.

Capitulando, se puede decir que el Juez concede cinco días para rendir el informe; por la importancia y trascendencia del caso, o bien por la complejidad para la obtención de constancias, es posible discrecionalmente ampliar el término por cinco días más; la responsable rendirá su informe con la anticipación que permita su conocimiento por el quejoso, al menos ocho días antes de la audiencia constitucional; la consecuencia de rendir informe sin la suficiente anticipación, será que el Juez difiera incluso tratándose de un informe rendido el día de la audiencia; la falta de vista o traslado con el informe acarrea la reposición del procedimiento con fundamento en lo dispuesto por la fracción IV del artículo 94 de

la Ley de Amparo; no podría pasar al siguiente punto sin antes leer la tesis de jurisprudencia 1a./J.8/99, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que es de gran riqueza en cuanto a su contenido y concepto, la tesis referida dice: "INFORME JUSTIFICADO. CONSECUENCIAS DEL MOMENTO DE RENDICIÓN O DE SU OMISIÓN (HIPÓTESIS DIVERSAS DEL ARTÍCULO 149 DE LA LEY DE AMPARO)."

El Juez de Distrito puede diferir por una sola vez la celebración a audiencia constitucional a fin de que el quejoso se imponga del contenido de los informes y documentos anexos al mismo, a fin de que estén en aptitud de preparar su defensa, objetando y ofreciendo pruebas en relación con los nuevos hechos que se dan a conocer al quejoso; de primordial importancia por tratar el tema, es la jurisprudencia: "AUDIENCIA CONSTITUCIONAL, DEBE EN PRINCIPIO, DIFERIRSE DE OFICIO CUANDO LOS INFORMES JUSTIFICADOS NO SE RINDEN CON OCHO DÍAS DE ANTICIPACIÓN A LA PRIMERA FECHA SEÑALADA PARA LA CELEBRACIÓN, SI EL QUEJOSO O EL TERCERO PERJUDICADO NO TIENEN CONOCIMIENTO DE SU CONTENIDO".

Recordemos que habiendo sido impugnada la ley con motivo del acto de aplicación, existiendo otro anterior, si se puede denunciar la improcedencia del juicio por parte de la legislatura local siempre y cuando se exhiba la prueba documental de ese primer acto de aplicación, necesario para acreditar la causal de improcedencia. Me permito traer a colación la tesis de jurisprudencia IV.3o.AJ/10, que dice: "PRUEBA DOCUMENTAL EN AMPARO CONTRA LEYES. ES OBLIGACIÓN DE LA AUTORIDAD HACENDARIA ANEXAR A SU INFORME JUSTIFICANDO LA TENDIENTE DE APOYARLO CUANDO

AFIRMA QUE NO SE TRATA DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN DE LA LEY IMPUGNADA”.

“LEYES, AMPARO CONTRA. DEBE SOBRESEERSE SI SE PROMUEVE CON MOTIVO DEL SEGUNDO O ULTERIOR ACTO DE APLICACIÓN”.

O sea, conjuntamente con el informe se debe exhibir la prueba documental que acredite la causal de improcedencia referida.

La omisión de cumplir con la obligación que pesa sobre las autoridades de exhibir conjuntamente con el informe las pruebas que acrediten la legalidad del acto reclamado trae como consecuencia la imposición de una multa sin que tal omisión traiga como consecuencia el relevar de la prueba al quejoso de demostrar la inconstitucionalidad del acto, sin perjuicio de que el tribunal de amparo tenga la obligación de recabar oficiosamente las pruebas que habiendo sido rendidas ante la responsable, obren en autos (art. 78).

Sobre el tema es recomendable la lectura de la tesis XXII.J/4, que dice: “INFORME JUSTIFICADO. OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES DE REMITIR CONSTANCIAS EN EL”.

En relación con la potestad del Juez de Distrito para referir o suspender la audiencia constitucional, jurisprudencia 1a./J.5/90, que dice: “AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. POTESAD DEL JUEZ PARA DEFENDERLA O SUSPENDERLA”.

En la relación con los efectos que provoca la falta de informe la tesis de jurisprudencia 2a./J.7/94, cuyo texto

y rubro dice: “INFORME JUSTIFICADO. SU FALTA SÓLO HACE PRESUMIR CIERTO EL ACTO RECLAMADO Y NO LA TOTALIDAD DE LOS HECHOS SEÑALADOS EN LA DEMANDA”.

De gran utilidad la que niega cualquier tipo de agravio al quejoso por la omisión de multar ante la falta de informe; la tesis relativa en el número VI.1a.J/101, que dice: “INFORME JUSTIFICADO. LA ABSTENCIÓN DE MULTAR POR NO HABERLO RENDIDO, NO IRROGA AGRAVIO AL QUEJOSO”.

D. Principales causas de improcedencia cuando se impugna una ley de amparo

a. Litisdependencia y cosa juzgada

Cuando hablamos de estas instituciones procesales, enfocadas al Juicio de Amparo, recuerdo, en lo personal las fracciones III y IV del artículo 73 de la Ley de Amparo.

Las fracciones referidas dicen: Artículo 73. El Juicio es improcedente:

(...)

III. Contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas;

IV. Contra leyes o actos que hayan sido materia de ejecutoria en otro juicio de amparo en los términos de la fracción anterior;...

La causa de improcedencia prevista por la fracción III del artículo 73 de la Ley de Amparo, es lo que comúnmente se denomina la litisdependencia; para que se actualice se requiere la existencia de otro juicio de garantías que se encuentre pendiente de resolución.

Su finalidad es evitar que se emitan sentencias contradictorias sobre la misma controversia, pues no es posible que en varios juicios se examine el mismo acto, ya que su constitucionalidad sólo puede juzgarse una vez.

No obstante conviene precisar que la fracción en comentario previene que para que se actualice se debe dar identidad en los amparos respecto de:

- a) Los quejosos
- b) Las autoridades responsables; y,
- c) El acto reclamado.

Pues bien, con relación a las autoridades responsables, debe hacerse mención que aun cuando exista diferencia respecto de éstas porque se señalan a diferentes autoridades ejecutoras, es posible que la causa de improcedencia se actualice en tanto que la finalidad del legislador es evitar que respecto del mismo acto y misma autoridad ordenadora se continúen dos juicios de amparo, pues a fin de cuentas las autoridades ejecutoras sólo podrán realizar lo que la ordenadora indique, salvo que se reclamen vicios propios.

Es pertinente mencionar que cuando se señala como acto reclamado la inconstitucionalidad de una ley, la existencia de dos juicios de amparo impugnando el mismo ordenamiento legal, da como consecuencia necesaria la improcedencia del segundo asunto, si se impugnan

como autoaplicativas; si se impugna como heteroaplicativas, el sobreseimiento del juicio será respecto de aquél que es de fecha más reciente.

No podemos omitir el muy acertado lógico jurídico de la tesis jurisprudencial número: 2a./J/100/99, del siguiente contenido literal: “LITISDEPENDENCIA EN AMPARO CONTRA LEYES. DEBE SOBRESEERSE EN EL JUICIO DE AMPARO EN EL QUE SE RECLAME EL SEGUNDO ACTO DE AMPLIACIÓN”.

Tal evento no se actualiza cuando se impugna una ley local, aplicada en sentencia definitiva, ante los Tribunales Colegiados en amparo directo, sin que se actualice litisdependencia en lo resuelto en otro juicio de amparo directo, por ser la ley que funda la sentencia el acto reclamado propiamente. “APLICACIÓN DE LEYES EN SENTENCIAS EMITIDAS EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. SU IMPUGNACIÓN EN AMPARO DIRECTO PROCEDE EN CONTRA DEL SEGUNDO O ULTERIOR ACTO”.

Debemos recordar que la litisdependencia persigue evitar sentencias contradictorias y se inutilice la cosa juzgada que se puede establecer sobre la misma controversia en la que se reclama la inconstitucionalidad de una ley local. Precisamente de la cosa juzgada se ocupa la fracción IV del artículo 73 de la Ley de Amparo, que dice:

(...)

IV. Contra leyes o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior...

Tal causa de improcedencia tiene como finalidad, preservar lo que comúnmente se denomina cosa juzgada, a fin de evitar juicios constitucionales con idéntico objeto.

En efecto, se actualiza la causal de improcedencia cuando los actos reclamados fueron materia de una ejecutoria en otro juicio de garantías, debiendo concurrir como requisito, al igual que en la fracción precedente, la identidad del quejoso, las autoridades responsables y el acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas.

Esta fracción, a diferencia de la anterior, se refiere a juicios completamente acabados, por eso debe sobreseerse, para preservar la estabilidad y seguridad jurídica, lo que impide que se abra nuevamente la controversia para preservar la firmeza de las relaciones jurídicas que se apoyan en el principio de la cosa juzgada.

No obstante en algunos casos es posible que el segundo juicio de garantías pueda prosperar, si en el primero la demanda se desechó o se tuvo por no interpuesta, porque en este supuesto no entra al estudio de la constitucionalidad de dichos actos, si la demanda es oportuna y no se actualiza diversa causal de improcedencia.

No se actualiza la cosa juzgada si habiéndose promovido amparo contra una ley, una vez dictada la ejecutoria, la ley es reiterada en otro ordenamiento o es objeto de una pequeña reforma, renaciendo la oportunidad de reclamarla en el juicio de garantías por tratarse de acto formal y materialmente distinto a los de reclamación tanto en el primer como en el segundo juicio.

De gran interés y sobre el tema la tesis de jurisprudencia número P/J.89/97, del siguiente tenor literal: “LEYES, AMPARO CONTRA. CUANDO SE REFORMA UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL O SE SUSTITUYE POR UNA DE CONTENIDO SIMILAR O IGUAL, PROCEDE UN NUEVO JUICIO POR TRATARSE DE UN ACTO LEGISLATIVO DISTINTO”.

Un poco fuera del tema, diré que si el acto de aplicación de la ley ya fue materia de ese anterior amparo, en que se dictó ejecutoria, aun cuando se impugne de nueva cuenta, reclamando la ley, en un nuevo amparo, se debe sobreseer porque lógicamente no se puede reclamar la ley desvinculándola de su acto de aplicación. Ilustra el comentario la tesis de jurisprudencia CX. 21a.28/98, dice: “AMPARO CONTRA LEYES PROMOVIDO CON MOTIVO DE UN ACTO DE APLICACIÓN QUE FUE MATERIA DE UNA EJECUTORIA EN ANTERIOR JUICIO DE AMPARO”.

El sobreseimiento, por regla general, no entraña el conocimiento del fondo del asunto y en esa virtud, no procede sobreseerse en el nuevo juicio, salvo que en el primero se hubiera resuelto, en sentencia ejecutoria, sobre la inatacabilidad del acto reclamado, caso en el cual no procede el nuevo amparo por haberse resuelto la inejercitabilidad de la acción. Ilustra este anterior, la tesis de la 2a. Sala, siguiente: “COSA JUZGADA. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO (FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO) CONTRA ACTOS OBJETO DE JUICIO SOBRESEÍDO QUE NO PUEDE RECLAMARSE DE NUEVO”.

b. Leyes heteroaplicativas y autoaplicativas

El criterio de distinción de las leyes dependiendo del momento en que vinculan a su destinatario, como autoaplicativas y heteroaplicativas, nos ha de llevar un poco de tiempo, pero, creo que coincidimos más en que para desarrollar una defensa apropiada en el juicio, teniendo al Congreso Local emplazado como autoridad responsable, es indispensable manejar la naturaleza de autoaplicativas y heteroaplicativas que pueden revestir las leyes.

Tan es importante la distinción apuntada que es materia de un análisis preferente por parte del juzgador a fin de establecer si la demanda de amparo es procedente o notoriamente improcedente por la ausencia de acto de aplicación o porque la sola vigencia de la ley no le depara perjuicio al quejoso.

Para mayor comprensión, he seleccionado el criterio de la Segunda Sala, número XVI.2o.J/2, que ostenta el siguiente contenido literal: "DESECHAMIENTO DE PLANO DE LA DEMANDA DE AMPARO INDIRECTO POR NOTORIA IMPROCEDENCIA. AMPARO CONTRA LEYES".

También como una cuestión perimetral, que es necesario aclarar para evitar entrar al fondo del tema, cabe señalar que los efectos derogatorios de una resolución dictada con motivo de una acción de inconstitucionalidad no trae aparejada la consecuencia de sobreseer respecto de la ley si ésta fue reclamada en una ley de naturaleza fiscal que vinculó al contribuyente durante su vigencia y el amparo persigue obtener tanto la devolución de lo pagado como la nulidad de lo cobrado, con fundamento en la norma reclamada.

Ilustra el comentario la tesis VI.1o.A.J./25 de Tribunales Colegiados, cuyo contenido literal reza: “LEYES HETEROAPLICATIVAS. NO HAY CESACIÓN DE EFECTOS AUN CUANDO SE HAYA DECLARADO SU INVALIDEZ EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

En los mismos términos, el Juez de Distrito no puede desechar, por notoriamente improcedente, la demanda cuando las autoridades mencionadas como responsables, en realidad, no dictaron el acto reclamado, porque podría ser el caso de autoaplicación o bien de la aplicación por intermediación de un particular, o que las mencionadas tengan la función de ejecutorias y sea útil su emplazamiento; en tal supuesto es necesario la lectura de los informes a fin de ponderar la procedencia o improcedencia del acto reclamado. Al caso conviene la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala, número 2a./J.128/2002, que dice: “AMPARO CONTRA LEYES HETEROAPLICATIVAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LAS AUTORIDADES SEÑALADAS COMO RESPONSABLES EJECUTORAS NO HUBIEREN APLICADO LA NORMA COMBATIDA, NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA PARA DESECHAR LA DEMANDA INTERPUESTA EN CONTRA DE LOS ACTOS DE EJECUCIÓN QUE SE LES IMPUTEN”.

Sobre la misma línea de pensamiento la tesis de la otra Sala Auxiliar, de texto y rubro: “INTERÉS JURÍDICO. EXISTENCIA DEL, TRATÁNDOSE DE LAS LEYES AUTOAPLICATIVAS, EN CASO DE NEGATIVA DE LOS ACTOS POR LAS AUTORIDADES EJECUTORAS”.

Para el interés jurídico es suficiente con acreditar que el sujeto se encuentra capturado por la hipótesis normativa, el inicio de su vigencia o con motivo del primer

acto de aplicación, pero respetando los términos para impugnar, que son treinta días del inicio de la vigencia o quince días a partir del primer acto de aplicación.

Los dispositivos que se ocupan de la oportunidad en la presentación de la demanda de amparo contra leyes son el 21 y la fracción I del 22, refiriéndose el primero al genérico de quince días y el segundo al de treinta días a partir del inicio de la vigencia, las normas invocadas dicen:

Artículo 21. El término para la interposición de la demanda de amparo será de quince días. Dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos.

Artículo 22. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I. Los casos en que a partir de la vigencia de la ley, ésta sea reclamable, en la vía de amparo, pues entonces el término para la interposición de la demanda será de treinta días.

Este plazo preclusivo para la impugnación es para las leyes autoaplicativas, que serán reconocidas por actualizarse en hipótesis e individualizarse incondicionalmente, vinculando jurídicamente al gobernado a su cumplimiento desde el inicio de su vigencia, lo que significa que sus efectos vinculatorios no están sujetos a condición alguna.

En el lado opuesto, será heteroaplicativa la ley cuando requiera de la realización del acto necesario para su individualización y puede consistir en la expedición de

un reglamento, o bien, en actos administrativos o jurisdiccionales concretos e incluso comprende el acto jurídico emanado de la voluntad del propio particular y el hecho jurídico ajeno a la voluntad humana, que lo sitúan dentro de la hipótesis legal.

Por otra parte, de conformidad con el segundo párrafo de la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, aun en el supuesto de que no se hubiese interpuesto la demanda de garantías dentro del plazo de treinta días siguientes a la entrada en vigor de una ley autoaplicativa que le afecte, no por ello debe estimarse que la parte afectada consintió tácitamente el acto reclamado, y solamente existirá dicho consentimiento cuando no haya ejercido la acción constitucional de amparo dentro de los quince días siguientes al en que se le notificó o se enteró del primer acto de aplicación de esa ley.

No podemos pasar al siguiente tema sin antes dar lectura a la primordial jurisprudencia número 9./J.55/97, que dice: “LEYES AUTOAPLICATIVAS Y HETEROAPLICATIVAS. DISTINCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN INCONDICIONADA”.

Otra tesis importantísima que tiene que ver con el des-punte del término para impugnar la ley y que lo ubica en las cero horas del día en que inicia su vigencia, porque, se razona, es a partir de este momento que el particular resiente los efectos de la ley de naturaleza autoaplicativa.

La jurisprudencia 2a./J.26/98 dice: “LEYES AUTOAPLICATIVAS. EL PLAZO DE TREINTA DÍAS PARA PROMOVER EL AMPARO INICIA DESDE LA CERO HORAS DEL MISMO DÍA EN QUE ENTRAN EN VIGOR”.

c. Acreditación del primer acto de aplicación

Con independencia de la ley de naturaleza autoaplicativa o heteroaplicativa, el impetrante de garantías debe acreditar el primer acto de aplicación, si no la impugnó con motivo del inicio de su vigencia, pero recordando que debe ser una aplicación perjudicial del acto. En caso contrario si el acto no reedita perjuicio al quejoso, se debe sobreseer en tanto en aptitud de impugnar la ley cuando efectivamente sufra en su status jurídico una afectación real.

Ilustra el anterior comentario la tesis de jurisprudencia 2a./J67/99, que dice: "AMPARO CONTRA LEYES CON MOTIVO DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN. SI ESTE NO CAUSARA PERJUICIO AL QUEJOSO, DEBE SOBRESEERSE POR LA LEY, SIN QUE ELLO IMPIDA AL PROMOVENTE IMPURGARLA EN LA OPORTUNIDAD EN QUE SE APLIQUE EN SU PERJUICIO".

El primer acto de aplicación de la ley estimada como inconstitucional puede, en el inicio de vigencia de una disposición de carácter general, siendo requisito indispensable el amparo, proceder respecto de ésta para estar en aptitud de reclamar la ley tachada de inconstitucional. Es de invocarse la tesis de jurisprudencia número 2a./J.72/2000, del siguiente tenor literal: "LEYES. CUANDO SE RECLAMAN EN AMPARO CON MOTIVO DE SU PRIMER ACTO DE APLICACIÓN Y ÉSTE CONSISTE EN UNA DIVERSA DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL. LA PROCEDENCIA DEL JUICIO RESPECTO DE AQUÉLLAS ESTÁ CONDICIONADA A LA PROCEDENCIA EN CUANTO A ÉSTA".

Es necesario recordar que primero se estudia el planteamiento relativo a la inconstitucionalidad de la ley y,

sólo si se determina negar por la ley, el estudio de acto aplicación que se reclama por vicios propios. Les pongo a su consideración la tesis 2a./J.71/2000, con el siguiente contenido literal: "LEYES, AMPARO CONTRA. REGLAS PARA SU ESTUDIO CUANDO SE PROMUEVE CON MOTIVOS DE UN ACTO DE APLICACIÓN".

La regla consistente en que en amparo directo se pueden impugnar las disposiciones de carácter general aplicadas en el procedimiento del juicio natural o en la sentencia, no impide que también, en amparo directo se puedan impugnar, una vez agotadas las jurisdicciones ordinarias, las leyes aplicadas en sede administrativa de conformidad con el último párrafo de la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, en relación con los artículos 158 y 166, fracción IV, todas disposiciones de la Ley de Amparo. Por su importancia y trascendencia les comparto el contenido de la tesis de jurisprudencia 2a./J. 152/2002, que dice:

AMPARO DIRECTO. EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN PUEDE PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS GENERALES APLICADAS EN PERJUICIO DEL QUEJOSO EN EL ACTO O RESOLUCIÓN DE ORIGEN

Otro ejemplo de acto de aplicación lo constituye la respuesta a una consulta fiscal, siempre y cuando se refiera a una situación real y concreta, y se trata del primer acto de aplicación de tales disposiciones en perjuicio del contribuyente, y la tesis de jurisprudencia que nos ayuda sobre el tema, en el número P./J.82/2003, que dice: "CONSULTA FISCAL. SU RESPUESTA ES APTA PARA ACREDITAR LA OPORTUNIDAD Y EL INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LEYES, SI SE TRATA DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN DE LAS

NORMAS EN QUE SE FUNDA Y QUE SE REFIERA A UNA SITUACIÓN REAL Y CONCRETA”.

Debiéndose sobreseer, en general, si el amparo se reclama en contra del segundo o ulterior acto de aplicación, de conformidad con la tesis de jurisprudencia, del Tribunal Pleno, que dice: “LEYES, AMPARO CONTRA. DEBE SOBRESEERSE SI SE PROMUEVE CON MOTIVO DEL SEGUNDO O ULTERIOR ACTO DE APLICACIÓN”.

d. Leyes electorales

La única vía para impugnar leyes electorales es a través de las acciones de inconstitucionalidad.

El artículo 105, fracción II, cuarto párrafo de la Constitución y en su ley reglamentaria, establece que las leyes electorales federales y locales deben promulgarse o publicarse cuando menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse; durante el proceso electoral, las leyes de esa materia no podrán someterse a modificaciones substanciales, siendo que el sistema de impugnación la acción de inconstitucionalidad, que puede promoverse dentro de los treinta días naturales a su publicación; siendo competente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para conocer de estos juicios, debiendo sobreseer aquellos juicios de amparo en los que se plantea la inconstitucionalidad de una ley electoral.

Es de citarse la tesis del Tribunal Pleno número P/J. 25/2002, cuyo contenido literal dice: “LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

e. Imposibilidad de que se concreten los efectos de la sentencia concesoria

Habr  casos en que exista una posibilidad jurídica de lograr los efectos restitutorios que son propios del amparo, al acontecer que aun cuando se desaplique un decreto evidentemente contrario a la Constitución, el ciudadano quejoso se vea capturado por la obligación que trata de eludir por mandato de una norma de mayor densidad de impugnación o bien ajustada a la ley fundamental, la tesis que les traigo, de jurisprudencia, número 2a./J.90/2007, que dice: "ACTIVO. ES IMPROCEDENTE EL AMPARO POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE EQUITAD TRIBUTARIA, PROMOVIDO CONTRA EL DECRETO POR EL QUE SE EXIME DEL PAGO DE AQUEL IMPUESTO A DETERMINADOS CONTRIBUYENTES".

E. Los efectos de sentencia que concede el amparo contra una ley

En principio cabe señalar que el individuo que obtiene sentencia favorable en juicio de garantías, queda desvinculado del imperio de la norma impugnada, debiendo las autoridades ejecutoras abstenerse de aplicarla en el futuro mientras est  vigente.

Tratándose de las normas del Congreso, éste no tiene que desplegar ningún comportamiento con motivo de la conces n, porque el amparo no tiene efectos *erga omnes*, y aun existiendo jurisprudencia, la norma mantiene toda su obligatoriedad.

Se aplica la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución a la autoridad ordenadora que ha manifestado

rebeldía en el cumplimiento del fallo protector y omite desaplicar la norma con todos sus efectos; ejemplo: devolver las cantidades enteradas, si se trata de una ley en materia fiscal.

También se aplicará la mencionada fracción si habiéndose declarado inconstitucional la norma, la reitera, incurriendo en la repetición del acto reclamado. Resultan aplicables los siguientes criterios:

Tesis: 2a.CXV/97, de la Segunda Sala: “INEJECUCIÓN DE SENTENCIA. NO PUEDEN INCURRIR EN ELLA LAS AUTORIDADES QUE SOLAMENTE EJERCIERON FACULTADES LEGISLATIVAS O REGLAMENTARIAS”.

Tesis: P/J.112/99: “AMPARO CONTRA LEYES. SUS EFECTOS SON LOS DE PROTEGER AL QUEJOSO CONTRA SU APLICACIÓN PRESENTE Y FUTURA”.

Tesis: 2a./J.188/2004, de la Segunda Sala: “AMPARO CONTRA LEYES FISCALES. OBLIGA A LAS AUTORIDADES RESPONSABLES APLICADORAS A DEVOLVER LAS CANTIDADES ENTERADAS”.

F. El recurso de revisión

A modo introductorio, recordemos que el recurso de revisión es un instrumento jurídico, contemplado en la Ley de Amparo, que puede ejercerse contra las resoluciones dictadas en amparos ante Juzgados de Distrito, o en los casos de amparos tramitados ante la Suprema Corte.

El recurso de revisión procede en los siguientes supuestos: auto que desecha la demanda de amparo;

resolución que conceda, niegue o revoque la suspensión definitiva; auto de sobreseimiento, y sentencia que se pronuncie sobre el fondo del amparo, ya sea para otorgar o negar el amparo o para sobresee el juicio (arts. 71,65,92 y 86 de la Ley de Amparo).

De carácter general, este recurso puede ser interpuesto sólo por las partes que intervienen en el juicio constitucional en que se promueve la resolución recurrida.

Ya analizando el caso que nos atañe, el cómputo será de diez días desde la notificación que, para las autoridades notificadas por oficio, surtirá efectos el mismo día y, por ende, el cómputo corre a partir del día hábil siguiente.

Los delegados pueden promover el recurso de revisión; lo mismo el representante, en el caso en que lo prevé la ley.

Los agravios deben combatir la sentencia reclamada, defender el acto y su constitucionalidad, sin superar la fundamentación del acto reclamado.

Procediendo la revisión adhesiva dentro de los cinco días siguientes a la admisión del recurso de revisión, la promueve el que obtuvo e insiste en los planteamientos hechos valer o mal atendidos por el *a quo*.

Cabe señalar que habiéndose concretado la inconstitucionalidad de la ley, en primera instancia, la segunda instancia sólo puede ser iniciada por el congreso emisor de la ley o por las autoridades que intervinieron en su promulgación y publicación. En esa virtud no estarán legitimadas para promover la revisión las autoridades

aplicadoras de la ley. Funda el comentario en artículo 87 de la Ley de Amparo, que dice:

Artículo 87. Las autoridades responsables sólo podrán interponer recurso de revisión contra las sentencias que afecten directamente al acto que de cada una de ellas se hayan reclamado; pero tratándose de amparos contra leyes, los titulares de los órganos de estado a los que se encomiende su promulgación, o quienes los representen en los términos de esta ley, podrán interponer, en todo caso, tal recurso.

G. La legislatura como quejoso

La Legislatura podrá constituirse en la figura del quejoso cuando se vea afectado su patrimonio, al actuar en un plano de coordinación de los particulares, tal como lo establece el artículo 9o. de la Ley de Amparo, que señala que:

Las personas morales públicas podrán ocurrir en demanda de amparo, por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que se reclame afecte los intereses patrimoniales de aquéllas.

Respecto a este punto, véase la siguiente tesis del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis aislada número I 12o.A.53:

PERSONAS MORALES OFICIALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY DE AMPARO. IMPROCEDENCIA DEL JUICIO, CUANDO OCURREN EN DEFENSA DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO.

Si bien, por regla general, es procedente el juicio de amparo cuando se afecten los intereses patrimoniales de las personas morales oficiales, lo cierto es que esa hipótesis no se

surte cuando se trata de bienes del dominio público. El artículo 9o. de la Ley de Amparo señala que las personas morales oficiales sólo pueden ocurrir al amparo en defensa de sus intereses patrimoniales. Si se le diera una interpretación literal a ese precepto resultaría ocioso, pues si el patrimonio es la suma de derechos y obligaciones de una persona (moral o física), entonces en cualquier caso podrían acudir las personas morales oficiales (llámese órganos de gobierno) al juicio de garantías, esto es, sin restricción alguna. Pero esa interpretación no es correcta, ya que al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación* (y desde luego recogiendo teorías antecedentes de ésta) sostuvo que el Estado podía actuar con un doble carácter; y que, como autoridad, no podía ocurrir al juicio de amparo, lo que es evidente si se toma en consideración que el referido juicio tutela garantías individuales. Partiendo de lo anterior, puede concluirse que las personas morales oficiales pueden ocurrir en defensa de sus intereses patrimoniales, en los términos del artículo 9o. de la Ley de Amparo, cuando se cumplen dos condiciones; la primera, que ocurra desprovista de imperio, es decir, como un simple particular; y la segunda, que ocurran en defensa de bienes del dominio privado, porque son ese tipo de bienes los que se pueden defender mediante el juicio de garantías, y no aquellos del dominio público, para cuya defensa la ley ha creado otros medios de impugnación. La doctrina ha distinguido entre lo que son bienes del dominio público y bienes del dominio privado, de tal manera que sólo la defensa de los bienes del dominio privado puede llevarse a cabo válidamente mediante el juicio de garantías, y no así los del dominio público. Así por ejemplo, cuando se afectan las participaciones de un Estado en ingresos federales, se trata de una afectación a los bienes del dominio público. Los bienes del dominio público son, entre otros, los destinados a sufragar el gasto público y satisfacer las necesidades públicas y forman parte del patrimonio, tanto como por su origen como por su destino. Por tanto, si la quejosa acude al juicio de amparo en defensa de sus bienes públicos, no es procedente el juicio de garantías. Conforme a lo dicho debe tenerse que en términos del artículo 9o. de la Ley de Amparo, las personas morales oficiales pueden acudir al juicio

de garantías en defensa de su patrimonio privado; sin embargo, cuando ocurre en defensa de sus bienes de dominio público o de las facultades de autoridad con las que se hayan investidas, el juicio de garantías no es procedente, sino otros medios de impugnación que la ley haya instituido a su favor.

Amparo en revisión 482/2005. Secretario de Finanzas y Planeación del Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en representación del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. 26 de mayo de 2006. Unanimidad de votos.

III.

CULTURA JURISDICCIONAL

1. Decisión judicial

José Ramón Narváez Hernández*

* Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La ética es una cuestión que debe dejar atrás falsas formalidades y debe acercarnos hacia una sinceridad no sólo profesional sino como seres humanos. La idea de este ciclo de conferencias,¹ al cual pertenece la presente, tiene como finalidad originar la reflexión en torno a la función del Juez. Es cierto, en algún sentido cualquier persona que esté involucrada en la toma de decisiones puede aprovecharse de esta reflexión. De este modo, un ciclo como el que hoy nos convoca, trata de dos grandes temas: El tema de la ética, aplicado al ámbito judicial y al del ejercicio específico de la justicia; a mí tocaría vincular estos dos temas.

Bien podría pensarse que la ética judicial nos ha venido a decir que el Juez se debe portar bien, pero no sólo se debe portar bien, sino que también debe hacer bien su trabajo judicial, es decir, debe tomar buenas decisiones.

Por algún tiempo se creía que existía un límite al análisis del trabajo jurisdiccional, que no se debía rebasar, que la ética judicial solamente podía hacer algunas sugerencias sobre la conducta exterior del Juez.

¹ Ciclo de conferencias "Criterio y Conducta del Juez", Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Estado de Nuevo León, octubre de 2009.

Podrían recriminarme el estar pisando un terreno fangoso. Dicen algunos: el momento de la decisión es casi sagrado. Pareciera que por más esfuerzos que hiciéramos los teóricos, no podría llegarse a develar cómo piensa un Juez en su interior. Suele pensarse que la decisión se toma dentro de la conciencia, que es de alguna manera, intangible, inaccesible para cualquier otra persona. Esto no es tan cierto, hoy la misma ética judicial está empujando hacia otros derroteros, conocemos más del modo en cómo decide un Juez, y no sólo en un plano estadístico, que ahora está muy de moda respecto de los estándares de calidad; más allá de eso, podemos y debemos revisar la decisión judicial también en un sentido ético, debemos hacer un examen crítico, sobre la toma de decisiones a nivel judicial. La exposición la dividiremos en seis puntos.

A. Decisión judicial

El primer punto es definir qué cosa es una decisión. Como segunda cuestión vamos a ver qué significa lo judicial, qué significa tomar decisiones en sentido judicial. Luego vamos a ver un tema escabroso, la discrecionalidad. Porque es como un tema que no se debe tocar, es un tema tabú judicial.

Algunas teorías afirman que el Juez no debe tener discrecionalidad, al grado que la palabra “discrecional” ha tomado tintes peyorativos. Se asocia al Juez discrecional con un Juez imprudente. Cuatro, vamos a ver los modelos sobre tomas de decisión en materia judicial, o dicho de otro modo, qué es lo que decide el Juez. Posteriormente analizaremos en el punto 5, qué necesita el Juez para tomar la mejor decisión posible. Con esto nos estamos

metiendo en un asunto bastante complejo. Por último, en el punto 6 hablaremos de lo que es la distinción, digamos, si es esa la mejor decisión posible, ¿hacia dónde se puede ir con esa decisión? es decir, si existen o no, reglas para decidir; haremos una breve reflexión sobre el mito de la ponderación, o el ponderacionismo.

Para empezar hay que decir que partimos de una especie de hipótesis negativa: La decisión judicial no es susceptible de ser valorada. Claro, si estamos hablando de ética, estaríamos en posibilidades de hacer a la decisión judicial algo susceptible de recibir una especie de juicio moral. La moral entendida como su etimología *mores*, que significa costumbre, y la costumbre en derecho es una fuente, pero más allá de eso, las sociedades siempre han creído, sobre todo en una sociedad como Oaxaca, han creído, que efectivamente el transcurrir del tiempo va haciendo que las cosas mejoren. Hay mezcales que en las barricas toman una consistencia mejor, después de estar ahí en la madera especial para eso, bueno pues lo mismo sucede con las actividades humanas. Hay una creencia y no errónea, en que las actividades humanas pueden mejorar a partir de la experiencia.

Primer punto ¿qué significa decidir? Bueno, hay una cuestión aquí interesantísima, parece que la etimología de decidir comparte mucho con otra palabra que es decir que es una cuestión externa y que en derecho puede llegar a originar obligaciones, pero aun la decisión que se considera cuestión interna, pero como ninguna persona vive aislada, porque vivimos en una comunidad, podríamos decir que cualquier decisión tiene una repercusión delante de los demás. Es cierto, la decisión es un acto interno, pero su trascendencia es siempre externa.

Aun cuando decidimos cosas que sólo van a tener que ver con nosotros, siempre va existir una trascendencia externa. Entonces se decide y se dice. Es decir, podemos también ponerlo en estos términos. Se lee el problema y después se expresa la solución de ese problema, en términos técnicos a la primera fase se le denomina interpretación, una introspección de la realidad para dar una lectura de la misma.

El segundo momento, es cuando se dice la solución, entonces se argumenta. Ahí tenemos las dos grandes materias que hoy están de moda, interpretar y argumentar.

Una decisión, implica elegir, es decir, discriminar opciones para quedarse con una. Aquí hay un mito que hay que apuntar ya de inmediato, no siempre y en la mayoría de casos es así, las opciones son dos. Estamos acostumbrados a que en materia de justicia veamos el problema de la decisión como un problema entre dos partes a resolverse por un tercero, y en esto tienen la culpa los procesalistas, que nos decían que para construir el proceso, había que contar con tres puntos, la demanda, la contestación, con el que se armaba la litis y el decisor. Bueno, en la práctica, las decisiones no siempre son dos, son muchas más, siempre hay muchas opciones y muchas cosas sobre las que hay que decidir. Efectivamente, puede que al final del análisis, parezca que dos son las mejores opciones, pero no pierda de vista que es muy difícil que sólo haya dos opciones. Puede haber siempre una tercera opción y quizá esta tercera opción pueda a veces ser la mejor, porque es justo la que hemos dejado de lado, es decir, puede que sea la síntesis o la solución de esas otras dos que están radicalizadas o tan polarizadas. Claro, esto va a presentar

un problema, parece que el Juez no puede ir más allá de lo que se le ha pedido, pero esto puede constituirse en una forma de denegación de justicia.

B. Discrecionalidad

Pasamos al punto número 2. Todo mundo decide. Hoy decidieron por ejemplo qué ropa ponerse, decidieron salir un poco antes o un poco después, decidieron qué iban a desayunar, decidieron qué iban a comer, pero qué tiene que ver esto con lo judicial. Aunque ustedes no lo crean, este ejercicio que estamos haciendo no era muy común, hace poco tiempo se creía que el Juez no decidía, parece curioso pero es así, se creía que el Juez solamente era un aplicador o enunciador de la ley. Hoy nos estamos metiendo en esos terrenos porque nos lo permite el espacio dialógico, es decir, hoy tenemos Jueces que sí creen que deciden y que sí deciden, claro siempre han decidido, pero ahora son conscientes de ello.

Y ¿por qué es importante el tener conciencia de la decisión? Pues porque en la decisión hay un compromiso, si yo tomo una decisión soy responsable con esa decisión que tomo, pero ¿qué tiene que ver con lo judicial? Bueno lo judicial, tiene que ver con otra palabra, hermosa, que es la justicia. La justicia en su sentido que le había dado Celso, y después transcribió Ulpiano, es dar a cada uno lo suyo. Y aquí automáticamente, a sus mentes, vienen nuevamente dos partes, dos porciones que se deben dar a cada uno. Pero si lee con detenimiento la fórmula de Ulpiano, uno se da cuenta que jamás dice, a cada una de las dos partes; es decir, que el ejercicio de la justicia, no tiene que ver con elegir entre dos partes, sino dar a cuantos intervengan en el asunto lo

que les corresponde, y esto, como ustedes saben, los romanos lo heredaron de la tradición filosófica griega, y después se desdibujó con el paso del tiempo. Ahora, redescubierta esta relación, podemos decir que el dar a cada uno lo que le corresponde implica al menos tres partes, la tercera parte es la sociedad. Efectivamente, la sociedad, porque Aristóteles había explicado que la justicia es conmutativa, en una causa, pero también hay en todo proceso un ejercicio de justicia distributiva respecto de la comunidad.

Yo estoy ahora de alguna manera planteando un panorama distinto al tradicional, estamos habituados a pensar que un litigio se hace de la contraposición, del choque de dos opciones, de dos posturas que se cierran; es más, estamos pensando en términos de guerra, dicen algunos. Y la guerra se resuelve, bueno pues obviamente entrando en conflicto y saliendo vencedor uno. Si el juzgador le está dando lo que le corresponde a cada quién, a la parte por decirlo así, que no ganó, eso es lo que le corresponde, no es que se le está quitando, sino que le corresponde menos, pero en otro sentido le corresponde más, ¿por qué? porque forma parte de una comunidad, se beneficia con la decisión justa.

En una cultura ética, la parte que no obtiene sus pretensiones debería estar consciente de ese otro beneficio que obtiene a través de la comunidad, porque cuando se encuentre de ese lado, se va a ver beneficiado, porque la experiencia ayuda a mejorar a las sociedades. La sociedad tiene un interés especial en la causa. Considero que este conocimiento nos ayudaría a que el juzgador tenga en cuenta justamente este ejercicio de dar a cada quién lo que le corresponde. Y las partes estarían conscientes de lo que efectivamente les corresponde. Yo lo he

oído, lo he oído a nivel digamos Suprema Corte. Se podría decir que en ese momento son partes distintas ¿no? O sea en una controversia, yo he oído a partes perdedoras decir, bueno pero si la decisión beneficia a la colectividad que bueno. Digo, si así pensáramos todos, sería un cambio de cultura jurídica abismal. Ahora ustedes podrían decir, pero esto es una utopía, cuándo vamos a llegar a eso. Señores, las comunidades indígenas funcionan así. No es cuestión de historia del derecho, claro en la historia del derecho hay muchos casos. Las comunidades indígenas que están más vinculadas no sólo al cosmos o a la naturaleza, sino más vinculadas a este ideal de justicia, funcionan así. Cuando el Juez comunitario dice a este señor le corresponde esto, y a este le corresponde esto otro, los dos se van tranquilos, se dan la mano, digo no en todos los casos, pero en un sentido antropológico, en un sentido en general hay más sentido de justicia.

El Juez sí decide y debe decidir respecto de lo que le corresponde a cada quién, y puede corresponderle no sólo quitarle a uno para darle al otro, sino de alguna manera, mediar. Por eso, la imagen que representa a la justicia es una balanza, que no es un solo plato, sino dos y no es que cuando le da uno, el plato se llena y el otro se va hasta arriba. No, va mediando. Esa es la idea. Ahora en esta mediación, claro, hay un problema al que se ha enfrentado el Juez desde siempre en toda la historia, ¿qué tanta libertad tengo para elegir? y entonces entramos a lo que se llama la discrecionalidad. Y aquí, pues hay que desmitificar una cosa, o una palabra, más bien hay que resignificarla, asignarle un nuevo significado. Si vamos al diccionario, discreto es sinónimo de prudente. Si yo les preguntara, quieren Jueces discrecionales, me dirían que no, pero si les pregunto quieren

Jueces prudentes, me van a decir que sí. Entonces ven como hay un desfase conceptual. Finalmente el Juez es siempre discrecional ¿por qué?, porque debe de ser siempre prudente, debe tener esa libertad. Ciertamente, hay una especie de línea delgada entre ese acto interno de optar, de decidir, de decir qué le corresponde a cada quién, hay una línea delgadísima con el acto de exteriorizarlo; por tanto, esa línea delgada, aunque sea muy delgada marca una distinción, y esta distinción tiene que ver con esta libertad.

Porque si no, hagamos lo que sugiere la película de *Minority report*, hagamos computadoras, llenémoslas de datos y que decidan ellas, si finalmente lo único que queremos es una opción que sea perfectamente mesurable pues hagamos eso, *software* para decidir. Parece que queremos que quien decida sea un ser humano, porque desde niños le dimos a otro ser humano la posibilidad de que nos ayudara, de que nos asistiera en la toma de decisiones, y esto es un ejercicio de prudencia, preguntarle a otro cuál es la mejor solución posible, porque creemos que ese otro tiene la capacidad para decirlo; entonces aquí se genera un vínculo interesantísimo, que es el que nos está faltando en este sistema judicial mexicano, me refiero a todos los Jueces y a toda la sociedad. Nos falta este nexo, es decir, confío y estoy consciente que este que va a decidir es capaz de hacerlo. Y a esto, los antiguos, a este nexo recíproco, le conceden mucha importancia.

Ese nexo en la antigüedad se le llamaba *auctoritas*, autoridad moral diríamos hoy ¿Qué quiere decir esto?, los romanos distinguían entre *potestas* y *auctoritas*. La *potestas* es el poder para obligar a otros a hacer algo, es hacer hacer, pero la *auctoritas* implica reconocerle un

saber a alguien que nos hace querer hacer, o sea yo hago algo, porque el que me lo dice sabe cómo hacerlo, considero que es lo más óptimo para llegar al fin que persigo. Claro, este concepto de *auctoritas*, es muy difícil de construir, no lo da un papel, no lo da un nombramiento, no lo da ni siquiera muchos conceptos ni conocimientos, tiene que ver con la ética, tiene que ver que con un ser y un parecer, con una imagen. Y esto nos lleva a pensar que no basta tener un sistema, una estructura para la toma de decisiones, o sea me refiero a un derecho sustantivo, un derecho adjetivo, unos tribunales, sino que lo más importante son las personas que hacen esa estructura.

Recordemos que a la discrecionalidad de hoy en la antigüedad la llamaban prudencia. Prudencia, curiosamente, en latín significa el arte de decidir con justicia. Ya entonces estamos aterrizando, no es algo etéreo la justicia, la prudencia es una virtud, como virtud es un hábito bueno, y como hábito implica una serie de actos por los cuales nosotros buscamos hacer lo mejor posible en el momento que es más apto. Entonces esta búsqueda constante de mejorar, es un arte, porque según los antiguos, *ars* o *technè* significa la transformación de la naturaleza para el aprovechamiento nuestro. Y ese aprovechamiento va generando un bagaje de experiencias.

Aquí hay que quitar otro mito, de que teoría y técnica están separadas, porque el saber jurisprudencial es un saber práctico. O sea, el Juez no debe solamente saber, debe saber hacer, y no solamente debe saber hacer, debe saber hacer querer, ¿ven qué complicado? No puede pensar que ya hizo su sentencia y que con eso ya hizo todo su trabajo. Bueno, y ¿qué tanto sabes tú que esto va a impactar, que va a lograr hacer querer al otro lo que tú le estás pidiendo? Entonces ya ahí entramos en un

examen más complicado. Este conjunto de experiencias, sirve a otros Jueces. Los buenos criterios judiciales valen oro, porque han servido para mejorar a la comunidad. Después de diez casos en donde se reconocía que el que era primero en tiempo era primero en derecho, se creía que ahí había un principio: siempre se ha favorecido con la decisión al que era primero en tiempo, esto significa que podemos usar la experiencia y esta experiencia nos puede dar o hacer que seamos más eficaces, hay que echar mano de la experiencia, y por eso entonces la palabra prudencia, la palabra discrecionalidad, se unen a la justicia y forman una palabra que se llama jurisprudencia. Por lo que les he dicho, podemos construir un concepto y decir que la jurisprudencia es el arte de decidir con justicia aplicando el derecho.

Claro, esto qué tiene que ver con los que llamamos jurisprudencia en México; pues tiene que ver, que ahí lo que se está buscando, echar mano de la experiencia, aprovechar las mejores decisiones posibles. Y este ejercicio tiene que ver con la mejoría de una sociedad, de un sistema judicial, y por eso es que la palabra jurisprudencia, aunque nos aprendamos conceptos bastante técnicos, la institución de la jurisprudencia nos heredó toda la capacidad para hacer de esta sociedad algo más justo. Desgraciadamente no lo creemos así. Entonces esta falta de ejercicio crítico sobre ello, nos lleva a desaprovechar algo que podría ser bastante benéfico.

Pasamos al número cuatro. Entonces hasta aquí, recapitulando, el Juez sí decide, el Juez decide qué dar a cada quién, y este ejercicio de dar a cada quién lo hace con libertad, pero no es un libertinaje, esta libertad es necesaria porque el Juez debe, y permítaseme la palabra, “ajustar el derecho”, debe buscar el mejor momento

posible para aplicar lo mejor posible el derecho, ¿por qué? Porque este ejercicio de equidad, *equitas*, este ejercicio lo hace un mejor decisor, y en la medida en que sea un mejor decisor, serán más respetadas sus decisiones. Nosotros recurrimos y le creemos y le hacemos caso a quien nos da buenas opciones, y nos dice cómo decidir mejor, dice lo que nuestros padres, nuestros maestros, nuestros jefes, eso es autoridad moral y eso es lo que la gente busca.

Y pasamos al número quinto. Basado en este modelo, cuál sería digamos el mejor modo de decidir, o lo que podríamos expresar con algunas preguntas ¿qué es lo que decide el Juez?, ¿qué modelos tiene para decidir? Y ya vimos que sí decide, sí decide a cada quién, pero ¿cómo lo hace? Bueno, yo les podría hacer un examen, a ver vamos a hacerlo ¿qué es lo que decide el Juez?: a) qué norma aplicar, b) cuál de las partes tiene la razón, y c) qué corresponde a cada quién.

Conforme al desarrollo que se ha seguido del tema, se podría decir que han cambiado de opinión, ahora me dicen que la respuesta es que hay que decidir qué es lo que le corresponde a cada quién. Curiosamente es una actividad que se hace a diario, pero no nos ponemos a pensar finalmente qué es lo que decide el Juez. Claro, estas posibles respuestas son justamente en la toma de decisiones judiciales, la primera la que denominamos qué norma aplicar, se denomina subsunción, y es un modelo que se elabora respecto de la lógica formal. Es decir, se tienen dos premisas, premisa mayor y premisa menor, y se tiene después una conclusión, por eso es que se creía que el Juez no decidía, que el Juez lo único que hacía era aplicar la lógica, premisa mayor, la norma que hay que aplicar, premisa menor, los hechos

y entonces así la decisión es muy fácil, el Juez busca qué norma aplicar y después la conclusión, que es la respuesta, es decir, la opción por la que se decidió.

Ahora bien, esto que parece tan certero, pues así tendríamos toda la seguridad jurídica del mundo, o sea el Juez estaría directamente vinculado en sus decisiones a un sistema, este sistema le diría todas las respuestas, la única libertad que tendría sería la de elegir qué norma aplicar. Y si ustedes platican con los Jueces se darían cuenta que esta no es la primera decisión, el Juez parece y vuelvo a ese momento inicial, que decide antes y después busca la norma, claro esto no nos lo pueden decir, pero así es, el Juez decide y después va a buscar la norma. Entonces nosotros tenemos, por como está planteado nuestro sistema, que simular, es decir, tenemos que pensar que es así, que efectivamente el Juez no decidió con anterioridad sino hasta que encontró la norma e hizo su ejercicio de subsunción, efectivamente así es como está planteado nuestro sistema, pero en la realidad es un modelo aparente.

Entonces, si yo digo que hemos descubierto la apariencia de este modelo, sería importante y nos ayudaría a mejorar mucho el que pudiéramos reflexionar sobre ese momento previo de la decisión. Es decir, sí, tendrás que hacer la subsunción, o sea tendrás que aplicar una norma, y tendrás que fundamentar, pero ¿puedo ayudarte en ese momento previo? Yo creo que sí, ya le estoy ayudando diciéndoles que no basta que el Juez haga bien ese ejercicio, ese ejercicio de subsunción, sino que es importante que también desde el inicio trate de actuar conforme a la ética, que trate de aprovechar la experiencia respecto de la jurisprudencia, que trate de ser una persona con autoridad moral. Luego dicen que parece

que la ética fuera algo nuevo, parece que la ética estuviera hoy de moda, porque antes se creía que este ejercicio previo de la decisión no existía.

Este modelo de la subsunción, fue un modelo que se ha utilizado por bastante tiempo, pero claro, hoy como se encuentran las cosas, parece también que otra de las posibles respuestas u otro modelo sería, que el Juez decide cuál de las partes tiene la razón, y también es un modelo bastante atractivo porque nos vincula a la justicia, o sea, el Juez hace justicia, porque decide qué parte tiene la razón, y la ponderación es un poco esto. Superamos ese problema de la subsunción, pero ahora nos enfrascamos en otro, porque ya se los dije al inicio, no hay siempre sólo dos partes, también está la sociedad. Parece entonces que la tercera respuesta es el modelo más adecuado, es decir, ¿qué es lo que decide el Juez? Decide qué es lo que le corresponde a cada quién. Ahora en este ejercicio, de decidir qué le corresponde a cada quién, este ejercicio es ordenador, el Juez ordena, no ordena en el sentido de que manda hacer cosas, sino que “acomoda” las cosas en su mejor sitio posible, el Juez debe estar consciente que es uno de los principales actores, es uno de los principales promotores del orden jurídico.

El sistema está ahí, las leyes, la estructura, la Constitución hasta arriba, por eso es que los juristas, los filósofos del derecho, por quien tienen más atracción, más afecto, es por el Juez. Porque el legislador puede decir misa, puede hacer un sistema perfecto, pero quien ordena, quien distribuye es el Juez, y esa es la razón, por la que en México, don Ponciano Arriaga decía que a pesar de que tengamos leyes maravillosas, esto parece estar tan desordenado, hay que poner más atención en

esta parte, en el orden. Aunque la palabra ordenar tiene dos sentidos. Por un lado organizar pero a la vez decir hágase así para lograr el orden. Aquí entra la razón porque el que ordena y el que obedece, busca organizar las cosas a través de órdenes racionales. Se obedece en la medida en que efectivamente lo mandado representa mejoría.

¿Qué necesita el Juez para tomar la mejor decisión posible? Ya estamos de acuerdo, espero que sí, de que el Juez no debe tomar cualquier decisión, no debe sólo aplicar un artículo, debe tomar la mejor decisión posible, y esta mejor decisión posible tiene que ver con dar lo que a cada quien le corresponde ¿Cómo tomar esa mejor decisión posible?: a) con una norma aplicable a los hechos; b) buscando que haya un beneficio; c) construyendo una hipótesis como solución del caso. El problema es que esto implicaría, reflexión y tiempo para analizar los asuntos, pero desgraciadamente todos los Jueces están saturados de trabajo y tienen poco tiempo. Pero hay una relación proporcional, es decir, a mayor ocupación del tiempo y mejoría de las decisiones, disminuye necesariamente la solicitud de tomar decisiones. ¿Por qué hoy obligamos a nuestros Jueces a tomar un sin fin de decisiones? Porque en el fondo no queremos que tomen decisiones. Parece contradictorio pero en el fondo, no queremos que decida, porque ya sabemos que va a decidir en nuestra contra, lo que queremos es que se tarde en el asunto, lo que queremos es ver si lo podemos engañar y que decida en otro sentido o se equivoque, para ir en apelación, pues todo este sin fin de vericuetos, va engrosando y va haciendo una maraña.

Si nos enfocamos en la ética y en la jurisprudencia, lo que estamos haciendo es crear un mejor sistema de

toma de decisiones, de manera que estas decisiones tengan tal autoridad, que haya que decidir menos. Esto es lógico. Si decidiste mal, pues hay que volver a decidir, y si no decides tú, va a decidir el de arriba y si no, el de más arriba. Parece paradójico pero alguien decía, ojalá que no hubiera tantos amparos, porque eso significaría que las autoridades de abajo están funcionando bien, pues ojalá que no existiera el amparo, o que no existiera las comisiones de derechos humanos, eso significaría que las cosas están funcionando bien. Pero si hacemos un análisis realista y crítico del asunto, más allá de la estadística, y a pesar de la transparencia, tenemos que mejorar la toma de decisiones. Por eso parece que la primera solución, una norma aplicable a los hechos, donde el Juez toma la mejor decisión posible, eligiendo la mejor norma posible; parece que no es suficiente, claro aquí ya presumimos que existe un litigio que requiere solución, aunque una decisión importante es el propio establecimiento de la litis. La primera de las decisiones es esa, decido que efectivamente hay litis; y así se van tomando un sin fin de decisiones. Decido que hasta aquí los hechos se encuentran ya integrados. Decido que la fase de pruebas debe ya cerrarse y esto es prudencial, porque en estas decisiones cuentan los tiempos procesales pero también los de la justicia.

Recuerdo de una tesis jurisprudencial, es una tesis aislada que causó mucha polémica en el foro, porque esa tesis aislada decía, que en un ejercicio de ponderación, cuando tuviera que ponderarse entre la veracidad del proceso representado en las pruebas y el tiempo procesal, había que estarse a la veracidad.² ¿Cómo se

² Véase la tesis aislada PRUEBAS SUPERVENIENTES. FACULTAD DEL JUEZ PARA ADMITIRLAS. Séptima Época, Tercera Sala de lo Civil, Semanario Judicial de la Federación, 40 Cuarta Parte, p. 25.

dio este asunto? Muy fácil, resulta que a un Juez le toca, ya casi al cerrar el proceso, que lleguen pruebas supervinientes que parecían aportar más al asunto, entonces el Juez decide aceptar estas pruebas, claro en la apelación dicen que no fue correcto porque estaba fuera de tiempo. Llega a la Corte el asunto que resolvió que estuvo bien aceptar dichas pruebas. Este es un ejercicio de la prudencia. Claro, como abogados, en una abstracción, en una generalización, podríamos decir, lo mejor es estar siempre al tiempo procesal, porque eso hace que los procesos salgan en el momento justo, que sean expeditos los procesos, pero en este asunto parecía que era más justo asumir estas pruebas. Podríamos discutir este caso, pero lo importante es que parece que hoy tenemos la intención de realizar este tipo de ejercicios de prudencia.

Entonces se van tomando una serie de decisiones, por tanto, el Juez no toma una sola decisión. La sentencia es, claro, una gran decisión, pero una decisión que se compone de una infinidad de decisiones. Esto es otra cuestión importante que hay que tener en cuenta, para tomar la mejor decisión posible, que es la sentencia, hay que considerar siempre las mejores subdecisiones posibles a lo largo del proceso. Y todo esto implica el ejercicio de una virtud que se llama excelencia. Finalmente esto es lo que se persigue. Nos lo han dicho hasta el cansancio nuestros padres y nuestros maestros, si tú haces bien tu trabajo desde el inicio no vas a tener que repetirlo, en cambio ya saben lo barato, lo malo, sale caro.

Si por ahorrarnos tiempo, si por ahorrarnos cosas, nos permitimos un error, esto a la larga va a pesar en las decisiones; aquí nos ligamos, o podemos inferir los elementos de la sentencia: coherencia e integridad. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

ha dicho, que la integridad se divide en dos, la externa y la interna. Vamos a explicar cada uno de estos conceptos rápidamente.

La coherencia implica que hay una línea que une los conceptos del proceso. Que hay una relación entre todas las fases y la decisión. El Juez no va a decidir sobre un asunto que no tiene que ver con el asunto, aunque suene tautológico. Algunos podrán decir que hay Jueces que hacen análisis extensivos, más allá de lo que se les pide; esto es prudencial, es esa parte de libertad responsable a la que nos referimos como discrecionalidad, a veces toma la forma de suplencia de la queja. Y les tengo una mala noticia, esto va a continuar, es decir, la suplencia de la queja va a llegar a ser regla, se acuerdan que era excepción, pues va a llegar a ser regla, por el proceso dialógico que vivimos, porque nos estamos acercando al justiciable, al acceso de justicia y a la efectiva y eficaz protección de derechos.

Esta coherencia tendrá que ser matizada. Porque puede volverse pretexto para no-decidir, para dejar al justiciable en estado de indefensión, porque el expediente no permite nada más. Les tengo malas noticias, sí va a haber que revisarlo, va a haber que revisarlo porque esta es también coherencia, y esto demuestra un poco lo que les estoy diciendo, tiene que ver también con la ética, con el dar a cada quien lo que les corresponde, sí, parece que el techo, los márgenes se ampliaron, parece que este ejercicio de discrecionalidad, digo de prudencia debe ser ahora mayor. Por eso, insisto, tenemos que tener Jueces prudentes, porque se les va a dar más libertad, pero eso es porque creemos que nos va a beneficiar.

C. Integridad

Por lo que hace a la integridad, vamos a empezar hablando de la integridad interna; ésta se refiere a que es necesario analizar todos los conceptos que se han solicitado en la demanda. También esto habría que revisarlo, porque efectivamente como dice el viejo principio constitucional, lo que es a favor de la persona, puede ayudar a ampliar su margen de derechos, es decir, si no está en la parte de la demanda, y si analizándolo se perjudica al justiciable, pues mejor no se entra.

Esta integridad interna es muy positiva porque finalmente es un proceso de diálogo –“yo te pedí esto, al menos dime cómo lo resuelves”–. Con lo que existe un poco de problema es con la integridad externa, porque la integridad externa se dice, debe ser respecto del sistema jurídico, y esto nos lleva a un viejo mito, de que el sistema jurídico estaba completo, de que el sistema jurídico abastecía de todas las respuestas, la completitud, y esta completitud significaba que no había lagunas, siempre por analogía podía aplicarse alguna u otra norma, hoy sabemos que esto es un mito, que el sistema tiene lagunas, que el sistema tiene fallas, porque es obvio, y me parece que siempre lo ha sido. Aquí encontramos algunos modelos de tomas de decisiones, por ejemplo el modelo de la jurisprudencia de conceptos, los alemanes decían que faltando las normas podía apelarse a conceptos: familia, contrato, compraventa, y que estos conceptos están como en un árbol, y que había que ver este concepto de quién era hijo, para poder resolver el asunto. Pero finalmente era la creencia de que había un sistema que resolvía todo, o que estaban ahí todas las soluciones al caso, y esto, como ya hemos visto, es un mito.

En el siglo XX, esto dio al traste; nos dimos cuenta de que no estaban todas las respuestas y que el Juez era el que tenía que hacer este ejercicio de ordenación. Y entonces se propusieron nuevos modelos, como el modelo de la jurisprudencia de intereses; donde el Juez debe, de algún modo, buscar no sólo el concepto, sino conciliar los distintos intereses. También este modelo tuvo sus deficiencias y luego se llegó al realismo en sus distintos aspectos, el americano, el escandinavo, donde se decía, señores déjense de cosas, finalmente el que decide es el Juez, hay que ver qué tiene el Juez en su mente para ver cómo decide, y esto fue el exceso de considerar la primera parte, la primera parte sí debe ser, donde el Juez busca ser ético, pero no debe ser una parte psicologista, en donde se proponía un psicoanálisis de la decisión judicial, esto quizá lo podríamos encontrar en los exámenes para Jueces, ahora resulta que quien se vuelve el revisor moral del Juez, es un psicólogo, que a veces con una palabra se engancha y fantasea con el perfil psicológico. Haciendo una crítica constructiva a la carrera judicial, podemos decir que es necesario hacer esos exámenes, pero hay que poner atención.

Hay otro modelo que es el principialismo, muy ligado al neoconstitucionalismo, el cual plantea que esta integridad agotada en el sistema va a un techo posterior, es decir, a los principios. ¿Cuál es el problema de este modelo? que nunca nos dijeron dónde estaban esos principios, y da casi por sentado que cualquier Juez, con el hecho de serlo, puede llegar a constituirse en el Juez Hércules, y así llegar indefectiblemente a estos principios, no, esto no es tan fácil, puede dogmatizarse y puede resultar peligroso. Por ejemplo, el caso que se pone siempre del asunto del régimen nazi como un sistema

positivista, vino a aplicar el derecho de manera sistemática y terminó en un sistema genocida.

Entonces parecía que la opción eran los principios, pero los principios se vuelven de alguna manera dogmas, y estos dogmas se formalizan. Y para demostrarlo hay que ver el último libro de Alexy, y el último libro de Luigi Ferrajoli, son libros de fórmulas, el principialismo en fórmulas, es decir, el Juez ya no tendrá que subsumir, pero tendrá que cumplir la fórmula, y si no cumple la fórmula no está aplicando bien los principios. Y volvemos a lo mismo, olvidamos la prudencia. O, por ejemplo se dice que hay que acercarnos al *Common Law* porque es mucho más flexible, luego en el caso, el Juez no se puede salir, tiene que respetar el precedente. Insisto, falta la prudencia. El peligro es siempre generalizado, el peligro es siempre abstraer, creer que no es posible que el derecho pueda cambiar, que pueda mejorar, que pueda adaptarse, el dogmatismo es el peligro.

Llegamos al final, punto número 6, y recapitulo rapidísimamente. El Juez decide, el Juez decide qué le corresponde a cada quién, en esta decisión tiene un margen de discrecionalidad, de libertad que es debido a la prudencia; esta prudencia nos lleva a un mejor modelo posible, este mejor modelo posible, parece es el que tiene que ver con la función del Juez de ordenar, esta función de ordenar el Juez la hace no sólo tomando una gran decisión, sino decidiendo siempre en cada fase del mejor modo posible, analizando cada uno de los procedimientos. Aquí, se me olvidada decirles, que es muy importante el principio de inmediatez, y aunque podría decirse, que hay Jueces superiores, que por su naturaleza no tienen que estar en contacto con los hechos, pero sí se puede estar en contacto con el Juez que lo

recabó; el Juez de primera instancia siempre será el más importante, porque será el que estará en contacto con los hechos. Con esto quiero decir que hay que lograr ayudar, y eso creo que ya nos quedó claro en el Poder Judicial Federal, a los Jueces locales para conseguir que este sistema nacional funcione de mejor manera.

Entonces, este principio de inmediatez vendría a desmitificar aquella idea de que los hechos sólo son los que están en el expediente. Por eso Foucault decía a los juristas, que nosotros habíamos inventado una verdad, la verdad procesal, que muchas o pocas veces tenía que ver con la verdad real, no, entonces nosotros trabajamos como en otro mundo, como en otra dimensión, en una *matrix*, en una verdad paralela. Esto es importante porque en la toma de decisiones hay que decidir. Luego dijimos que efectivamente este proceso de integración de pequeñas decisiones para tomar una gran decisión tiene que ver con dos conceptos que usaban los procesalistas, coherencia e integridad, e hicimos unas críticas a la integridad externa.

Y por último, ya supimos que todo ese conjunto de decisiones hacen una gran decisión, pero esta decisión, ¿qué tan arbitraria puede ser? Este es un riesgo que se corre, si estamos apostándole a un sistema prudencial corremos un gran riesgo que es el de la arbitrariedad, curiosamente es como, *Superman* y lo bizarro de *Superman*, o *Spiderman* y Vernon, es decir, el arbitrio está bien, pero la arbitrariedad no. El arbitrio es sinónimo de criterio, de *ratio iuris* y es necesario que el Juez tenga este margen de reflexión, que se sienta libre de tener este margen de reflexión. Pero ¿cómo hacer que no se vaya más allá? ¿Hay que imponerle reglas? Esto viene desde el *Código de Hammurabi*, pasando

por el pueblo hebreo y los romanos, todos han querido ponerle reglas al Juez. Y efectivamente son necesarias las reglas, como seres humanos necesitamos de cosas tangibles que podamos leer, para poder decirle al Juez, estas son las reglas no te salgas de ahí. Porque eso me da seguridad de que vas a decidir con arbitrio y no con arbitrariedad; las reglas son necesarias, pero no deben de llevarnos al extremo de que se vuelvan más importantes las reglas que la decisión. Ése es el punto en el que nos encontramos.

Estamos tan enfrascados con las formas, con el proceso, es decir, con lo que lleva a la decisión, que con la decisión misma, y esto nos ha deshumanizado. Les hemos apostado a Jueces máquina, a Jueces sin sentimientos, a Jueces que se apartan lo más posible de su humanidad para juzgar lo más técnicamente posible. Ese Juez no existe. Los Jueces son seres humanos con pasiones y hay que conocer esas pasiones, hay que saber y hay que trabajar en sus virtudes, como las tiene que trabajar también el abogado, porque también hay una ética del abogado, y las debe trabajar también un justiciable en una ética cívica.

Y esto nos llevará a que las reglas tengan eso, un fin, más bien que sean un medio y no el fin. Porque es muy fácil decir, este asunto se sobreesee porque no se ajusta a las reglas, ¿y la justicia? Y si va a ser así entonces dejemos de hablar de Estado de derecho, dejemos de hablar de justicia, dejemos de hablar de derecho y dejemos de hablar de seguridad jurídica porque eso es solamente legalidad, nos estamos ajustando a las reglas. Entonces que no hablen de cultura jurídica sino de cultura de la legalidad. De imperio de la ley, pero les tengo una mala noticia, muchas de las leyes son injustas porque

esa es su naturaleza, no podemos hacer leyes perfectas, y es el riesgo, el de estar bajo el imperio de leyes injustas. La otra manera es más complicada, porque implica mayor esfuerzo, porque implica la dimensión humana de la justicia, pero es necesario ir hacia ese modelo.

Y ésta es la gran conclusión, es necesario volver a una dimensión más humana, y por tanto más prudencial de la justicia, porque a quien se le asigna la tarea de dar a cada quien lo que le corresponde, es un ser humano, por más Juez que sea.

2. El principio de independencia judicial*

Juan Díaz Romero**

* Conferencia dictada el 13 de agosto de 2008 en la Casa de la Cultura Jurídica de Oaxaca, como parte del ciclo de conferencias "Criterio y Conducta del Juez".

** Ministro en Retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Muchas, muchas gracias a todos por la exquisita cortesía de que he sido objeto desde el momento en que volví a pisar mi querida tierra oaxaqueña. Muchas gracias al señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca por las palabras y la declaración de inauguración que formuló, y también muchas gracias en especial al señor magistrado Marcos García José por la presentación que me hizo. Y como el tiempo apremia, empezaremos a platicar sobre este principio de la independencia judicial. Aparte, quisiera a manera de introducción, hacer notar algunas cuestiones que me parecen necesarias para poder llegar propiamente al asunto; esto tiene que ver con el Estado y con los órganos del Estado.

Cuando nosotros vemos de lejos un Estado, el Estado mexicano, el Estado español, el Estado de nuestros vecinos del norte, lo vemos como un todo, como si no tuviera características divisorias específicas, pero si nos fijamos un poco más, vemos que el Estado está formado por órganos. De la misma manera que cuando vemos a las personas las miramos en su integridad, pero si nos detenemos un poco más a analizarlas biológicamente, vemos que esa completitud, ese todo se compone también de una serie de órganos; el órgano de la vista, el órgano del oído, el órgano del olfato, el corazón, que

forma parte del sistema circulatorio, el sistema esquelético, en fin, ese todo que al principio nos parecía una cosa absolutamente completa y cerrada, de repente se nos figura, como en el Estado también, un todo, pero formado por muchos órganos.

Dentro del Estado todo se mueve a base de órganos. El Presidente de la República es un órgano, pero también están los secretarios de Estado, que son otros tantos órganos; los subsecretarios, los directores generales, los jefes de departamento, y así, órgano por órgano, hasta llegar a los de más baja jerarquía. Y lo mismo podemos decir del Tribunal Superior de Justicia de un Estado, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se forma por órganos. Pero, aparte de la Suprema Corte, que es el superior del espectro judicial, tenemos los Tribunales Colegiados de Circuitos, los Tribunales Unitarios de Circuito, los Jueces de Distrito, etcétera, estamos pues, conformados por órganos, órganos en todas partes. Podríamos decir que la Constitución es una fábrica de órganos, constantemente estamos entendiéndonos con el Estado a través, siempre, de alguno de sus órganos.

¿Y cómo podría definirse lo que es el órgano de un Estado? Muchos aceptan que el órgano del Estado es un nudo de competencias. El Presidente de la República tiene en uno de los artículos de nuestra Constitución, señaladas todas y cada una de sus competencias. Y en esto se apoyan también las leyes secundarias, los reglamentos, las circulares, etc. Si uno ve desde ese punto de vista el órgano, es un núcleo de competencias. Lo mismo pasa con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, con el Presidente de la Suprema Corte, con los Ministros de la Suprema Corte, Jueces, todos. Lo que se entiende como órgano es ese complejo nudo de competencias.

Bueno, pero ese órgano así examinado, en realidad viene siendo inocuo, porque ahí está el órgano en la Constitución, está completado en las leyes ordinarias, en los reglamentos y demás, pero no se mueve. Ese es un nudo de competencias ideal y abstracto. ¿Qué necesitamos para que se mueva ese órgano, para que empiece a actuar? Se necesita que dentro de ese órgano exista una persona física, un hombre, una mujer, un ser de carne y hueso que lo mueva. Si no existe eso, el órgano queda inánime, sin movimiento. Lo único que lo hace moverse es el ser humano. Y a éste se le conoce ya no como órgano, sino como titular del órgano.

El titular del órgano es pues, siempre una persona física, un ser de carne y hueso. Y éste es el que mueve a los órganos. Entonces ¿podemos encontrar alguna diferencia entre lo que es el órgano y lo que es el titular del órgano? Por supuesto que sí, la primera diferencia es obvia, el órgano, como digo, es un conjunto de competencias que está en la ley abstracta, el titular del órgano es un ser de carne y hueso. Pero hay otras diferencias también que son muy importantes. El órgano, se prolonga durante el tiempo de manera indefinida. Hay Presidente de la República en México, desde la primera Constitución del México independiente en 1824 y se ha prolongado esa existencia del órgano Presidente de la República hasta la fecha. Desde el primer Presidente titular que hubo, don Guadalupe Victoria hasta don Felipe Calderón. Con algunos altibajos, pero finalmente se ha prolongado esa normatividad.

¿Qué otra diferencia podemos encontrar? Ya encontramos algunas, pero hay otra que es importante destacar: el órgano nunca se equivoca. El órgano como ente abstracto que lo tenemos ahí, siempre sabe qué hacer

idealmente porque tiene señalada siempre su competencia. ¡Ay! Pero el titular del órgano, ése sí se equivoca. Además, dura poco, no solamente lo que le corresponde de vida humana, sino también por la circunstancia de que la propia ley señala los tiempos en que debe ocupar ese cargo, y una vez pasado ese tiempo, de seis años o del tiempo que señale la ley, deja de ser el titular y entra otro. Hay pues, una gran diferencia entre ellos. Otra más que deriva de lo mismo: es que el órgano no tiene necesidades. Ahí está el órgano en la ley o en la Constitución, ni come, ni bebe, ni necesita habitación ni cama para dormir. En cambio el titular del órgano, como ser humano que es, constantemente necesita un lugar donde vivir, una habitación, necesita un sueldo para poder vivir decentemente, para formar una familia, para darle educación a sus hijos; también necesita una seguridad pensionística, en fin, ven ustedes esa diferencia tan grande. Pero lo más importante es que el ser humano, el titular del órgano se equivoca, se equivoca constantemente, a veces pues digamos que de buena fe, pero hay veces que no es así. Hay veces que comete violaciones intencionalmente, saliéndose de la competencia que le marca la ley, y entonces incurre en responsabilidad.

Dicho en otras palabras, el órgano nunca incurre en responsabilidad; el ser humano, el titular del órgano, ése sí puede incurrir en responsabilidades de varios tipos. Claro que hay veces que en las palabras comunes y corrientes, vulgares, llega uno a decir ¿y qué pasó con el Presidente municipal? El Presidente municipal salió muy mal, está siendo responsabilizado de algunas violaciones y está en la cárcel. No es cierto; el Presidente municipal como órgano nunca podrá conocer la cárcel, quien está en la cárcel acusado de responsabilidades específicas, es el titular de la presidencia municipal,

que le tocó ser a Juan Pérez o a Pedro Sánchez. Nosotros normalmente no hacemos esa distinción, pero podemos ubicarla y entenderla perfectamente.

Muy bien, ¿y cuántas clases de responsabilidades hay? Si nosotros abrimos la Constitución, vemos en el Título Cuarto, que hay cuatro clases de responsabilidades, del artículo 108 al artículo 114, los leemos con cuidado, no están muy claramente especificadas, pero bien podemos deducir y encontrar que hay una responsabilidad política, una responsabilidad penal, una responsabilidad administrativa y una responsabilidad civil. Todos esos tipos de responsabilidades, van a llegar a los funcionarios públicos, a los titulares de los órganos eventualmente, de acuerdo con la conducta que adopten.

Tenemos ahí cuatro tipos de responsabilidad, ¿y ahí se acaban todas, o hay más? Bueno, sí las hay, nada más que no están en el Título Cuarto, tiene uno que ir las buscando en la Constitución, y llegamos por ejemplo al artículo 107, y en la fracción XVI encontramos una responsabilidad que no está dentro de aquel Título Cuarto; dice el artículo 107, fracción XVI, “si una autoridad ante un amparo concedido en contra de sus actos no cumple con la sentencia de amparo, incurre en responsabilidad, que puede derivar en pena de prisión y en destitución del cargo”, esa es otra responsabilidad. Y ojo, no está en el Título Cuarto como si ahí se acabaran todas las responsabilidades de que les hablo; ya encontramos una quinta, y si le buscamos un poco más, podemos encontrar otra en el artículo 6o, que ha sido apenas el año pasado; ahí está el principio de transparencia como obligatorio para todos los funcionarios públicos, todos los actos de los funcionarios públicos deben transparentarse ante la gente, ante el pueblo, y ahí tenemos otro

tipo de responsabilidad que generalmente la podemos entender a través de los medios ordinarios de difusión.

Pero dejemos las responsabilidades jurídicas que sólo nos sirvieron para abrir bocas que ya nuestro platillo principal es la responsabilidad ética. El señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia, hace un momento les hablaba de la responsabilidad ética, y nosotros ¿podemos encontrar dentro de la Constitución algún tipo de responsabilidad que se señale como responsabilidad ética? Ya vimos varias, ya vimos las cuatro del Título Cuarto, ya vimos la responsabilidad de la fracción XVI del artículo 107, la responsabilidad del artículo 6o. (principio de transparencia). Pues sí, sí hay específicamente determinada en la Constitución este tipo de responsabilidad ética, y ¿cuál es ese artículo? Es que está regada, está regada en varias partes de la Constitución, no está prevista específicamente. Por ejemplo, si nosotros nos vamos al artículo 17 de nuestra Constitución, encontramos algunas cuestiones propias de esta responsabilidad. Dice: “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales, que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera...” ojo y ya lo dijo el señor Presidente del Tribunal Superior,... “de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales”. Aquí ya nos va diciendo el Constituyente que hay una responsabilidad ética que tiene que ver con los Jueces.

Si nos vamos al artículo 95, encontramos también otras características; dice el artículo 95, “para ser electo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita... –me salto algunas fracciones– ...gozar de

buena reputación y no haber sido condenado por delito”, “... no haber sido secretario de Estado”. Bueno eso de ser secretario de Estado no es delito eh? “... que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica”. Ahí encontramos otras. Pero donde verdaderamente abrimos los ojos porque encontramos verdaderamente un tesoro, es en el artículo 100, dice en su séptimo párrafo: “La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios (judiciales), así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios –ojo– de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia”. Estos cinco principios: independencia, imparcialidad, objetividad, excelencia y profesionalismo, son los puntos fundamentales en los cuales se apoyó el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación para establecer y desarrollar cinco grandes temas. Ah, por cierto, el artículo 116 en su fracción tercera, cuando está estableciendo los principios que deben servir de apoyo a los tribunales locales, en cada uno de los Estados, también se refiere a estos cinco principios, y agrega otro.

Aquí quisiera yo decirles que hay muchos códigos, muchos códigos de ética. Yo conozco alrededor de diez códigos, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación tiene cinco principios, que son los que les acabo de mencionar, dentro de los cuales está el de independencia judicial, que será nuestro tema, pero también hay otros, hay un Código de Ética de los Estados Unidos Mexicanos en materia judicial, que tiene ocho o diez características esenciales de la ética judicial. Pero, por ejemplo el Código Iberoamericano de Ética Judicial que se firmó en Santo Domingo en 2006, tiene 13 principios diferentes. Caray, uno piensa, ¿por qué algunos tienen cinco, otros

tienen ocho, otros tienen 13?, y quién sabe, habrá por ahí algunos que tengan cuatro o algunos que tengan 40. Lo que pasa es que muchas veces un principio que es fundamental, se repite con otro nombre en otro capítulo. O bien una arista de este principio que uno puede ver, tiene una secuencia. Pero no se preocupen por eso, es *peccata minuta*, es *peccata minuta* porque si bien lo vemos, todo lo podríamos reducir a un solo principio, a un solo principio que existe desde la época bíblica, que es la regla de oro, y que dice: “no hagas a otro lo que no quieras para ti”. Ése es el principio básico del que fluyen como una fuente, todos los demás; si ustedes quieren cinco, los cinco que establece el artículo 100, muy bien; si ustedes quieren ocho como el código modelo de los Estados Unidos Mexicanos, si ustedes quieren 13, también, todo deriva de ahí. Es más, ese principio de la regla, de “no quieras para otro lo que no quieras para ti”, puede ser inclusive mejorado, porque si ustedes se fijan ese no hagas a otro, etcétera, está emitido en sentido negativo, pero hay alguien que lo dijo en sentido positivo, y es todavía mejor, el simple “ama a tu hermano”. De ahí deriva todo.

Pues bien, ya que estamos en presencia de los cinco principios fundamentales que sirven para llevar adelante la ética judicial del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, ¿qué nos puede servir de punto de apoyo?

A. Independencia judicial

Los cinco principios del artículo 100 están íntimamente ligados entre sí, pero para efecto de su análisis, pueden y deben ser separados, esto es, aunque provienen de

la misma fuente, tienen espigas y tienen flores diferentes. Empezaré por decir qué es el principio de independencia judicial. Trataré de definirlo, pero más adelante ya cuando vayamos entrando en materia, tendrán ustedes una comprensión mayor. Por lo pronto quisiera yo leerles esta definición. Dice: “La independencia judicial consiste en la firme intención que tiene el juzgador de emitir su sentencia en derecho y conforme a ciencia y conciencia (aquí viene lo más importante) rechazando cualquier influencia o presión de otras autoridades o Poderes, sean constitucionales, legales o de hecho”. Ésta es la parte básica: el Juez, cuando resuelve, debe ser independiente, deber ser sólo él, y, si cree en Dios, sólo él y Dios y nadie más. El doctor Rodolfo Luis Vigo, lo dice de una manera muy elegante. Él dice, en el caso del Juez, hablando del principio de independencia, en el caso del Juez lo que se pretende es que él, y sólo él sea quien derive desde el derecho, la solución justa para el caso. A mí me pareció una definición maravillosa, muy sintética de lo que es la independencia judicial, tú, Juez, eres el que debe resolver sin presión de nadie. Tú, como dice la canción, “tú sólo tú”.

Claro, necesitamos ver este principio de independencia, pero como les decía yo a ustedes hace unos momentos, hay que tomar en cuenta que todos provienen de la misma fuente. Y que en realidad lo único que hacemos es tomar una rama de ese único árbol y tratar de estudiarlo lo más a fondo posible. Los cinco principios que tenemos enfrente, son de un solo origen, pero para efectos del estudio, debemos zambullirnos en las profundidades de lo que corresponde a cada uno de ellos, sólo para estudiarlos mejor.

Voy ahora a mencionar y este será mi siguiente paso, ya la introducción la hice y espero no haberme desviado

mucho. Ahora vamos a ver la independencia en el curso histórico y, con esto pretendo exponer ante ustedes cómo el concepto de independencia judicial se ha ido formando a través del tiempo. No es como el principio de imparcialidad que es conocido desde los tiempos bíblicos, no; el principio de independencia tiene poco tiempo de haberse afianzado y tiene características propias, ¿por qué? Porque originalmente el propio príncipe, el rey o el hombre más poderoso la hacía de Juez. Se llama príncipe, recuerden ustedes, al rey, al jefe del Ejecutivo, al supremo sacerdote, a cualquiera que tenga el poder completo o más o menos completo, a ese generalmente, como decía Maquiavelo, lo podemos designar como el príncipe. Pues el príncipe era el que decía el derecho originalmente; cuando nosotros nos imaginamos al sabio Salomón, por ejemplo, nos lo imaginamos en su trono, con su corona, su cetro, y dando oportunidad a las personas que van ante él a pedir justicia, y él señala lo que debe hacerse y lo que debe proceder de acuerdo con su leal saber y entender. A veces, casi siempre más bien, tenía un soldado ahí a un lado, con la espada bien afilada por si había necesidad de partir un niño a la mitad, en fin, el príncipe es el que tiene que decir el derecho. Bueno pues esa imagen precisamente es de donde nace el Juez.

Cuando Moisés, 500 años antes de Cristo, creo que más porque vivió hace muchísimos siglos, sacó al pueblo hebreo de las redes del Faraón, los llevó por el desierto, y ahí, según dicen, duraron como 40 años, alimentándose de maná. ¡Qué lástima que no haya maná en estos tiempos! Una vez llegó a visitarlo su suegro, que se llamaba Jetro, llegó Jetro a ver a su yerno, claro llegó a la casa, y ¿dónde está Moisés?, está muy ocupado, ¿cómo que está muy ocupado? Sí, después de comer se

va a resolver los pleitos en justicia, y ya llega muy noche. Todos los días, se va y empieza a hacer justicia entre los israelitas y llega muy cansado como a las diez u once de la noche, toma un bocadillo y ya se acuesta cansadísimo. ¿Y cuánto tiempo tiene así? Le preguntó Jetro a su hija. Pues ya lleva como un año y viera qué acabado está. Y Jetro dijo: no, no, yo tengo que hablar con él.

Lo esperó, llegó Moisés efectivamente muy cansado, se sentó y Jetro le dice: "Mira, te estás acabando, no vas a durar mucho tiempo si sigues trabajando así". "Es que tengo que decir el derecho, las partes que están conteniendo ahí, son los israelitas, es mi pueblo". "Mira, lo que debes hacer, es buscar entre todos los israelitas, estoy seguro que los hay, diez personas honorables, no con ánimo de apropiarse el dinero, honrados y temerosos de Dios, y les das facultad para que digan el derecho en tu nombre. Y así los pones en todas las tribus que hay, creo que son doce, y no habrá problemas. Claro, si hay algún asunto muy difícil pues te lo traen a ti, pero ya no es lo mismo, te quitas todo el trabajo pesado". Por supuesto que todo esto lo estoy teatralizando de mi cosecha, pero en esencia eso sucedió, según dice la Biblia. Esos primeros diez o doce israelitas que escogió Moisés para que dijeran el derecho entre partes contendientes, fueron los primeros Jueces; podían hacer justicia imparcial, pero no hacían justicia independiente, ¿por qué? Porque dependían de Moisés, no decían el derecho por sí mismos, sino en nombre de Moisés.

Sobre todo en derecho administrativo actualmente se ven tres tipos de justicia, la justicia retenida, la justicia delegada, y la justicia autónoma o independiente. Por cierto este tipo de justicia lo ha experimentado el Consejo

de Estado francés. Cuando nació el Consejo de Estado francés, al margen de los Jueces, fue una justicia retenida, allá en el siglo XIX, ¿por qué? Porque lo único que hacían los integrantes del Consejo de Estado cuando había un problema en donde un particular impugnaba un acto administrativo, era hacer un dictamen, no dictaminaban una sentencia, hacían un dictamen según su leal saber y entender, y ese dictamen se lo llevaban al correspondiente, toda proporción guardada, secretario de Estado, secretario de Economía, secretario de Educación Pública, secretario de Hacienda, etcétera. El secretario lo veía, y si decía “me parece bien”, pues lo firmaba, hasta ese momento se convertía en sentencia; era justicia retenida.

Años después, decenas de años después, la justicia dio otro paso, subió otro escalón, para llegar a la justicia delegada. Entonces sí hacían sentencia los componentes del Consejo de Estado francés, ya la podían firmar pero no en su nombre, sino en nombre del jefe del Ejecutivo o del correspondiente secretario de Estado; esto es justicia delegada. Y finalmente, llegaron a lo que ahora conocemos como la justicia autónoma.

Pues bien, regresemos con Jetro. Afortunadamente Moisés oyó sus consejos y estableció esos diez o doce Jueces que decían el derecho con justicia delegada, no necesitaban regresar el asunto a Moisés para que les dijera sí o no, sino que ya tenían oportunidad de decir el derecho, pero, insisto, no por propio nombre. Los Jueces seguramente reflexionaban: “¿Qué pensará Moisés aquí? Pues yo creo que otras veces ha dicho esto, pues vamos a resolverlo así”. ¿Qué se les puede exigir a este tipo de Jueces?, se les puede exigir imparcialidad, pero no podrán ustedes exigirles independencia porque no la

tenían. Claro, no quiero decir, que esto sucedía en todo el mundo, sólo estoy sacando de la historia algunos gajos fundamentales o típicos de la evolución judicial.

Pasa el tiempo, pero subsiste esta justicia delegada; ya los príncipes no decían el derecho personalmente sino que tenían personas doctas, de confianza, honorables, que decían el derecho, pero nunca por su cuenta, sino por cuenta del rey, por cuenta del sumo sacerdote, por cuenta del príncipe... Y así llegamos a Inglaterra, allá por 1,500 más o menos. No cabe duda que los ingleses fueron muy adelantados, todo aquello que nosotros conocemos años después, de Montesquieu, de Juan Jacobo Rousseau, de manera clásica y académica, ya los ingleses lo habían hecho de manera práctica. Ellos, en el siglo XVI, habían establecido una figura que se llamaba el Justicia Mayor. Ese Justicia Mayor velaba porque todo se hiciera conforme a derecho, aunque no le gustara al rey. Llegó un momento dado, y este pasaje lo tiene en nuestro Derecho Constitucional, les pido que lo lean por favor, don Felipe Tena Ramírez, ilustre Ministro de la Suprema Corte de Justicia y un gran constitucionalista. Había un rey inglés que se llamaba Jacobo I, Jacques *The First* y era pues un autócrata; cuando llegó un negocio judicial que a él le interesaba mucho, seguramente porque se trataba de un amigo suyo, él atrajo el asunto para resolverlo, recordando aquellos tiempos en que el príncipe resolvía por sí y ante sí; el Justicia Mayor Edward Coke, le dijo que no debía hacerlo, que eso le tocaba al Juez, ¿acaso yo, que soy el rey, no puedo hacerlo? Sí lo puede hacer, pero por lo establecido ya previamente en la ley que usted ha firmado y sus antecesores también, no debe usted hacerlo, sino que tiene que resolverlo el Juez. Claro que aquí el Justicia Mayor Edward Cooke se estaba jugando el cuello. No vayan a

creer ustedes que era una cosa sencilla, como: “te voy a cesar o te voy a cambiar de puesto y ahora te vas a ir de secretario”, no, allí era la cabeza. Pese a ello, el Justicia Mayor se sostuvo firmemente y se registró la autonomía del Juez frente al príncipe; por eso saqué este dato del cajón, para mostrarles a ustedes cómo a través del tiempo, esto fue el inicio para que el Juez, en busca de su independencia, se separara del príncipe. Aquella justicia delegada que había hecho Moisés por consejo de su suegro Jetro, por fin se despegaba del príncipe y empezaba a volverse autónoma.

Después vino, claro, *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu y todos los ilustres estadistas y filósofos franceses y se estableció, sobre todo, siguiendo las prácticas inglesas, la de establecer tres Poderes, esto es, los tres Poderes que ahora conocemos, pero que ya están muy rebasados en las administraciones públicas actuales ya que hay órganos que son autónomos respecto de esos tres Poderes, como el Instituto Federal Electoral, por ejemplo. Bueno, pues resulta que llegamos a ese siglo XIX, en donde ya contamos con los tres Poderes, y aparece el Poder Legislativo, sucesor de aquel sistema democrático que existía en Grecia, donde los griegos votaban directamente, era una democracia directa. Con los millones de personas que ya en el siglo XIX había, ya no podía hacerse una votación como la que hacían los griegos y tenían que recurrir a diputados, y los diputados eran, son todavía, los que hacen las leyes, pero ojo, lo hacen en nombre del pueblo; entonces, no se pueden equivocar, es el pueblo el que habla. A través de las leyes que establecen los diputados, está la voluntad popular. Y esto implicó que el Juez, que se empezaba a despegar del príncipe, cayera en la tiranía de la ley, pues se consideraba que sólo podía actuar conforme a

la letra de la ley, que es sagrada. Como Jueces sólo debemos repetir lo que dice el legislador.

Ustedes son muy jóvenes; seguramente ya les tocaron otras épocas, pero yo me acuerdo que en la Facultad de Derecho nos enseñaban el estudio interpretativo de las leyes de acuerdo con el sistema de Savigny; el método histórico de Savigny tenía por objeto estudiar la ley para descubrir su sentido desde el punto de vista gramatical, lógico, histórico y sistemático. Y una vez que tengas eso presente, que ya hayas estudiado la ley a través de estos cuatro elementos, entonces estás en coordinación con lo que quiso decir el legislador. No puedes ir más allá de lo que dice el legislador ¿eh? ¡cuidado! tu tope es la ley. Y esto porque la ley prevé todos los casos, es completa. ¿Sí? ¿Y que tal si hay lagunas? ¿Cómo hacemos para llenar esas lagunas de la ley? Ah, se decía, no te preocupes, no puede haber lagunas, pero en el remoto caso de que las haya, sigue el método lógico, gramatical, histórico y sistemático y encontrarás la solución pensando como el legislador, poniéndote en los zapatos del legislador, cerrar los ojitos y decir, esta laguna ¿cómo la hubiera llenado el legislador si hubiera tenido presente este caso? Y entonces llevaba al Juez a que pensara exactamente como el legislador.

Todos éramos felices porque no se podía poner en duda la excelencia de lo que establecía la ley. Claro, la hizo el pueblo y el pueblo no se puede equivocar. En esa época todo era esperar de la ley solamente cosas buenas, cosas justas, cosas verdaderamente equitativas; en las academias o en las escuelas de derecho sólo se podía decir..., pero como algo de ciencia ficción: “Vamos a pensar en algún momento, queridos alumnos, que hubiera una ley que fuera injusta”. No, no, no, no, ¿cómo va a

ser injusta la ley? Ésta tiene que ser justa siempre, sí ya lo sé, pero pongamos en el caso de que fuera injusta. Así era de ficticia la cuestión. No se podía pensar en otra cosa más que en la ley perfectamente justa, adecuada, constitucional siempre. Y todo estaba requetebién, pero en eso llegan las dictaduras europeas después de 1930. Empieza Italia, sigue Alemania y aparece el periodo nazifascista. No crean ustedes que Hitler llegó al poder en Alemania por un golpe de Estado; no, llegó por el voto de los alemanes, y una vez que estuvo en el poder empezaron a expedirse leyes injustas, legalizando la gran persecución que se hizo sobre judíos, la muerte de los débiles mentales, la discriminación de los que consideraban razas inferiores y una serie de leyes que verdaderamente dejaron pasmado al mundo, por venir de una de las naciones más civilizadas.

Cuando finalmente este absolutismo del Estado que predominada sobre la persona humana cayó, al terminar la Segunda Guerra Mundial, la ley, esa ley que antes se tenía como el *non plus ultra* de la justicia, quedó muy deteriorada. Allí nuevamente aparece el Juez, liberándose del temor reverencial a las leyes, aprovechando el desprestigio de su formalismo para reencarnar aquellas ideas de contenido moral que se habían hecho desde los siglos de la edad de oro griega, desde Aristóteles, pasando por Tomás de Aquino. Predominó entonces ya no la forma de la ley, sino el contenido. Esto es importante, porque primero el Juez se despegó del príncipe, ahora con motivo de estas leyes injustas se despegaba del legislador formalista.

El hombre, en la eterna búsqueda de la justicia, había puesto la última palabra en el príncipe, y éste falló; luego en la ley, también falló; y ahora encomienda tan

alta responsabilidad al Juez, ¿también éste fallará?
¿También éste será un fetiche?

Pero todavía faltaba algo más para que el Juez se pusiera de pie en igualdad de circunstancias con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Dos acontecimientos fundamentalmente lograron poner al Juez a la misma altura, en el mismo podio de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. ¿Cuáles fueron esos dos acontecimientos? En primer lugar, la sentencia de Marbury contra Madison en 1803... por cierto, el maestro Rabbi Baldi, que fue al Instituto hace unos meses y nos dio unas excelentes conferencias, nos comentaba, y así está documentado también, que la sentencia de Marbury contra Madison no fue la primera de ese tipo, sino que ya con anterioridad se habían dictado otras sentencias parecidas, pero ¿qué le vamos a hacer? La sentencia de Marbury contra Madison es actualmente la que se esgrime como punto fundamental mediante el cual el Juez puede juzgar las leyes. Fíjense, como dicen, las vueltas que da la vida. Primero el Juez estaba sojuzgado por la ley, pero ahora el Juez empieza a juzgar a la ley para ver si está acorde con la Constitución o no lo está.

En esa sentencia de Marbury contra Madison, cuando el Presidente de la Corte era el Juez John Marshall, se establecieron principios que son fundamentales, uno de ellos es que la Constitución está sobre todas las leyes; segundo, las leyes pueden ser juzgadas para ver si son acordes con la Constitución; tercero, quien puede hacer esto y quien debe hacerlo es el Juez y, finalmente, dijo Marshall, cuando el Juez encuentra que una ley no está de acuerdo con la Constitución, lo que debe hacer es no aplicar la ley; a un lado la ley, yo no la aplico porque es

inconstitucional. Eso fue en 1803, tuvieron que pasar cien años y un poco más, y en 1920 aparece la Constitución austriaca, hecha nada más y nada menos que por Hans Kelsen. Establece la Constitución austriaca un tribunal que nunca había sido visto, el tribunal constitucional que podía decir el derecho cuando una ley era violatoria de la Constitución. ¿Como dijo Marbury contra Madison? ¿como lo dijeron los americanos en 1803?, no, más allá. Porque Marshall, en Marbury contra Madison, cuando veía que la ley no coincidía con la Constitución, lo que hacía era inaplicarla, parecido a lo que los señores Magistrados hacen actualmente en el amparo directo. Pero Hans Kelsen en la Constitución austriaca de 1920 iba más allá: anulaba la ley. ¿Ven ustedes la diferencia entre Marbury contra Madison y el tribunal constitucional de Hans Kelsen? Y ¿qué es lo que hace actualmente nuestra Suprema Corte de Justicia en las acciones de inconstitucionalidad y en algunas cuestiones de controversias constitucionales? lo mismo, anulan la ley, se necesita una votación especial, pero la anula.

Aquí, ya tenemos al Juez en el podio de los juegos olímpicos, de los que están en los primeros lugares, ya está junto al Legislativo y al Ejecutivo. Finalmente es donde encuentra y alcanza la verdadera independencia. Atrás quedó la justicia retenida, atrás quedó la justicia delegada, atrás quedó Jetro y Moisés. Atrás quedaron las leyes alemanas. Ya actualmente, el Juez es figura primera. Debemos tener conciencia de esto como Jueces, como secretarios que somos. El control que hizo en 1803 el Juez Marshall, se llama el control difuso de la Constitución, ¿por qué? porque no anula la ley, en cambio el control del tribunal constitucional de Hans Kelsen de 1920, es un control concentrado, porque corta, anula, termina con la ley; ésa es la gran diferencia.

Bueno, pues ahora si ustedes me lo permiten, vamos, muy brevemente, porque ya los veo un poco cansados, seguramente comieron muy sabroso y ya se están durmiendo. Vamos a hablar ya propiamente de la independencia, pero para hablar de la independencia judicial como principio ético, debemos hacer referencia aunque sea de una manera muy rápida, al sistema político. Dicen que el sistema democrático es muy mal sistema político, creo que lo dijo Sir. Winston Churchill: "Es muy mal sistema político, pero todos los demás son peores". Y sí, lo estamos viendo, cuesta mucho trabajo despegar en el ámbito de la democracia. A mí me han tocado vivir dos épocas como Juez en la Suprema Corte de Justicia. Me tocó vivir la época en que predominaba un partido político, y que la democracia existía un poco como de mentiritas. Ahora ya despunta una democracia a la mexicana, pero democracia al fin. Sí, ya no es igual, y uno como Juez nota la diferencia. Y ¿cuál es esa diferencia? Cuando no se vive dentro de una democracia, no hay plena libertad. Yo no digo solamente los Jueces, todos, los periodistas, los medios de comunicación, todo mundo está pendiente de a ver qué dice el supremo poder, que es muy democrático y todo, pero cuidado con él ¿eh?

Cuando cambia la situación, más o menos por el año de noventa y tantos, dos mil. Entonces, se ve más suelto el Poder Judicial. Cómo no darnos cuenta de que la controversia constitucional, por ejemplo, que empezó a funcionar primero que el amparo, en 1824, hasta 1995, esto es, en más de un siglo y medio después, no funcionaba, y no funcionaba por una sencilla razón, porque cualquiera de los Municipios o de los Estados que tuviera algún problema no iba a la Suprema Corte a presentar una controversia constitucional, iba con quien verdaderamente resolvía el problema: el Secretario de

Gobernación. Y si tenía un poquito de más colmillo y posibilidades, con el Presidente de la República, y el Presidente de la República o el Secretario de Gobernación, *ring ring ring*, una llamada, fulanito señor gobernador, qué gusto de saludarlo, etcétera, por allá va a ir el Presidente de la República a inaugurar las obras aquellas... Por cierto, el Presidente municipal, don fulano, tiene un problema ahí muy serio con el gobierno del Estado; yo le suplico señor gobernador, que sea usted tan amable de tener en cuenta esto, acuérdesese que el Presidente va a ir, eh..., listo está arreglado. Era muy rápido, pero también tenía un problema, el Presidente municipal ya estaba comprometido, te doy, pero tú me habrás de dar en un momento dado, me tienes que devolver el favor.

Eso se acabó, bueno, no se ha acabado, pero ya hay remedios que se están siguiendo. De 1995 a la fecha, se han, qué les diré, este tipo de controversias constitucionales, se han multiplicado. Creo que no hay ningún Municipio en toda la República que no se precie de haber recurrido a la Suprema Corte para que le resuelva algún problema en contra de la Federación o en contra del Estado, se abrió finalmente. La controversia constitucional creo que es el cambio de sistema. Para mí, el sistema democrático entre más completo es, más permite la independencia judicial, esto es parejo para todos los Jueces.

Pues bien, dando este sistema democrático como presupuesto se acostumbra a diferenciar la independencia judicial en dos grandes ramas, lo que se llama independencia externa y lo que se llama independencia interna. La independencia externa tiene cuatro garantías, o cuatro puntos fundamentales. Primero, la división de Poderes;

segundo, la integración de los Poderes como institución; tercero, las leyes orgánicas de competencia y de funcionamiento que deben respetar la independencia judicial, y por último, dentro de esta independencia externa, está la autonomía presupuestaria. Cuando hablamos de independencia externa, no nos estamos refiriendo a todos y cada uno de los Jueces, sino a la institución jurisdiccional, al poder propiamente dicho como institución. Pues bien, lo primero, pues es obvio, ya saben ustedes que los artículos 39, 41, 49, en materia federal, y el 116 en materia local, establecen la división de Poderes y ponen al Poder Judicial junto al Poder Ejecutivo y al Legislativo. Ya no de mentiritas, ya no simplemente formal como antes, no, está adquiriendo fuerza, ¿por qué?, por la independencia, claro que después de esto vienen todas las leyes secundarias.

En segundo lugar, tenemos la integración de los Poderes Judiciales, me voy a referir a lo que conozco un poco más, que es el Poder Judicial Federal, pero es obvio que el artículo 116 en su fracción III, también tiene establecidos principios que garantizan la independencia. Todo esto que les digo tiene por objeto proteger a la institución judicial sobre su independencia, no meterse con ella. Y esta integración tiene que ver fundamentalmente con el artículo 96 de la Constitución, que establece que el Presidente de la República, para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte tiene que proponer ternas, y el Senado, de esas ternas, tiene que escoger a uno de ellos. El Presidente propone y el nombramiento propiamente proviene del Senado. Esto fue a partir de 1995, porque antes de 1995, era al revés, el Presidente nombraba y el Senado simplemente le echaba la bendición. Claro, ha cambiado o podía cambiar más, pero es de alguna manera un adelanto.

Hay muchos otros sistemas para el nombramiento que tratan de proteger la independencia. Es obvio que aquel que te nombra como secretario, como Juez o como algún cargo de funcionario público, tiene un cierto ascendiente sobre ti, pero eso es lo que se trata de evitar precisamente para establecer plenamente la independencia del poder.

El Consejo de la Judicatura es relativamente nuevo, data de 1995. Antes, todo lo que hace actualmente el Consejo de la Judicatura lo hacía una comisión de la Suprema Corte de Justicia, compuesta de tres Ministros, que cada semana reunía a todos los directores generales de la Suprema Corte y verificaba, resolvía todos los problemas administrativos que había. Actualmente, ya es muy complicado, porque el Poder Judicial ha crecido muchísimo. Bueno, no hay comparación entre lo que había en 1995 y lo que hay actualmente. El Consejo de la Judicatura se compone de siete elementos. El Presidente es el mismo Presidente de la Suprema Corte de Justicia, y de los seis elementos restantes, tres son electos por el Pleno de la Suprema Corte, generalmente Magistrados de Circuito, y de los otros tres elementos, dos los nombra el Senado y uno el Presidente de la República.

Aquí en este momento, acuérdense ustedes lo de la independencia. Ah, porque el Presidente de la República tiene metida una persona en el Consejo y el Senado dos. Todo eso lo pensó muy bien el Constituyente y por eso estableció en el artículo 100. Aquí está mi Constitución, el artículo 100 establece lo siguiente. Dice: "El Consejo de la Judicatura Federal será un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica de gestión y para emitir sus resoluciones. Será integrado por siete miembros, todos los consejeros deberán reunir

los requisitos señalados...”, y luego dice: “los consejeros no representan a quien los designa, por lo que ejercerán su función con independencia e imparcialidad. Durante su encargo sólo podrán ser removidos por el título IV de la Constitución”. Hubo necesidad de poner este párrafo que les acabo de leer, porque de repente se encontraron los señores constituyentes con la idea de que estaban lesionando la independencia de la Judicatura Federal, en virtud de que estaban mandando a personas que provenían de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y entonces pusieron ese párrafo, que una vez que quedan nombrados ya no pertenecen ni tienen por qué hacerle caso ni al Ejecutivo ni al Legislativo, sino que ya se deben considerar formando parte como auténticos integrantes del Poder Judicial. Bueno, pues este Consejo de la Judicatura tiene uno de los cargos más importantes, que es, entre otros, nombrar a los Magistrados de Circuito, Unitarios y Colegiados y Jueces de Distrito. Ya lo veremos más adelante.

El otro aspecto es el de las leyes de organización, competencia y funcionamiento de los Poderes Judiciales. Aquí hay el peligro de que los Poderes Legislativos legislen de manera que acaben o lesionen la independencia del Poder Judicial o de los Poderes Judiciales, porque tanto da como que sean del orden federal como que del orden local. Y entonces, tienen que seguir las pautas establecidas en la Constitución para que al organizar los Poderes Judiciales correspondientes, no lesionen esa independencia. Si por ejemplo, dijeran en algún momento una de estas leyes, cuando se trate de un juicio de amparo y sea demandado el Presidente de la República, que primero tienen que pedirle permiso a éste para ver si aceptan la demanda o no la aceptan, eso sería terrible,

estarían lesionando la independencia del Poder Judicial, todo eso lo deben cuidar.

Finalmente, dentro de esta independencia externa, tenemos el artículo 100 nuevamente, que nos dice lo siguiente, la autonomía presupuestaria, el último párrafo de este artículo dice: “la Suprema Corte de Justicia elaborará su propio presupuesto y el Consejo lo hará para el resto del Poder Judicial de la Federación, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo séptimo del artículo 99. Los presupuestos así elaborados serán remitidos por el Presidente de la Suprema Corte para su inclusión en el proyecto del presupuesto de egresos de la Federación. La administración de la Suprema Corte de Justicia corresponderá a su Presidente”. Esto es muy importante. A mí me tocó todavía, allá por los años finales del siglo pasado, que el presupuesto de la Suprema Corte que era el presupuesto de todo el Poder Judicial, tenía que ser litigado digamos, pero de una forma dura en la Secretaría de Hacienda. Ustedes dirán, bueno pues el Secretario de Hacienda seguramente los recibía. No. El Secretario de Hacienda decía, miren vayan con el... era un señor me acuerdo su apellido, fue famoso, el señor Caamaño, se llamaba, era un experto en la materia hacendaria, pero era el que trataba con los señores Ministros de la Corte sobre el presupuesto.

Por eso cuando yo veo el artículo 100 en el párrafo que les acabo de leer, bueno, pues estamos en la gloria. El presupuesto lo hace la Suprema Corte y la Suprema Corte no litiga con nadie, lo manda directamente al Presidente para que éste lo presente, no dice lo revise, no, lo presente a la Cámara de Diputados. Claro la Cámara de Diputados le mete tijera eh, porque dice no, no esto no me parece, pero ya eso es otra cosa, ya es la Cámara

de Diputados la que dispone. Maneja el presupuesto del Poder Judicial, y el artículo 116 en su fracción III, también le da autonomía presupuestaria; espero que en Oaxaca no haya ningún señor Caamaño, sino que directamente pueda presentar su presupuesto de la manera mejor pensada.

Ah, pero quiero decirles una cosa, la autonomía presupuestaria, no quiere decir que pueda gastar lo que se le pegue la gana. El Consejo de la Judicatura, la Suprema Corte o cualquier otro órgano del Poder Judicial Federal, siempre está sujeto a revisión, de acuerdo con el artículo 97 constitucional; la Cámara de Diputados nombra a un auditor federal, que es el que va a revisar todas las cuentas. En años pasados, cuando no iban a revisar las cuentas de la Suprema Corte, el Presidente de la Suprema Corte y del Consejo de la Judicatura lo llamaba para que los auditara, aunque hay que aclarar que una cosa es revisar las cuentas y otra muy distinta es ver si efectivamente son correctas las previsiones que se hicieron y si dieron resultado o no dieron resultado. No, eso ya es meterse con la autonomía de la Corte. Revisame las cuentas, si no te compruebo cinco centavos, me fincas responsabilidad, eso es lo que te toca, pero no me digas qué es lo que debo hacer.

Vamos a pasar ahora a una conclusión de la independencia judicial externa. Cabe decir que los puntos principales se basan en el sistema democrático, acuérdense, en la división de Poderes, en la autonomía del Poder Judicial, en la integración de los Poderes Judiciales, tanto en lo atinente a los titulares superiores como a los demás Jueces, en la autonomía del Consejo de la Judicatura Federal, en las leyes de organización, competencia y funcionamiento y, finalmente, en la autonomía presupuestaria.

Brevemente, solamente voy a apuntar los puntos fundamentales de la independencia interna. La independencia interna, compañeros Jueces, compañeros Magistrados, compañeros secretarios es la fundamental. Toda la problemática de la integración de los tribunales superiores, del presupuesto autónomo, todo lo que quieran, viene a fincarse finalmente en la independencia interna, porque es la que corresponde al Juez, a ustedes, en el momento en que están dictando la sentencia. Todo lo histórico quedó atrás, Jetro, allá Sir Edgard Cooke, los que estuvieron en contra del nazifascismo, en ese momento considérense ustedes auténticamente Jueces para llevar la justicia verdaderamente como corresponde. Lo que les acabo de decir forma parte de las garantías que les establecen a ustedes el aseguramiento de que los están protegiendo, para una sola cosa: para que digan el derecho conforme ustedes lo consideren, adecuado, claro, conforme a derecho.

Bueno, pero en la independencia interna hay también cuatro elementos. Primero, designación objetiva, estabilidad en el cargo, remuneración protegida y responsabilidad peculiar. Designación objetiva. Me concreto claro al aspecto federal. La designación objetiva la hace el Consejo de la Judicatura Federal, conforme a reglas establecidas. De acuerdo con estas reglas, no puede nombrar a sus protegidos, ni puede nombrar a sus parientes, ni puede nombrar por favoritismo. Tiene que nombrar de acuerdo con características y pruebas especiales, algunas muy duras. Yo me pongo a pensar a veces, ay qué bueno que a mí no me tocó este tiempo, si me hubiera tocado este tiempo ni a actuario llego. Son pruebas difícilísimas. Yo tuve la suerte de tener una de las mejores secretarias de la Suprema Corte. ¿Qué creen? Salió reprobada. Todo mundo se quedó anonadado, quedó

reprobada, sí. Claro a la otra vez que presentó el examen, sacó el primer lugar, cien por todos lados.

La designación es pues objetiva, y no solamente objetiva, sino que también aquel que no está de acuerdo con la calificación que obtuvo puede hacer valer un recurso administrativo ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Aquí hay varios compañeros que pueden decirme que están de acuerdo conmigo, Estabilidad en el cargo, y dentro del Poder Judicial Federal, los Jueces y los Magistrados son nombrados por seis años. Lo digo brevemente, de acuerdo con lo que establece el artículo 97 constitucional a los seis años se les hace un examen completo de toda su actuación de esos seis años, y si los ratifican, ya son inamovibles. Esa, compañeros, es garantía para su independencia, no la usen mal, aprovéchenla, aprovechen toda la historia que tienen atrás de ella.

Lo mismo sucede con los Magistrados locales, también tienen, de acuerdo con el artículo 116 fracción III de la Constitución, sistemas que aseguran la estabilidad en el cargo, creo yo que ahí todavía falta más trabajo que hacer. Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia a través de varios asuntos que ha conocido sobre todo en la última época, ha tratado de reafirmar el principio de independencia judicial. Ahora los gobernadores posiblemente sean de otra pasta, pero antes, cuando se referían al Tribunal Superior de Justicia diciendo: “mi tribunal” o “mis Magistrados”, y sí, a lo mejor eran suyos, porque estaba hecha la Constitución local de tal modo que en el momento en que tomaba posesión el señor gobernador, al mismo tiempo que estrenaba su gabinete de secretarios, también estrenaba Magistrados del Tribunal. Al terminar los seis años se iban y venía el otro, para darle lugar a que llegara con su Tribunal y con sus Magistrados.

Eso debe acabarse. Los Magistrados, los Jueces, debemos luchar por nuestra independencia, fundamentalmente del ámbito político y del ámbito administrativo, ya no digamos del Legislativo que, como les he platicado, también tiene su historia.

En 1998 llegó un amparo a la Suprema Corte de Justicia de un Magistrado que si mal no recuerdo apellidaba Arreola, que se inconformó en contra de su baja del Tribunal a pesar de que ya debía ser considerado inamovible; la Suprema Corte lo amparó.

Les voy a leer los puntos fundamentales de una sentencia que fue la que dio origen a la jurisprudencia del Pleno 101 de 2000. Ahí estableció cuatro formas que deducidas de la Constitución, garantizan la independencia judicial de los tribunales estatales, principios que enumero de la siguiente forma: 1. que la designación de los Magistrados debe sujetarse a requisitos constitucionales que garanticen la idoneidad de las personas que se nombren; 2. que se consagre en las Constituciones locales y leyes secundarias una carrera judicial, estableciendo condiciones para el ingreso, formación y permanencia de aquéllos y de los Jueces [si no lo tenemos hay que hacerlo]; 3. que las normas locales den seguridad económica a Jueces y Magistrados adscribiéndoles una remuneración adecuada e irrenunciable, que no podrá ser disminuida durante el encargo, y 4. que se otorgue estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo, lo que implica el señalamiento del tiempo de duración de la función, la posibilidad de ratificación al término del primer ejercicio, y finalmente la inamovilidad. Esto lo estableció la Corte ya hace ocho años y sigue sobre el mismo camino.

Estas son fundamentalmente las partes, pero también hay otras. El artículo 94, por ejemplo, establece una remuneración para el Juez, remuneración protegida, dice: los Ministros, los Magistrados, los Jueces, percibirán una remuneración que no podrá ser disminuida durante su encargo. Lo mismo establece la fracción III del artículo 116, para los Jueces y Magistrados locales.

Recordemos, como ya les dije al principio, que todos los funcionarios públicos tenemos una serie de responsabilidades, entre otras, la responsabilidad política, la penal, la administrativa, etcétera. La responsabilidad penal, por ejemplo, tratándose de Ministros de la Suprema Corte y Magistrados de Circuito, está sujeta a un juicio que se llama de procedencia o desafuero en donde la Cámara de Diputados decide previamente si conviene que se lleve a cabo ese juicio penal en contra del Ministro de la Corte o en contra del Magistrado, es una protección más.

Compañeros, no los canso más, la independencia, el principio de independencia judicial, queridos compañeros, por sí sólo, ojo, no hace al buen Juez, sólo es un presupuesto para que lo sea, es únicamente la puerta de entrada a las demás virtudes de imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia que ameritarán otras pláticas. Muchas gracias.

IV.

TEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL

1. Los derechos de los menores infractores

Alejandro Ramón Fuentes*

* Juez del Tribunal de Menores Infractores del Estado de Durango.

Dentro del proceso a menores, establecido por el Código de Justicia para Menores Infractores del Estado de Durango, hallamos una gama de derechos procesales cuyo titular es el menor inculcado dentro del mismo proceso, pero estos derechos no son únicos ni totales, puesto que por la condición de menor de edad, trae consigo la protección integral de todos los derechos que le asisten.

Para entender lo anterior, considero que es importante y necesario que realicemos un viaje a la historia y evolución del derecho de menores actual, siendo importante desde mi punto de vista, que a partir del conocimiento de los orígenes de los derechos de los menores, podremos entender los derechos actuales de los Menores Infractores y concluir con la inquietud de tener uno o varios escenarios sobre las expectativas actuales del derecho de menores actual o cual será la evolución legislativa del mismo.

Como sabemos los derechos de los menores no evolucionaron a la par que los derechos de hombre; es decir, los niños y sus derechos históricamente fueron olvidados, creando de esta forma un grupo vulnerable. Los derechos del hombre nacieron con la Revolución Francesa, como todos nosotros sabemos, con la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1789,

mientras que los derechos del niño nacen o se reconocen desde un punto de vista más positivista y no iusnaturalista, en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Esta convención aparece doscientos años después de la aparición de los derechos humanos, pudiendo ser su explicación la que sostuvo Phillipe Aries, en su libro *La historia de la infancia*, en donde dicho autor establece que “antes del siglo XVII la infancia no existe”.

Lo cual no es otra cosa que dentro de la conciencia social, no se tenía aceptada la idea de la propia infancia, al surgir una idea tan revolucionaria que rompiera paradigmas ya establecidos en esa época, y a consecuencia de la misma como menciona la propia historia, se descubrió la infancia o se redescubrió la infancia, lo cual trajo aparejada otra consecuencia, esta última lamentable, pues la infancia fue aceptada por la conciencia social, pero, “como una incapacidad a la persona, que se curaba con el tiempo”, es decir, el niño fue estigmatizado por todo lo que no podía hacer o era incapaz de realizar debido a su corta edad.

La propia sociedad no vio en el niño un ente de derechos, sino una persona que debía ser protegida entre comillas, por su incapacidad para ejercer sus derechos, por tal motivo al descubrir la infancia, nace el proteccionismo que termina siendo sin lugar a dudas, el tutelarismo que en muchas ocasiones fue sinónimo de restricción de derechos humanos en los menores de edad.

Es irónico, pero lamentablemente es verdad, con la intención de proteger los derechos de los menores, estos mismos se violaron en multitud de ocasiones, todo ello siempre al amparo de la protección infantil.

Pero volviendo a la historia, es importante precisar que antes de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y ratificada por nuestro país en el año 1990, existieron en el ámbito internacional diversos instrumentos que protegían la infancia y los cuales son citados en el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño como antecedentes, precisando que no todos estos antecedentes son de observancia obligatoria en nuestro país, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y lo previsto por los artículos 2o. y 4o. de la Ley Sobre la Celebración de Tratados.¹

Realizada la observación anterior podemos decir que los antecedentes de la propia Declaración de los Derechos del Niño, destacan los siguientes:

1. Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, documento por el cual se establece una organización internacional denominada Naciones Unidas, con el propósito, entre otros, de mantener la paz y la seguridad internacionales, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a la libertades fundamentales de todos.
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nombre oficial del documento aprobado y proclamado el 10 de octubre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992.

3. Declaración de Ginebra 1924. La Asociación Internacional de Protección a la Infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño.
4. Declaración de los Derechos del Niño. Elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), y adoptado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, también conocido como “Decálogo de los Derechos del Niño”.
5. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Aprobado el 16 de diciembre de 1996 por la Asamblea General de la ONU, confirma el derecho a la vida, prohíbe la esclavitud y la práctica de la tortura, la instigación a la guerra y la propagación del odio racista y religioso.
6. Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Establece de manera precisa que se debe conceder especial protección a la madres, antes y después del parto, se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna y se deben proteger contra la explotación económica y social.
7. Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1986.

8. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), fueron aprobadas en 1985. Para los efectos de estas reglas, se proporcionan conceptos que considero dignos de mención, como el que se da del menor:

Menor es todo niño o joven que con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. Menor delincuente es todo joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

9. Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1974.

Hasta aquí los instrumentos internacionales en que se apoya la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que será objeto de análisis más adelante por ser fundamental en el estudio de los derechos de los niños y del cual únicamente nos ocuparemos de sus artículos 37 y 40, por ser los que tienen íntima relación con los “Menores Infractores o menores en conflicto con una ley penal”, además que el mismo reviste carácter obligatorio en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en relación con la Ley de Tratados, por lo que debemos considerarlo como parte integrante de nuestro derecho positivo mexicano.

Nuestro país ratificó la Convención de los Derechos del Niño de 1990, y derivado de los ya comentados artículos 37 y 40 de dicha convención, se debió haber adaptado la legislación y el procedimiento del sistema de justicia para adolescentes, sin embargo, este proceso

no se da hasta el 12 de diciembre del 2005, en donde se reformó el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que entró en vigor el 12 de marzo del 2006 y en donde en su artículo segundo transitorio imponía la obligación a los Estados de crear un sistema integral de justicia para los niños que se encontraran en una edad entre los 12 años y menor de 18 años.

Esto no quiere decir que antes del sistema garantista de corte acusatorio que se establece en nuestro país a razón de la reforma en comento, no haya existido algún sistema de justicia para menores, por ello es importante retomar que antes de la reforma existía en los Estados de la República, un sistema denominado tutelar, el cual no cumplía de forma general con el respeto de los derechos de los menores, es decir, el mismo no era de corte acusatorio ni basado en los principios del debido proceso penal.

Esto es, al menor inculpado presuntamente por su incapacidad dentro del sistema tutelar, no se le respetaban las garantías que establecen los artículos de la propia Constitución, garantías que en ningún momento distinguen que sean únicamente aplicadas a los mayores de edad.

Pues recordemos que nuestra Constitución Federal en su artículo primero a la letra dice:

Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio

nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Del precepto en comento podemos determinar que la Norma Fundamental dispone que a “todo individuo gozará de las garantías que le otorga esta Constitución”, por tanto, era totalmente inadecuado que los mayores de edad responsables de la comisión de algún ilícito contaran con más garantías dentro de sus procesos penales, mientras que los menores de edad en conflicto con las leyes penales no los tenían aun cuando tenían rango constitucional y además no se les respetaban sus garantías individuales, ni el proceso estaba apegado a la propia Constitución.

Lo anterior nos hace reflexionar sobre el contenido de la propia Declaración de los Derechos del Niño, en lo relativo a los artículos 37 y 40 los cuales a la letra establecen:

Artículo 37: Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará

tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, de los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y o sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Aun cuando en nuestro país existían Consejos Tutelares para Menores Infractores, éstos como ya lo mencionamos con antelación, no cumplían a cabalidad con postulados previstos por la Convención de los Derechos del Niño, en sus dos artículos antes invocados, por lo que podemos establecer, sin temor a equivocarnos, que durante más de quince años, es decir, de 1990 que se ratificó la Convención, al 12 de marzo de 2006 que se aprobó la reforma constitucional, a los menores infractores no se les respetaron sus derechos. Esta afirmación encuentra apoyo en la jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de la Novena Época, y la cual puede ser localizada bajo número de registro IUS 168780, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XXVIII, septiembre de 2008, Página: 612, Tesis: P./J. 76/2008, la cual a la letra reza:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES.
ALCANCE DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tratándose de la justicia de menores y en función de los derechos genéricos y específicos que se les reconocen en la reforma y adición al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la garantía de debido proceso, si bien aplica en términos generales como sucede en los procedimientos penales seguidos contra adultos, posee algunas modalidades que es preciso atender por el legislador al regular los procedimientos correspondientes, así como por quienes operen en el sistema. Así, la indicada garantía adquiere alcance y contenido propios, de modo que deben establecerse derechos y condiciones procesales específicos para los adolescentes, contenidos en una regulación adjetiva dedicada a regular los procedimientos seguidos contra ellos frente a la realización de conductas delictuosas, que puede preverse en las leyes de justicia para adolescentes o en los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas, aunque sin llegar al extremo de proscribir de manera absoluta que, en esos cuerpos normativos, se acuda a la supletoriedad, siempre y cuando ésta se circunscriba a regular los aspectos adjetivos que no necesariamente deben ser modalizados. Esto es, para satisfacer la exigencia constitucional, el legislador deberá emitir las normas instrumentales propias de este sistema integral, atendiendo a los requisitos exigidos por la indicada norma constitucional, cuyo propósito es que el proceso sea distinto del de los adultos, en razón de las condiciones concretas propias de los menores de edad, esto es, tomando en cuenta su calidad de personas en desarrollo, destacando como uno de los elementos más importantes, el reconocimiento del derecho a la defensa gratuita y adecuada desde el momento en que son detenidos y hasta que finaliza la medida. Por ello, resulta de gran importancia poner énfasis en que la necesidad de instrumentar un debido proceso legal, en lo relativo a la justicia de menores, es uno de los principales avances que se significan en la reforma constitucional, lo que se debe fundamentalmente a que, en gran medida, los vicios del sistema tutelar anterior se originaban en la carencia de la referida garantía constitucional, debida en parte a la concepción de los menores como sujetos necesitados de una protección tutelar, en virtud de la cual se les excluía del marco jurídico de protección de los derechos de todos los adultos sujetos a un proceso penal.

De esta tesis podemos resaltar que a diferencia del antiguo sistema tutelar en donde no se observaba el debido proceso legal, éste es necesario observarlo y garantizarlo para que los menores no se les excluya del disfrute de sus garantías constitucionales, reconociendo por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, que los vicios del sistema tutelar anterior se originaban en la carencia de la referida garantía constitucional, debida en parte a la concepción de los menores como sujetos necesitados de una protección tutelar, en virtud de la cual se les excluía del marco jurídico de protección de los derechos de todos los adultos sujetos a un proceso penal.

Una vez comentados los antecedentes del actual derecho de menores, podemos desprender que con la ya multicitada reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se buscó dar cabal aplicación a los derechos de los niños en conflicto con la ley penal, estableciendo un sistema integral de justicia para adolescentes y rompiendo con el sistema tutelar que vulneraba los derechos procesales y del debido proceso legal de los menores infractores, destacando de la mencionada reforma constitucional, que estableció con rango constitucional los siguientes postulados mínimos que deben ser observados por el sistema de justicia para menores infractores:

1. Establecimiento del sistema integral de justicia aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por leyes penales;
2. Se establece el rango de edad entre los doce y dieciocho años, como sujetos responsables de la comisión de conductas tipificadas como delito.

3. La obligación de garantizar los derechos fundamentales que reconoce la Constitución a todo individuo, así como aquellos derechos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.
4. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.
5. La especialización de las autoridades encargadas de la operación del Sistema Integral de Justicia;
6. La posibilidad de aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.
7. Aplicación de formas alternativas de justicia, siempre que resulten procedentes.
8. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal.
9. La independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas.
10. La proporcionalidad de la medida (Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades)

11. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Ahora bien, sobre esta reforma constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho lo siguiente, al resolver la acción de inconstitucionalidad 37/2006, promovida por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, mismo que por la materia en estudio tienen una íntima relación con los menores infractores en el Estado de Durango, y ambas fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* del mes de septiembre del año 2008. Destaquemos los siguientes criterios, que nos permitirán sin lugar a dudas, entender y asimilar la reforma y con ello los derechos de los menores infractores.

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "INDEPENDENCIA" CONTENIDA EN EL SEXTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2005). La expresión "independencia" utilizada en el párrafo referido, respecto a la que debe existir entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes, debe entenderse en el contexto del propio precepto, a saber, que ello obedece al ánimo de dejar completamente abandonado el sistema tutelar anterior, en el cual no se daba esta independencia ni la naturaleza acusatoria. Como se aprecia, de esta expresión se valió el Poder Reformador para inscribir el sistema de justicia juvenil dentro de los procedimientos de corte acusatorio (en oposición a inquisitorio), dejando atrás la concentración que antes se daba en los Consejos Tutelares que reunían en su seno facultades de

orden jurisdiccional, pero prácticamente, en todo tiempo, inquisitorias, erigiéndose en Jueces y partes de la relación procesal y, a la vez, para desarraigar el esquema de que dependieran de los Poderes Ejecutivos, amén de que se les hubiera dotado de autonomía técnica para decidir; desarraigo que se traduce en que, efectivamente, nuestro sistema jurídico no continúe operando, en materia de justicia de menores, bajo un esquema en el que quien acusa y quien juzga pertenezcan organizacionalmente al Ejecutivo. Así, en comparación con los postulados genéricos de la doctrina internacional, en México se le imprimió una nota propia a la justicia juvenil, conforme a la cual quedaría descartada la posibilidad de adscribir, directa o indirectamente, a los juzgadores de menores dentro del ámbito del Ejecutivo.

Respecto de la expresión “Independencia”, contenida en el sexto párrafo de la multicitada reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Corte clarifica que ésta debe existir entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes. Como se aprecia, de esta expresión se valió el Poder Reformador para inscribir el sistema de justicia juvenil dentro de los procedimientos de corte acusatorio (en oposición a inquisitorio), dejando atrás la concentración que antes se daba en los Consejos Tutelares que reunían en su seno facultades de orden jurisdiccional, pero prácticamente, en todo tiempo, inquisitorias, erigiéndose en Jueces y partes de la relación procesal y, en base a ello, esta cuestión es tomada por nuestro Código de Justicia, la institución que hace la consignación es el agente del Ministerio Público y quien juzga es el Tribunal Especializado para Menores, quien en ninguna de sus facultades se encuentra la de investigar el delito, como anteriormente estaban facultados los Consejos Tutelares.

En segundo término encontramos el siguiente criterio jurisprudencial, cuyo número de registro 168778 y el cual a la letra establece:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El indicado principio tiene tres perspectivas: 1) Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas, referida a la que el legislador señala para los delitos previstos en la norma general aplicable a los menores, la cual podrá verse satisfecha una vez que se señalen penas distintas para cada conducta tipificada como delito. 2) Proporcionalidad en la determinación de la medida, la cual considera tanto las condiciones internas del sujeto, como las externas de la conducta que despliega, esto es, deberá atender tanto al bien jurídico que quiso proteger como a su consecuencia, sin que implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran; de manera que el juzgador puede determinar cuál será la pena aplicable, que oscila entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada. 3) Proporcionalidad en la ejecución, que implica el principio de la necesidad de la medida, lo que se configura no sólo desde que es impuesta, sino a lo largo de su ejecución, de manera que la normatividad que se expida debe permitir la eventual adecuación de la medida impuesta para que continúe siendo proporcional a las nuevas circunstancias del menor.

El anterior criterio jurisprudencial versa sobre la interpretación que realizó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el principio de proporcionalidad de las medidas desde tres perspectivas:

1. Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas.
2. Proporcionalidad en la determinación de la medida,
- y
3. Proporcionalidad en la ejecución.

La proporción de la medida impuesta a los menores se deberá considerar por los Juzgados de acuerdo a las condiciones internas del sujeto, así de como las externas de la conducta que despliega, esto es, deberá atender tanto al bien jurídico que quiso proteger como a su consecuencia, sin que implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran; de manera que el juzgador puede determinar cuál será la pena aplicable, que oscila entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada. Siendo en el caso particular que puede ir de un día a ocho años de internamiento tratándose de delitos graves.

Por otro lado, el criterio de la necesidad de la medida, se configura no sólo desde que es impuesta, sino a lo largo de su ejecución, por lo cual existe la posibilidad que el Juez de Ejecución de medidas, consagrada en el artículo 194 fracción IX, del Código de Justicia para Menores Infractores, realice la adecuación de la medida impuesta para que continúe siendo proporcional a las nuevas circunstancias del menor, garantizando con ello una verdadera reincorporación de los menores infractores a la sociedad.

En este mismo orden de ideas, hablaremos sobre el criterio jurisprudencial con número de registro número 168779 y mismo que a la letra establece:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El indicado principio tiene tres vertientes: 1) Alternatividad, la cual se

desprende del artículo 40, apartado 3, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con el cual debe buscarse resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, lo que se relaciona con la necesidad de disminuir la intervención judicial en los casos en que el delito se deba a que el menor es vulnerado en sus derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de que resultaría inadecuado que el juzgador impusiera una sanción gravosa, si el menor no puede hacer nada en contra de sus circunstancias cotidianas, además de que esta vertiente tiene la pretensión de que la normativa correspondiente a menores amplíe la gama de posibles sanciones, las cuales deberán basarse en principios educativos. 2) Internación como medida más grave, respecto de la cual la normativa secundaria siempre deberá atender a que el internamiento sólo podrá preverse respecto de las conductas antisociales más graves; aspecto que destaca en todos los instrumentos internacionales de la materia. 3) Breve término de la medida de internamiento, en relación con la cual la expresión “por el tiempo más breve que proceda” debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue; empero, en las legislaciones ordinarias debe establecerse un tiempo máximo para la medida de internamiento, en virtud de que el requerimiento de que la medida sea la más breve posible, implica una pretensión de seguridad jurídica respecto de su duración.

De la tesis anterior, haremos hincapié en lo siguiente:

La alternatividad, la cual se desprende del artículo 40, apartado 3, inciso b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con el cual debe buscarse resolver el menor número de conflictos a nivel judicial, principio que dentro de nuestro Código de Justicia tiene cabal aplicación, pues dentro de los sistemas alternos al enjuiciamiento encontramos la suspensión de juicio a prueba, la solución de conflictos mediante el centro de justicia alternativa y la solución de conflictos ante el agente del Ministerio Público Especializado.

En relación con la internación como medida más grave, respecto de la cual la normatividad secundaria siempre deberá atender a que el internamiento sólo podrá preverse respecto de las conductas antisociales más graves; aspecto que destaca en todos los instrumentos internacionales de la materia y el cual es retomado por el artículo 13² del Código de Justicia para Menores Infractores al establecer el catálogo de conductas consideradas como graves por dicho ordenamiento.

² Artículo 13. Para efectos del presente Código, se consideran como conductas graves las siguientes conductas tipificadas por el artículo 17 del Código Penal: CASOS DE CULPA PRETERINTENCIONALIDAD Y ERROR en su artículo 86 inciso a) y b);

REBELIÓN en sus artículos 141, 142, 143, 144 y 145;

TERRORISMO en su artículo 149;

SABOTAJE en su artículo 150;

FALSIFICACIÓN DE TÍTULOS AL PORTADOR Y DOCUMENTOS DE CRÉDITO PÚBLICO en su artículo 235;

ASOCIACIÓN DELICTUOSA, PANDILLERISMO Y DELINCUENCIA ORGANIZADA en sus artículos 244 y 245;

ATAQUES A LAS VIAS DE COMUNICACIÓN Y MEDIOS DE TRANSPORTE en su artículo 267;

CORRUPCIÓN DE MENORES E INCAPACES en sus artículos 290, 292 y 293;

PORNOGRAFIA INFANTIL en sus artículos 294 y 295;

HOMICIDIO en sus artículos 327, 330, 331 y 332;

LESIONES en sus artículos 337 y 339;

REGLAS COMUNES PARA LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES en su artículo 344;

INFANTICIDIO en sus artículos 347 y 348;

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL en los dos últimos párrafos de su artículo 360;

SECUESTRO en su artículo 362;

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS en su artículo 364;

RETENCIÓN Y SUSTRACCIÓN DE MENORES O INCAPACES, Y CON FINES DE CORRUPCIÓN Y TRAFICO DE ÓRGANOS en sus artículos 367 y 368;

ASALTO en sus artículos 378;

VIOLACIÓN en sus artículos 393, 394, 395, 397 y 398;

ROBO en sus artículos 409, 411 fracciones IV y V, 412 con las excepciones hechas en los artículos 413, 414 y 415;

ABIGEATO en sus artículos 420 y 421;

EXACCIÓN FRAUDULENTA en su artículo 428 y

DESPOJO previsto en el último párrafo del artículo 430. La tentativa punible de los delitos antes mencionados en las fracciones anteriores se califica como delito grave.

Por último, podemos destacar que “por el tiempo más breve que proceda”, en relación a la medida de internamiento, debe entenderse como el tiempo necesario, indispensable, para lograr el fin de rehabilitación del adolescente que se persigue, lo cual es el resultado de la situación particular de cada menor sentenciado, pues cada uno varía en sus psicopatología, el soporte familiar, la ejecución de su medida y sus condiciones personales.

De acuerdo a la jurisprudencia que a continuación comentamos, me gustaría hacer una mención especial acerca de los mitos que envuelven aún en la actualidad al derecho de los menores, pues se dice que la legislación penal no puede ser aplicable a los menores porque éstos no comenten delitos, y el Código de Justicia para Menores Infractores vigente en nuestro Estado no contiene un catálogo de conductas tipificadas como delitos que pudieran realizar los menores, entonces por tal motivo debemos ponerlos en inmediata libertad. En este punto, la Suprema Corte considera lo siguiente:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El sistema de justicia para adolescentes se encuentra regido por el principio de legalidad, que en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no esté establecida en la ley. Ahora bien, de acuerdo con su diseño constitucional el referido artículo 18 permite que para la integración del sistema normativo que de él derive pueda acudir a otras disposiciones legales. En ese tenor, la remisión que realicen las leyes de justicia para menores a los tipos legales previstos en los códigos penales correspondientes a la entidad federativa de que se trate, opera en cumplimiento de la disposición constitucional que rige el sistema relativo, en la medida en que, conforme a tal precepto, sólo

podrá sujetarse a los adolescentes a proceso cuando las conductas realizadas sean tipificadas como delitos en los códigos penales, lo que se traduce en que sea la propia Ley Fundamental la que avale la remisión aludida y en que resulte innecesario que se legislen delitos especiales para menores. No resultaría adecuado considerar que el principio de tipicidad llega al extremo de impedir que, en determinado ordenamiento, se comprendan tipos penales aplicables a dos legislaciones distintas, máxime si éstas están encaminadas a definir el contenido de aquellas conductas que, a juicio del legislador, vulneran los mismos bienes jurídicos, de manera que del artículo 18 constitucional no se advierte la obligación de crear tipos penales aplicables únicamente a los menores de edad.

De lo anterior podemos decir que aun cuando nuestro sistema de justicia para menores se encuentra regido por el principio de legalidad, el cual radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no esté establecida en la ley, en nada se contraviene al artículo 18 constitucional ni se vulneran las garantías del menor si se acude a otras disposiciones legales. En ese tenor, la remisión que realicen las leyes de justicia para menores a los tipos legales previstos en los códigos penales correspondientes a la entidad federativa de que se trate, opera en cumplimiento de la disposición constitucional que rige el sistema relativo, en la medida en que, conforme a tal precepto, sólo podrá sujetarse a los adolescentes a proceso cuando las conductas realizadas sean tipificadas como delitos en los códigos penales, lo que se traduce en que sea la propia Ley Fundamental la que avale la remisión aludida, pues de la lectura del artículo 18 constitucional no se advierte la obligación de crear tipos penales aplicables únicamente a los menores de edad.

Por último y en atención al abuso que en varias ocasiones se realiza del principio rector consagrado por el

inciso a) del artículo 16 del Código de Justicia para Menores Infractores, relativo al “Interés Superior de la Infancia”, podemos destacar la siguiente Jurisprudencia, la cual es localizada en el *Semanario* antes señalado bajo número de registro 168776 y la cual a la letra establece:

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En relación con el tema de los derechos de las personas privadas de la libertad, se parte de la premisa de que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, que impone especiales deberes al Estado, de ahí que en el caso de los menores, esa vulnerabilidad se hace más patente, dadas sus características físicas y psicológicas, lo que constituye un hecho que necesita ser asumido por los órganos encargados, tanto de la creación de normas, como de la procuración y administración de justicia. En ese contexto, el principio del interés superior del menor implica que la actuación de las instituciones, tribunales y autoridades encargadas de la aplicación del sistema penal para adolescentes, deba orientarse hacia lo que resulte más benéfico y conveniente para el pleno desarrollo de su persona y sus capacidades. Por tanto, la protección al interés superior de los menores supone que en todo lo relativo a éstos, las medidas especiales impliquen mayores derechos que los reconocidos a las demás personas, esto es, habrán de protegerse, con un cuidado especial, los derechos de los menores, sin que esto signifique adoptar medidas de protección tutelar. Además, si bien es cierto que las autoridades encargadas del sistema integral deben maximizar la esfera de derechos de los menores, también lo es que deben tomar en cuenta sus límites, uno de los cuales lo constituyen los derechos de las demás personas y de la sociedad misma, razón por la cual se establece, en los ordenamientos penales, mediante los diversos tipos que se prevén, una serie de bienes jurídicos tutelados que no pueden ser transgredidos, so pena de aplicar las sanciones correspondientes; de ahí que bajo la óptica de asunción plena de responsabilidad es susceptible de ser corregida mediante la

aplicación de medidas sancionadoras de tipo educativo que tiendan a la readaptación.

Del anterior criterio, se desprende que, en base a esta interpretación podemos observar y concluir que la protección al interés superior de los menores supone que en todo lo relativo a éstos, las medidas especiales impliquen mayores derechos que los reconocidos a las demás personas, esto es, habrán de protegerse, con un cuidado especial, los derechos de los menores, sin que esto signifique adoptar medidas de protección tutelar y por otra parte tampoco implica llegar a un exceso, pues como lo dice la Corte, existen límites y considero que el más importante lo constituye el derecho de agravio o de la propia sociedad,³ razón por la cual se establece, en los ordenamientos penales, mediante los diversos tipos que se prevén, una serie de bienes jurídicos tutelados que no pueden ser transgredidos, so pena de aplicar las sanciones correspondientes; de ahí que bajo la óptica de asunción plena de responsabilidad es susceptible de ser corregida mediante la aplicación de medidas sancionadoras de tipo educativo que tiendan a la readaptación, como por ejemplo el internamiento.

En este orden de ideas, podemos mencionar que de la reforma constitucional y los criterios que de ella ha realizado la Suprema Corte de Justicia, intuimos que ésta viene a dotar a los menores del debido proceso legal, reconociendo para éstos las garantías que se le otorgan a los mayores de edad en un proceso penal, con lo que es posible poner a discusión la opinión pública sobre

³ El derecho de agravio o de la propia sociedad hace referencia, según lo indica la tesis de la Corte señalada, a que, a pesar de que los menores son sujetos "especiales" de derechos por su condición de vulnerabilidad y si se quiere, hasta de inmadurez, ello no implica que el ordenamiento jurídico y las autoridades que imparten justicia y aplican las medidas legales descuiden al resto de los ciudadanos en la protección de sus propios derechos.

que a los menores infractores no se les castiga. Yo considero que, al contrario, ahora y a razón de esta reforma, se les imponen medidas más severas que en el sistema tutelar antes vigente, pero dentro de la legalidad.

Ahora bien, creo que por último debemos entrar a los derechos procesales que consagra nuestro Código de Justicia para Menores Infractores, mismos que pretenden dar aplicación a los postulados de la reforma y los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño.

Podemos empezar diciendo que el Código de Justicia para Menores Infractores fue aprobado por la Sexagésima Tercera Legislatura del H. Congreso del Estado de Durango, publicándose el 11 de septiembre del año 2006 y el cual entró en vigor el día 12 de septiembre del mismo, donde podemos destacar que en el mismo encontramos los principios rectores que rigen el propio sistema de justicia de menores y los derechos que tendrán éstos cuando estén sujetos a dicho proceso:

1. Derecho a la no discriminación, consagrado en el artículo 17.

2. A su vez el artículo 18, desarrolla el principio de proporcionalidad, estableciendo que las medidas que se impongan deberán ser racionales y proporcionales con la conducta tipificada como delito en el Código Penal o en las leyes estatales.

3. El artículo 19 desarrolla el derecho a un trato justo y humano, y prohíbe en consecuencia la tortura, el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica, ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

4. El artículo 20 habla de la igualdad de todos los menores sujetos a proceso.

5. El artículo 21 es uno de los derechos más importantes establecidos en el Código, ya que es el que garantiza que los menores infractores cuenten con una defensa legal adecuada, poniendo de esta forma el equilibrio procesal de las partes, pues este artículo señala que los menores tendrán, en todo momento, el derecho a ser asistidos por un defensor, desde el inicio de la investigación y hasta que cumplan con la medida que les sea impuesta. De no contar con un defensor particular, se les deberá asegurar la asistencia de un defensor de oficio.

Las actuaciones practicadas sin la asistencia de su defensor, serán nulas.

En ningún caso podrá recaer en una misma persona la defensa de la víctima y del menor al que se le atribuya la realización de una conducta tipificada como delito en el Código Penal o en las Leyes Estatales.

Este precepto legal tiene íntima relación, en cuanto a la falta de abogado particular con la fracción IV del artículo 6o. del Código de menores en cita, pero aunado a lo anterior encontramos que el mismo tiene también una íntima relación con los artículos 2o., 6o. fracción II, inciso A), 9o., 10, 11 y 14 de la Ley para el Ejercicio de las Profesiones en el Estado de Durango.

6. El artículo 22, rescata el principio de legalidad, al cual ya nos hemos referido con antelación y que consiste que la conducta que se le atribuya al menor debe estar en una ley y más aún, ninguna medida se le puede imponer sin que existan datos probatorios suficientes que comprueben la responsabilidad del menor en su comisión.

7. El artículo 23, establece la garantía de que ningún menor podrá ser juzgado más de una vez por el mismo

hecho, garantía constitucional que repite el código de Justicia para Menores Infractores.

8. El artículo 24 del Código de Justicia para Menores Infractores, retoma el principio de la ley más favorable al menor, es decir, cuando puedan aplicársele dos leyes o normas jurídicas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable a sus derechos fundamentales y al interés superior del mismo.

9. El artículo 25 del Código en comento, retoma la garantía constitucional consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer como prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de dicho Código en perjuicio del menor.

Estableciendo como excepción a la misma, que la ley sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al menor, cualquiera que sea la etapa del procedimiento, incluyendo la ejecución de la medida. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.

10. El artículo 26 nos habla que en caso de duda sobre la responsabilidad de los menores, deberá resolverse siempre a su favor.

11. El artículo 27, considero que es el artículo más importante del Código del Justicia para Menores Infractores, ya que va mas allá de los derechos del propio ordenamiento, pues por si el legislador hubiera omitido algún derecho en éste, el mismo recuerda al Juzgado que los menores sujetos a proceso gozarán de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución

Federal, Constitución local, los tratados internacionales y demás leyes aplicables.

Precepto que busca abolir los vicios del anterior sistema tutelar.

12. El artículo 28 menciona el derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a expresar sus opiniones y a que éstas sean tomadas en cuenta.

Con ello se busca que los mismos tengan una intervención directa en su proceso y que no sean sólo observadores del mismo, sino que interactúen en su beneficio dentro del proceso.

13. El artículo 29 hace efectiva la garantía que consagraba la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, apartado A, fracción II, ahora reformada e incluida en el artículo 20, apartado B, fracción II, en donde se sostiene que: “En ningún caso los menores podrán ser sometidos a interrogatorio alguno por parte de cuerpos o corporaciones de seguridad pública respecto a su participación en los hechos que se le imputan. La violación de este principio implicará la nulidad de lo actuado”.

14. Por otra parte, dentro del artículo 30, se establecen los casos en los que el menor inculpado podrá ser detenido:

- I. Cuando exista orden de detención dictada por Juez para menores competente, misma que podrá librarse únicamente en caso de delitos expresamente calificados como graves por este Código;

- II. Cuando sea sorprendido en la ejecución flagrante de una conducta ilícita penal, y
- III. Tratándose de caso urgente en los casos de este Código.

Acerca de la privación de libertad durante el proceso, ésta tendrá carácter excepcional y será aplicada tan sólo como medida de último recurso, por tiempo determinado y el más breve posible y siempre y cuando exista prueba suficiente sobre la existencia de un hecho delictivo grave y sobre la participación del menor en él. Sólo procederá cuando exista riesgo razonable de fuga del menor, peligro para la seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos, o entorpecimiento en la investigación, y así se acredite por el Ministerio Público.

Este precepto tiene una relación con los artículos 5o. y 61, ambos del Código de Justicia para menores, en el primero de los numerales en comento se establece la limitante que la medida de internamiento sólo puede ser aplicable a las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, esto en armonía con el sexto párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

15. El artículo 31 establece la posibilidad de evitar el proceso, mediante la exhortación a las partes a someterse a las formas alternativas de justicia a través del Centro de Justicia Alternativa, cuando se trate de la realización de una conducta tipificada como delito por el Código Penal o en las leyes estatales, que no sea considerado como grave por el presente ordenamiento.

Este precepto también tiene íntima relación con los artículos 80 al 85 del referido Código, en donde se

establece el procedimiento ante el CEJA (Centro Estatal de Justicia Alternativa del Poder Judicial).

De igual forma tiene relación con el capítulo IV del mismo, “De las Formas Alternativas de Justicia” el cual se encuentra integrado por los artículos 76 al 90, en donde se desahogan las siguientes secciones:

- Sección Primera: Del procedimiento alternativo ante el Ministerio Público Especializado;
- Sección Segunda: Del procedimiento ante el Centro Estatal de Justicia alternativa del Poder Judicial del Estado de Durango, y
- Sección Tercera: Suspensión del juicio a prueba.

16. De igual forma en cuanto al artículo 32, éste va relacionado particularmente con la condición de los menores indígenas, a los cuales tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y su cultura.

De igual forma, de manera intermitente dentro del Código de Justicia se desarrollan algunos derechos, tales como:

El derecho de que en la declaración rendida ante el Juzgado Especializado de menores, el infractor no sólo cuente con su abogado, sino además debe estar presente personal técnico de la Unidad de Diagnóstico que vele por la integridad psicológica del menor durante la declaración, quien podrá solicitar suspender la audiencia cuando detecte fenómenos de ansiedad en el menor, reanudándose posteriormente.

El artículo 49 establece que en el caso de que el menor inculcado rinda su declaración ante el agente del Ministerio Público, ésta debe ser en presencia de su defensor (profesionista jurídico con cédula profesional), de lo contrario no tendrá efecto alguno.

Por último, otro derecho que tienen los menores es el previsto por el artículo 74 en sus fracciones VII y VIII, en las cuales se establece la obligación por parte del Juzgado de incluir las medidas de menor y mayor gravedad que pueden ser aplicadas al menor inculcado derivado del incumplimiento o cumplimiento de la medida, según corresponda.

En base a ello se desprende el derecho que les asiste a los menores derivado de la fracción IX del artículo 194 del Código de Justicia de la materia infractores de recibir evaluaciones trimestrales, cuando menos, de las medidas privativas de libertad a efecto de que exista la posibilidad de ordenar la conmutación de las mismas por otras más benévolas.

A manera de conclusión de este tema, resaltaré el derecho que tiene el menor inculcado de que su situación jurídica se le resuelva dentro de las cuarenta y ocho horas y no las setenta y dos que marca la Constitución.

Por último y como colofón, me permito manifestar que el sistema de justicia juvenil establecido con motivo de la reforma y adición al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual es aplicable a quienes tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en lo relativo a la comisión de conductas delictuosas, según sean definidas en las leyes penales, se distingue por las siguientes

notas esenciales: 1) se basa en una concepción del adolescente como sujeto de responsabilidad; 2) el adolescente goza de plenitud de derechos y garantías en el proceso (el sistema es garantista); 3) el sistema es de naturaleza penal, aunque especial o modalizada, en razón del sujeto activo de las conductas ilícitas; y, 4) en lo que atañe al aspecto jurisdiccional procedimental, es de corte preponderantemente acusatorio.

Por otra parte, este sistema especializado de justicia encuentra sustento constitucional en los numerales 4o. y 18 de la Carta Magna, pues el primero de ellos prevé los postulados de protección integral de derechos fundamentales, mientras que el segundo establece, propiamente, las bases del sistema de justicia para adolescentes, a nivel federal, estatal y del Distrito Federal. Además, este modelo también se sustenta en la doctrina de la protección integral de la infancia, postulada por la Organización de las Naciones Unidas y formalmente acogida por México con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Bibliografía

Legislación Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención de los Derechos del Niño

Ley para la Celebración de Tratados

Legislación Estatal

Código de Justicia para menores Infractores vigente
en el Estado de Durango

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

2. Reflexiones respecto del juicio de amparo ante la reforma constitucional en materia penal

José Luis González*

* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito (Guadalajara).

A. Introducción

a. Crisis y cambio

El México de los últimos años se ha caracterizado por las diversas crisis que ha vivido. Basta mencionar que éstas han dado lugar a cambios en los ámbitos político, económico, social y jurídico.

Vemos así que en la década de los setenta tuvo lugar una incipiente reforma electoral (principalmente, la incorporación a la vida institucional de diversas fuerzas políticas a través de los partidos políticos); en la de los ochenta, la reforma económica (el papel del Estado frente a los mercados económicos, ya no como una economía de Estado, sino como el rector de la misma); en la de los noventa, las reformas fiscal y judicial (en esta última, reestructuración de la Suprema Corte de Justicia y su papel fundamental como órgano de control constitucional, vía juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, así como la creación del Consejo de la Judicatura Federal).

Ahora, la década inicial de este nuevo milenio se está caracterizando por la reforma al sistema de justicia, en particular, a la materia penal, la cual surge como con-

secuencia de la descomposición económica y social, además de que el Estado enfrenta tres grandes problemas fundamentales:

- La inseguridad pública;
- Las organizaciones criminales y,
- La impunidad.

La crisis ocasionada por dichos problemas originó que surgiera un cuestionamiento referente a la percepción que la sociedad tiene acerca de las instituciones judiciales e, incluso, respecto a su legitimidad.

Para enfrentar la problemática antes referida, se optó básicamente por establecer sanciones más severas para las conductas delictivas con mayor incidencia. Sin embargo, para reafirmar la reestructuración que se vislumbra de fondo, se parte de la reforma a nuestra Constitución Política Federal e introduce nuevas instituciones, como el juicio oral, que también se ha denominado Sistema Procesal Penal Acusatorio o, de una manera más adecuada, Sistema Oral Acusatorio.

B. Pugna entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio

A lo largo de los últimos meses se ha discutido ampliamente en diversos foros la viabilidad del nuevo sistema. Defensores y detractores han manifestado sus puntos de vista para exponer argumentaciones sólidas encaminadas a defender su postura.

En lo particular, y de manera breve, centro la atención en el siguiente punto de vista conforme a la experiencia personal, sobre dicho debate:

Transcurría el año 1978 cuando tuve oportunidad de incorporarme al Poder Judicial del Distrito Federal, en el Juzgado Vigésimo Penal. A partir de ese momento y a lo largo de los años, comprendí cómo funcionaba la justicia penal a través de sus procedimientos, no sólo formalmente establecidos en ley, sino también fácticamente.

Para ilustrar lo anterior, evocaré lo siguiente:

Una vez que el Ministerio Público ejerce acción penal, por haber integrado una averiguación previa que consta de una serie de elementos probatorios (dígase denuncia o querrela, periciales, testimonios, inspecciones), el Juez procede a iniciar su actividad, entre la que se cuenta la diligencia de preparatoria, el dictado del auto de plazo constitucional, y si en éste se resuelve formal prisión, la apertura de la instrucción, ya sea ordinaria o sumaria, según el caso.

Sin embargo, en la mayor parte de los casos, si no es que en un porcentaje que me atrevería a calcular del noventa por ciento de los asuntos, la referida instrucción que, como sabemos, es la etapa en la que propiamente el inculcado se defiende y el Ministerio Público sostiene la imputación, no se aportan elementos de prueba novedosos o, en su caso, aquellos que pudieran lograr cambiar el panorama probatorio desahogado en presencia ministerial en la etapa de indagatoria que sustenta la acusación.

Inclusive, cuando alguna de las partes, básicamente la defensa, ofrece nuevas pruebas en la instrucción, como por ejemplo, la de testigos, al momento de que éstas son valoradas por el Juez en su sentencia, interviene la que se ha denominado “guillotina jurisprudencial”, al invo-

carse por el juzgador la jurisprudencia que sustenta el principio de inmediatez procesal.

Por tanto, las pruebas que no se rindieron con cercanía a los hechos, se tildan de aleccionadas o preparadas. Esto, además del desencanto para la defensa, se traduce en que esa facticidad que mencioné, da armas a los detractores del actual sistema de administración de justicia.

Lo anterior se entiende de la siguiente manera: El Ministerio Público, como órgano investigador del delito y persecutor del delincuente, en la fase que tiene a su cargo para acreditar ambos extremos (delito y delincuente), actúa en esa etapa no como parte, sino como autoridad, tanto formal como materialmente, como así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En consecuencia, esa facultad de integrar la averiguación conlleva a que todos los elementos de prueba por él recabados sean los que se aporten al Juez y luego, ante éste, en la preinstrucción o instrucción se ofrecen otras pruebas que, por lo general, ya no cambiarán el panorama probatorio. Así que, coloquialmente y de manera llana, se podrá decir que las pruebas que valen son las que se integraron en la averiguación previa.

He ahí la ingente necesidad de reformar el sistema, siendo la fórmula adoptada por el Constituyente permanente el del sistema oral acusatorio.

Entonces, el problema entre el sistema procesal penal actual y el recogido en la reforma constitucional no estriba en la oralidad, o en la inmediación, ni en que el

sistema tradicional vigente se tilde de inquisitorio y el sustentado en la reforma sea acusatorio; sino que el fondo de la cuestión sobre los dos sistemas se centra en el hecho de que las pruebas se desahoguen, desde su inicio, en sede judicial y con la presencia del Juez. Lo que se traduce en que, efectivamente, el juzgador, y no la parte que sostiene la acusación, sea quien ante sí y ante la presencia de todos (no sólo las partes formalmente, sino también la ciudadanía en general), desarrolle el debate (adversarial), en el que se desahoguen puntualmente todas y cada una de las pruebas. Éstos son los rasgos del juicio oral acusatorio.

C. El nuevo sistema oral acusatorio penal

Simultáneamente, para dar viabilidad a dicho sistema, se introducen en la reforma constitucional figuras como:

- a. *Racionalización probatoria, tanto para librar orden de aprehensión como para dictar auto de vinculación al proceso*

Ello conlleva un estándar mínimo probatorio de datos para establecer el hecho y la probabilidad de la autoría o participación. Así, se adopta la figura de la teoría del caso, que implica que el Ministerio Público Investigador se limitará a aportar al Juez “hechos”, sin un previo desahogo de pruebas para su examen por el juzgador.

- b. *Limitación constitucional de los supuestos de flagrancia*

A nivel constitucional, quedan delimitadas las hipótesis de flagrancia a los casos de cuando el indicia-

do es detenido en el momento en que esté cometiendo un delito (flagrancia). Y, cuando el indiciado es detenido inmediatamente después de la comisión de un delito (cuasiflagrancia). Por tanto, se eliminan la presunción de flagrancia o equiparada, contenidas en legislaciones secundarias.

c. Establecimiento constitucional del arraigo

Como medida cautelar fuera del proceso que afecta la libertad personal, decretada por el Juez a petición del Ministerio Público, tratándose de delitos de delincuencia organizada; su duración es de cuarenta días y prorrogable hasta por otros cuarenta más (en total, ochenta días).

d. Creación de las figuras de Juez de control, Juez de audiencia y Juez de ejecución

El Juez de control resolverá pedimentos ministeriales de medidas cautelares (orden de aprehensión, arraigo, libertad provisional bajo caución, etcétera), providencias precautorias (cateo, aseguramiento de bienes, intervención de comunicaciones), y con relación a técnicas de investigación. También resolverá acerca de las resoluciones de reserva y no ejercicio de la acción penal; el desistimiento y la suspensión de la acción penal. Resguardará los derechos de los imputados, las víctimas y los ofendidos, y realizará las audiencias preliminares al juicio.

El Juez de audiencia desahogará la audiencia del juicio oral; dictará la sentencia y llevará a cabo

la audiencia en la que se hará saber a las partes la pena individualizada a imponer.

El Juez de ejecución proveerá sobre la modificación y duración de las penas.

e. Prisión preventiva de carácter excepcional

La continuidad del proceso, como regla general, será en libertad, o bien, con las medidas cautelares que la ley secundaria establezca y, por excepción, la prisión preventiva. Se establecen dos supuestos que darán lugar a la prisión preventiva.

A solicitud del Ministerio Público, cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar: a) La comparecencia del imputado en el juicio; b) El desarrollo de la investigación, y c) La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Por disposición expresa de la norma constitucional, será en los casos de: a) Delincuencia organizada; b) Homicidio doloso; c) Violación; d) Secuestro, e) Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y f) Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

f. Acción penal privada

El ejercicio privado de la acción penal será por vía de excepción con la asistencia del Ministerio Público, dado que sólo procederá en los casos que atañen al interés particular y no general; quedará a cargo del legislador ordinario precisar los supuestos de procedencia.

g. Conceptualización constitucional de la figura de delincuencia organizada

Considerada bajo un sistema de excepción; derecho penal del enemigo, en el que se contempla: detención urgente, arraigo, prisión preventiva, centros de reclusión de máxima seguridad, incomunicación con terceras personas cuando se encuentre arraigado o en prisión, reserva de la identidad de quienes declaran en contra de sus integrantes, suspensión de la prescripción, extinción de dominio, etcétera.

h. Sistema de justicia alternativa

Cobran especial importancia los medios alternativos de solución, en la medida que no todos los asuntos llegarán a juicio, únicamente los que por su gravedad o trascendencia así lo ameriten y que no hayan tenido solución a través de la mediación, conciliación, arbitraje o negociación.

a) Criterio de oportunidad para el no ejercicio de la acción penal

Es una excepción al principio de legalidad, pues con base en este último, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción penal de cualquier hecho delictivo. Esta excepción atiende a medidas de política criminal.

b) Reinserción social

Se contempla un nuevo paradigma, porque ya no se buscará la readaptación social sino la reinserción del individuo a la comunidad y, de esta manera, se inserte nuevamente al entorno social.

c) *Terminación anticipada del juicio*

Suspensión del juicio a prueba, quedando los supuestos de procedencia a cargo de la legislación secundaria.

d) *Prueba anticipada*

Cuando el medio de convicción corra el riesgo de perderse si no se recaba anticipadamente, ante el Juez de control se desahogará y con las mismas formalidades para las que se lleven a cabo en la audiencia.

e) *Prueba nula*

Principio de nulidad de prueba ilícita, cuando ésta se obtiene con transgresión a los derechos fundamentales, los cuales se estiman consagrados en la Constitución o en los Tratados Internacionales.

f) *Principio de presunción de inocencia*

La carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, quien deberá demostrar al Juez oral la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en su comisión.

i. *Defensoría pública de calidad*

La reforma pretende profesionalizar a la defensa pública e instrumentar su servicio civil de carrera.

a) Defensa adecuada, exclusivamente mediante abogado.

b) La víctima u ofendido como parte del juicio.

Sabemos que el nuevo sistema oral acusatorio implica retos, entre ellos, superar los paradigmas que, con motivo de la amplia introspección del sistema vigente, se encuentran entronizados. Cabe la posibilidad de que el nuevo sistema no sea el adecuado para la realidad mexicana; sin embargo, era urgente un cambio al sistema procedimental y, probablemente, esta nueva fórmula funcione.

D. El modelo de juicio de amparo

La introducción de un nuevo sistema de justicia penal, a nivel constitucional, no trae acompañada una adecuación al juicio de garantías. El modelo comentado incide en el ámbito de las garantías individuales y, por antonomasia, el medio de defensa constitucional, garantista y protector de los derechos fundamentales que consagra la Constitución, en el caso tanto a favor de los imputados, como de las víctimas u ofendidos del delito, es el juicio de amparo.

Conforme al actual modelo de justicia penal, ya sea en sus etapas ministerial o judicial, el juicio de amparo indirecto o directo ha actuado para regular tanto la constitucionalidad como la legalidad de los actos que en esas etapas se generan, díjase:

- a. Violaciones formales, como la falta de fundamentación o motivación, el incumplimiento a la garantía de audiencia, o
- b. Violaciones de fondo, como la inexacta aplicación de la ley penal.

Ejemplos de ello son las violaciones procedimentales que se combaten vía amparo directo, expresamente recogidas en el artículo 160 de la Ley de Amparo:

- Cuando al inculpado no se le permita carearse con testigos que hayan declarado en su contra.
- Cuando el Juez no actúe en presencia de su secretario o testigos de asistencia.
- Cuando se le desechen los recursos que tuviere derecho conforme a la ley.

Estas hipótesis, entre otras, aunque son aplicables en el actual sistema, por virtud del nuevo ya estarían en desuso, dada la propia naturaleza del juicio oral, que no requerirá la prueba de careo porque en la misma audiencia probatoria estarán presentes las partes, inculpado y víctima, así como testigos; de esta forma estará ínsita la posibilidad y probabilidad de que el imputado no sólo conozca a quien declara en su contra, sino también de cuestionarlo.

El secretario o testigos de asistencia, de acuerdo a los alcances de la reforma constitucional, no se actualizaría, y por tanto, daría lugar a la supresión de dichas figuras auxiliares de la labor judicial, por lo menos en los términos en que están actualmente desarrolladas en la ley secundaria, o sea, en su calidad de fedatarios de la labor jurisdiccional, para que en su caso la ausencia de éstos diera lugar a una violación procedimental del conocimiento del amparo.

Y, por cuanto a los recursos, pareciera que en el sistema oral acusatorio, en su fase de audiencia de pruebas u oral, estarían sumamente limitados o, incluso, se podría pensar que inexistentes; por un lado, porque la

naturaleza de la diligencia no permitiría su interrupción por motivo de alguna impugnación o, por otro lado, si se vislumbra la inconformidad respecto de alguna actuación judicial, dicho recurso se desahogaría sin mayor trámite en la propia audiencia y por el propio Juez.

E. La reforma constitucional en el ámbito penal ante el juicio de amparo

Los problemas más ingentes que se presentarán con motivo de la instauración del juicio oral para el juicio de amparo serán, entre otros, los siguientes que a continuación se mencionan.

La reforma constitucional al sistema de justicia penal no modifica a la propia Norma Fundamental en los preceptos que regulan al juicio de amparo. Creo que era necesario reparar en la necesidad de que el artículo 107, que prevé las bases fundamentales de dicho juicio, requeriría una sustancial adecuación.

Así, la fracción III, inciso b), establece el amparo judicial contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación. Dicho amparo se tramita en vía indirecta o biinstancial. La Suprema Corte de Justicia ha definido que la irreparabilidad en el juicio deviene por la afectación a derechos sustantivos consagrados directamente en la Constitución, para así diferenciarlos de derechos intraprocesales que son reparables en la sentencia que se llegare a dictar.

Ahora bien, para que la autoridad de amparo examine la violación constitucional respecto de actos de esa naturaleza, necesariamente implica la aplicación de la figura de la suspensión, que podría ser el caso, la que

el quejoso solicita juntamente con su demanda. Sin embargo, por la propia dinámica y naturaleza del juicio oral acusatorio, si en el momento de la audiencia se produjera una violación formal que se estima trascendente, por ejemplo, si en el delito de violencia familiar, se ofreciera como prueba y admitiera el desahogo de la declaración de un menor de edad, no obstante que uno de los padres, distinto al imputado, se opusiera a ello; aquí indudablemente se estarían afectando derechos fundamentales previstos en la Constitución, como son los consagrados en favor de los niños; entonces, habría imposibilidad material para acudir al juicio de amparo. Por ello, el Constituyente tendría que acotar este supuesto de procedencia del juicio de amparo indirecto.

Asimismo, como está diseñado el amparo indirecto en la fracción VII del citado artículo 107 constitucional, la autoridad responsable deberá rendir informe, que la ley secundaria ha denominado justificado y al que acompañará el acto reclamado y las constancias que tomó en cuenta la autoridad para el dictado de su acto. Ello implica un gran problema práctico, pues si se trata de un acto en el juicio, como el que hemos referido, en el que sólo consten videograbaciones, afectaría el esquema legal para el examen y resolución del caso, pues en el juicio de amparo prevalece la forma escrita de las actuaciones. Esto último, también es un problema extensivo al juicio de amparo directo, por idéntica razón práctica.

F. A manera de conclusión: La interpretación de los Tribunales Federales a la figura del juicio oral acusatorio

El nuevo modelo penal trae aparejada su necesaria interpretación. En una primer vertiente, conforme al diseño

de nuestra Carta Magna, corresponderá a los tribunales federales establecer los criterios jurisprudenciales que interpreten los alcances y contenidos de las normas constitucionales que los contemplan. Y, en un segundo aspecto, una vez que el legislador secundario establezca la ley ordinaria y todo el bagaje normativo para su operatividad, se examinará la constitucionalidad de esas normas.

Ciertamente y para ilustrar lo anterior, a guisa de ejemplo, habría que comentar el problema que se suscitará cuando el acto reclamado se trate de una orden de cateo, por virtud de que el artículo 16, párrafo inicial, dispone que todo acto de autoridad que implique molestia contra el gobernado deberá ser por escrito, fundado y motivado. No obstante que la reforma a dicho precepto en su párrafo décimo, al eliminarse la expresión por escrito, pudiera dar lugar a interpretar que dicha orden de cateo el Juez la podrá librar sin que necesariamente en primer término, sea por escrito.

Pero no perdamos de vista que, tratándose de orden de aprehensión y la que se denominará auto de vinculación al proceso, dará lugar a una amplia gama de novedosos criterios jurisprudenciales que se generen por los tribunales federales para delimitar los alcances y contenidos de dichas figuras. Muchos de los criterios jurisprudenciales vigentes quedarán superados u obsoletos por virtud de la reforma constitucional, no sólo en las figuras que se comentan, aprehensión y la de vinculación al proceso.

Por ello, el juicio de amparo continuará permeando a todo el sistema jurídico nacional, incluyendo al juicio oral acusatorio; sin embargo, es necesaria su reformulación en todos aquellos aspectos necesarios en los que armonice con el nuevo modelo a examen.

3. Teoría de derecho penal

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos*

* Abogado litigante. Catedrático de la Universidad La concordia, Aguascalientes.

A. Concepto y denominación

Tradicionalmente se define al derecho penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan al delito y a su consecuencia jurídica. Sin embargo, a decir de Urbano Martínez, esta conceptualización inicial resulta imprecisa e insuficiente. Es imprecisa puesto que a esta parte del ordenamiento jurídico también se le han dado otras denominaciones tales como derecho criminal, derecho repressivo, derecho protector de delincuentes, derecho de defensa social, entre otras. Es insuficiente ya que desconoce dos aspectos sumamente importantes: el “derecho penal” es expresión del poder público y también es un conjunto sistematizado de conocimientos en torno al delito y a la pena.¹

Contrario a lo afirmado por el autor de referencia, no creemos que denominar a nuestra disciplina como “derecho penal” sea impreciso, pues el que se le reconozca con otras denominaciones no implica que tal término por sí mismo sea incorrecto.² Si analizamos sus diversas

¹ Cfr. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, “Concepto y función del derecho penal”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Universidad Externado de Colombia, 2a. reimpr. de la 1a. ed., Colombia, 2004, p. 15.

² Como en pocas disciplinas, en el ámbito jurídico son frecuentes las discusiones en torno a la correcta denominación de las instituciones. Ello se explica, puesto que

denominaciones nos daremos cuenta que cada una de ellas expresa parte de la realidad de nuestra disciplina, pero desde luego ninguna manifiesta en su totalidad el contenido de la misma y por ello debemos analizar las ventajas y desventajas de cada una de ellas para definir cuál es la que nos parece más adecuada. Sin embargo, nos inclinamos por el concepto derecho penal por las razones que a continuación esgrimimos.

Los seguidores de la Escuela Positiva, quienes se inclinan por nombrarle derecho de defensa social, parten de la idea que nuestra disciplina es un instrumento que tiene en sus manos la sociedad para reprimir la conducta delictiva. Es un mecanismo de defensa contra la peligrosidad que representa el delincuente y el delito.³ Esta denominación fue utilizada por primera vez en un ordenamiento normativo en Cuba, al entrar en vigor su Código de Defensa Social, del año de 1936. En Latinoamérica, varias legislaciones adoptaron tal calificativo. Tan sólo en México, el primero fue el Código de Defensa Social de Veracruz de 1945, cuya efímera vigencia sólo fue de tres años, y el cual sí adoptó los postulados de elaborados por Ferri, Garófalo y Lombroso, fundadores de la Escuela Positiva. Actualmente, solamente el Estado de

la utilización de un lenguaje técnico exige precisión conceptual para evitar confusiones. Sin embargo, no en pocas ocasiones las discusiones en torno a las denominaciones se vuelven frívolas y banales lo que desde luego es problemático porque se pierden de vista los problemas fundamentales y se agotan los esfuerzos en discusiones que pocas veces se superan y que por cierto, ningún beneficio traen en la evolución doctrinal.

³ El concepto *Defensa social* fue manejado principalmente por el jurista italiano Enrico Ferri y por seguidores de la Escuela positiva. Por su parte, Gramatica y Ancel desarrollaron la llamada Escuela de la Defensa Social que adopta postulados de la escuela clásica y de la escuela positiva, de ahí que se le considere como ecléctica. Para un análisis de las escuelas jurídico penales véase RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 18a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 233-252.

Puebla mantiene este nombre en sus vigentes Código de Defensa Social y Código de Procedimientos en materia de Defensa Social cuya entrada en vigor de ambos ordenamientos se dio el 1o. de enero de 1987.⁴

Aun cuando algunas de las ideas de los positivistas siguen en pie, la mayoría de sus postulados han sido ampliamente superados. Conceptos como responsabilidad social, peligrosidad, determinismo, medida de seguridad indeterminada, defensa social, han sido ampliamente superados por la ciencia jurídico penal al romper con principios como el de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad por el acto, que son rectores de la vida democrática en un Estado constitucional de Derecho. De ahí que no se pueda estimar válidamente que el derecho a imponer las sanciones pertenezca al Estado a título de Defensa social. Por esto, no es del todo correcta la utilización de esta denominación.

La expresión *Derecho Criminal* es principalmente adoptada por la doctrina italiana y parte de los juristas franceses,⁵ y el término hace hincapié en la conducta que se castiga y no en la sanción. En México, es partidario de utilizar esta denominación Hernández Islas, quien atiende a un criterio constitucional, gramatical y legal para justificar la misma. Afirma el referido jurista que nuestra Constitución Federal, en sus artículos 11, 14, 23 y 38, habla de juicios criminales. También afirma

⁴ No obstante su nombre, en tales cuerpos normativos encontramos la utilización del término penal en muchos de sus artículos, inclusive se llega a hablar de *ley penal*. Mas aún, del contenido de los mismos no se desprende una orientación positivista, por lo que quizá su denominación se deba más bien a una actitud esnobista del legislador poblano y no a una adopción de los planteamientos positivistas.

⁵ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Colección Clásicos del Derecho, Vol. 7, México, Harla, 1997, p. 1.

que el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en sus artículos 579, 676 y 677 utiliza el término criminal. Finalmente, a partir de la definición de *crimen* que da el *Diccionario de la Real Academia Española* afirma que nuestra disciplina coincide con las ideas expuestas en la referida definición de crimen.⁶

No compartimos los argumentos esgrimidos por el autor de referencia. En primer lugar, no es infrecuente que nuestra Carta Magna utilice expresiones equívocas o incorrectas. Más aún, el propio artículo 20 del referido ordenamiento fundamental utiliza la expresión *penal* y no criminal. Respecto del fundamento legal, sólo tres artículos de un ordenamiento secundario utilizan el término criminal, sin embargo los propios ordenamientos sustantivos y procesales en la materia se denominan como penales y en una gran cantidad de artículos de los citados ordenamientos jurídicos utilizan el término *penal*. Finalmente, el fundamento gramatical no puede ser válido por sí mismo. Recordemos que en el ámbito jurídico muchos conceptos tienen una connotación técnica diversa a la definición gramatical. Sólo como ejemplo, la definición de *imputabilidad* propuesta por el *Diccionario de la Lengua Española* no coincide con la otorgada por los especialistas de la ciencia jurídico penal.

Aunado a lo anterior, en el ámbito científico, desde el siglo XIX se ha venido conformando una nueva disciplina científica llamada *Criminología*, la cual nos otorga una definición técnica de crimen. Según esta disciplina científica, crimen es toda conducta antisocial y desviada.⁷

⁶ HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés, *Mitos y realidades de la Teoría del Delito*, ed. priv., México, 2008, pp. 5-8.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *op. cit.*, pp. 21-26.

De lo anterior se sigue que no todo delito es un crimen y no todo crimen es considerado como un delito.⁸ Por esta razón estimamos que el concepto *Derecho Criminal* no es acertado para designar a nuestra disciplina que se ocupa de delitos y no de crímenes en el sentido técnico de la palabra.

Nos dice Jiménez de Asúa que es a Puglia a quien se le debe la expresión *derecho represivo* y a Dorado Montero la expresión *derecho protector de delincuentes*.⁹ No consideramos que tales calificativas sean las más precisas. La primera de ellas porque a través de nuestra disciplina no sólo se reprimen los delitos, pues habrá que tener presente que también lleva a cabo una función de prevención general y especial del delito. El segundo término porque si bien es cierto el derecho penal surge como eminentemente protector del delincuente inclusive se le llegó a considerar por Liszt como la Carta Magna del mismo, la realidad es que en la actualidad se busca un equilibrio para efectivamente proteger a través de esta disciplina al delincuente frente al Estado, pero también a la sociedad frente al delincuente. Por tanto, no sólo habrá que proteger al delincuente, sino a la sociedad en su integridad.

La expresión *derecho penal* es la más aceptada en los países latinoamericanos, así como en España y Alemania. Este concepto otorga mayor importancia a la consecuencia jurídica del delito: la pena. Esto se justi-

⁸ Conductas como la prostitución o la drogadicción pueden considerarse como antisociales, pero de ninguna manera son delictivas. De igual forma, los comportamientos tipificados como delitos de prensa o políticos no siempre son antisociales, pero no por ello dejan de ser considerados como delictivos.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 1.

fica, porque lo que realmente caracteriza a nuestra disciplina es precisamente la pena. Existen muchos comportamientos que son contrarios al ordenamiento jurídico, pero sólo los que se estiman de trascendencia social –y por ende se tipifican como delitos– pueden ser sancionados con una pena. Desde luego se aprecia que la consecuencia del delito no sólo puede ser la pena, sino también la medida de seguridad. Por ello, Roxin estima que en realidad debemos denominar a nuestra ciencia *Derecho penal y de medidas*.¹⁰ No obstante lo anterior, no son pocos los que estiman que la medida de seguridad no deja de ser una especie de pena.

Otro argumento a favor de esta denominación es que la mayoría de los ordenamientos jurídico penales de nuestro país se denominan con el calificativo de penal, con excepción del Código de Justicia Militar y el ya referido Código de Defensa Social del Estado de Puebla. Así, como veremos más adelante, atendiendo a la dogmática jurídica, las ciencias que se conformen a partir del estudio de esos ordenamientos jurídicos debe llamarse *derecho penal* (con excepción de los ordenamientos antes mencionados, en los que su ciencia se debe llamar Derecho de Justicia Militar y Derecho de Defensa Social, respectivamente), pues sistematizan un ordenamiento denominado penal. Por ello, no es de extrañar que en nuestro país y no en pocos del mundo, toda la doctrina jurídica relativa a nuestra materia se aborde en tratados denominados de *derecho penal*. Por estas consideraciones estimamos que es ésta la denominación más adecuada, por ser la aceptada mayoritariamente en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

¹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 42.

Por otro lado, al principio del este trabajo, señalábamos que con la palabra derecho penal se expresan no sólo a un conjunto de normas, sino también a una facultad y a una ciencia. Así como con la palabra *Derecho* se designa una serie de realidades esencialmente distintas aunque relacionadas entre sí,¹¹ con la expresión *derecho penal* también nos referimos a cuestiones de diverso orden. Se afirma pues, que el *derecho penal* es un conjunto de normas (derecho penal objetivo), pero también es una facultad del Estado (derecho penal subjetivo) y finalmente una ciencia (Ciencia del derecho penal). A estos conceptos nos referiremos en las líneas que siguen.

B. El derecho penal como derecho punitivo

También conocido como *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado, el derecho penal subjetivo es la facultad exclusiva del Estado para establecer en los ordenamientos jurídicos, de manera abstracta, qué comportamientos humanos son considerados como desvalorados y, por tanto, punibles, es decir, merecedores de la imposición de una pena o medida de seguridad (función legislativa penal); para investigar los hechos probablemente delic-

¹¹ El concepto *Derecho* no es unívoco. Con él se expresa al conjunto de normas coercitivas y bilaterales que regulan la conducta externa del nombre (Derecho objetivo). También llamamos *Derecho* a la facultad que tiene una persona para hacer u omitir algo lícitamente (Derecho subjetivo). Pero *Derecho* es también un conjunto de conocimientos demostrados sobre la juridicidad (Ciencia del Derecho). Finalmente, también al *Derecho* lo entendemos como la constante determinación a la justicia (ideal ético de justicia). Para profundizar en este tema véase DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al Derecho*, 3a. ed., México, Ius, 2001, pp. 27-46.

tivos y perseguir a los delincuentes (función persecutoria); para establecer si en un caso concreto un sujeto se ubicó en el supuesto normativo cometiendo un delito y por tanto se le impone la pena o medida de seguridad, individualizándola según las circunstancias de realización del hecho (función jurisdiccional penal); así como para ejecutarla hasta su total extinción (función de ejecución de penas y medidas de seguridad). Esta función es pues ejercida por los tres poderes constituidos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Pero su ejercicio también es llevado a cabo por el Poder Constituyente, pues es en la Constitución en donde se establecen todos los derechos fundamentales que deben gozar los involucrados en el llamado “drama penal”. Por ello, la función punitiva de los poderes constituidos estará limitada por los lineamientos establecidos por la propia Constitución.

La importancia del estudio del derecho penal como potestad punitiva del Estado radica en que es la forma en que se ejerce con mayor intensidad la violencia institucional, al implicar la privación o restricción que de manera monopólica hace el Estado a los derechos fundamentales del imputado. Esto es, el derecho penal es el más autoritario de los sistemas de control social formalizados. Como bien lo señalaría Muñoz Conde, “hablar de derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)”¹²

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, reimp. de la 2a. ed., Colombia, Temis, 2004, p. 4.

En este orden de ideas, es claro que en una sociedad democrática el derecho penal como sistema de control social se lleva a cabo a través de normas inspiradas en principios y valores sustentados en los derechos humanos. No puede entenderse que la sociedad (que al suscribir el pacto social cede su soberanía al Estado) otorgue ese poder punitivo al órgano estatal para que éste abuse de aquélla en su perjuicio, sino sólo para que garantice la coexistencia pacífica de los miembros de la sociedad al tutelar aquellos bienes jurídicos considerados de mayor trascendencia.

Por ello, esta potestad debe estar sujeta a límites y justificada, pues es claro que el derecho penal de un Estado fascista o totalitario no tiene la misma función y por ende los límites del derecho penal de un Estado constitucional de Derecho, el cual pretende evitar abuso de autoridad y la violación de los derechos fundamentales.

a. Límites al poder punitivo del Estado

Eugenio Zaffaroni¹³ nos dice que los principios limitativos es posible agruparlos en tres órdenes: a) Los que constituyen el conjunto de manifestaciones particulares del principio general de legalidad o de máximo de legalidad; b) Los que excluyen toda pretensión punitiva que incurra en una incompatibilidad con los derechos humanos, y c) Los que limitan la criminalización, derivándose en forma directa del principio de Estado de derecho o del principio republicano de gobierno.¹⁴

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 110 y ss.

¹⁴ Existen otras clasificaciones de los principios que limitan este *ius puniendi*. Sin embargo la clasificación que adoptamos y el contenido que le damos a dichos

i) Principios que se sustentan en el principio de legalidad

1. Principio de legalidad formal. Según habíamos manifestado en líneas anteriores, el principio de legalidad en materia penal establece que *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este principio es recogido de manera clara por el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución que a la letra dice: “En los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Con este principio se evita la arbitrariedad y el uso del poder al delimitar la función jurídica de la autoridad, sujetando su actuación a lo expresamente señalado por la ley.¹⁵

Para Gustavo Malo Camacho,¹⁶ este principio se manifiesta en tres formas fundamentales: *Ley scripta* (no hay delito, no hay pena, sin ley escrita); *Ley stricta* (no hay delito, no hay pena sin ley estrictamente

principios siguen los lineamientos propuestos por Zaffaroni, por considerarlos los más completos.

¹⁵ En el mismo sentido, Muñoz Conde al afirmar que “El principio de intervención legalizada, o de legalidad, sirve, pues, para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal (...) supone al mismo, un freno para la política penal demasiado pragmática que, decidida a acabar a toda costa con la criminalidad y movida por razones defensistas o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, 2a. ed., Argentina, Editorial B de f, 2001, p. 136.

¹⁶ MALO CAMACHO, *Derecho Penal Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 106 y ss.

aplicable al delito de que se trata);¹⁷ y *Ley previa* (no hay delito, no hay pena, sin ley previa).¹⁸

2. Principio de máxima taxatividad legal e imperativa. Este principio es emanado del de legalidad y es el último y más refinado fruto de la evolución de tal principio. Se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*. De igual forma, este principio se expresa en el sentido de que dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitativo o restrictivo, siendo que el juzgador debe aplicar la interpretación más restrictiva porque es la que se da en beneficio del reo.
3. Principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido. Como toda ley tiene un contexto discursivo y social, el ámbito de lo legalmente prohibido varía, aunque el texto de la ley permanezca intacto, porque el contexto cambia continuamente y por ello una conducta puede perder todo el contenido lesivo (*V.gr.* adulterio, injurias, homosexualidad, etcétera). Por lo que un imputado no puede ser sancionado si la pena ya no tiene razón de ser.

¹⁷ Respecto a este tema, mucho se ha hablado sobre las leyes penales en blanco, es decir, aquellas que remiten la definición de las conductas punibles a ordenamientos no penales que en muchos casos no son formales. Se sostiene la inconstitucionalidad de estas leyes penales en blanco, pues violan el principio de aplicación estricta de la ley penal.

¹⁸ Esta forma de manifestación del principio de legalidad se encuentra conformado por el principio de irretroactividad, por virtud del cual a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, esto es, nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de ser cometidas no fueran delictivas según el Derecho aplicable.

ii) Principios que excluyen violaciones o disfuncionalidades con los derechos humanos

1. Principio de lesividad. Ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo y que es considerado de mucha trascendencia para la sociedad. Este principio incluye a su vez el de intervención mínima¹⁹ y el de protección de bienes jurídicos, por virtud del cual no pueden existir en la ley penal conductas consideradas delictivas si las mismas no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico tutelado de importancia trascendental para la sociedad.

Vinculado a este principio encontramos el de materialidad, que determina que la idea criminal no es punible, sólo los hechos que irrumpen en la realidad, y siempre que estén tipificados, pueden ser punibles.

2. Principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionada por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.

¹⁹ Este principio inicialmente fue planteado en el seno de las ideas iluministas sustentadas en el contrato social, "ciertamente hoy no se puede recurrir al contrato social, pero sí al hecho de que la intervención de la violencia penal sólo está justificada en la medida en que resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política dentro de la concepción hegemónica democrática". BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

3. Principio de intrascendencia. En el Estado de derecho, la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente.
4. Principio de humanidad. En función de este principio, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, intervenciones neurológicas). Igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona.

Por ello, afirma Gustavo Malo Camacho que el principio de dignidad de la persona es un límite a la potestad punitiva del Estado, que “acorta el espacio de la persona en base a valores absolutos para traducirlos a su necesario entendimiento como valores relativos, es decir, relacionados con su aplicación concreta y, por tanto, referidos a la realidad social en que se manifiestan. Así no es suficiente la mera observación abstracta y general acerca de la vigencia y validez de los valores fundamentales de la condición humana, sino que es necesario (...) no aplicar una pena si no es con el cabal respeto a los derechos humanos”.²⁰

5. Principio de prohibición de doble punición. Hace referencia a que no puede imponerse a un reo doble punición por un delito cometido, no obstante que una punición no tenga el carácter de formal.

²⁰ MALO CAMACHO, *op. cit.*, p. 103.

6. Principio de buena fe y *pro homine*. El primero de ellos impide que el discurso penal invoque disposiciones legales para violar los límites del derecho penal de garantías, o sea, que haga un uso perverso de las propias cláusulas garantizadoras. El principio *pro homine* es propio del derecho internacional de los derechos humanos e impone que, en la duda, se decide siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate.

iii) Principios que emergen directamente del Estado de derecho

Si bien es cierto, todos los principios antes señalados remiten al principio republicano, es necesario enunciar otros que se derivan directamente de la defensa del Estado social y democrático de derecho.

1. Principio de superioridad ética del Estado. El Estado de derecho, aunque no siempre sea ético, importa una aspiración de eticidad. La renuncia estatal a los límites éticos da lugar a su ilegitimidad y consiguiente carencia de títulos para requerir comportamientos adecuados por parte de los habitantes.
2. Principio de saneamiento genealógico. Muchos tipos penales tienen una carga ideológica poco compatible con el Estado de derecho. Por ello, en virtud a este principio, la investigación genealógica de los tipos descubre los componentes de arrastre peligrosos para el Estado de derecho y facilita una labor interpretativa depurada de los mismos.
3. Principio de culpabilidad. Es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de derecho,

porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. En efecto, para imputar un daño al autor resulta indispensable constatar el vínculo subjetivo entre ambos (esto es, evitar imponer una pena basada sólo en la causación). Por ello se excluye la imputación de un resultado fortuito y para imputar se exige que el agente haya podido conocer la prohibición.

C. Derecho penal en sentido objetivo

También conocido como *ius poenale* o derecho penal objetivo. Nos dice Celestino Porte Petit Candaudap que por derecho penal en sentido objetivo debe entenderse “el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas conductas bajo amenaza de sanción”.²¹ En términos similares, Edmund Mezger manifiesta que “*derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido*”.²² (cursivas en el original).

Gustavo Malo Camacho considera que “como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada o *ius poenale* y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas

²¹ PORTE PETIT CANADAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969, pp. 16 y 20.

²² MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990, p. 27.

y medidas de seguridad”.²³ Por su parte, Carrancá y Trujillo señala que objetivamente es derecho penal “el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delinquentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.²⁴

Nosotros consideramos que derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de normas coercitivas y bilaterales que establecen qué comportamientos humanos son considerados como desvalorados (particularmente delictivos) y por tanto merecedores de la imposición de una pena o medida de seguridad a aquellos que se sitúen en las hipótesis normativas. El *ius poenale* se identifica con el llamado derecho penal sustantivo, que se distingue del derecho penal adjetivo.

Este último, según Jorge A. Silva Silva, es:

... la disciplina jurídica especial cuyo objeto de estudio consiste en la sistematización, exposición, análisis y crítica de la serie de actos jurídicos realizados por el tribunal, acusador, acusado y otros sujetos procesales, actos que se encuentran orientados teleológicamente y, mediante la aplicación del derecho penal sustantivo, tendientes a solucionar un conflicto cualificado en su naturaleza como penal. Implica además

²³ MALO CAMACHO, *op. cit.*, p. 35.

²⁴ *Cit.* por CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 40a. ed., actualizada por Horacio Sánchez Sodi, Editorial Porrúa, México, 2008. De estas dos últimas definiciones pudiera desprenderse que para los autores de referencia el Derecho penal instrumental es también derecho penal objetivo. Sin embargo, del contenido de sus respectivas obras (particularmente cuando se estudia la Teoría de la ley penal) no se concluye que efectivamente así sea, pues es claro que las normas que regulan la aplicación de la norma penal al caso en concreto forman parte del llamado Derecho Procesal Penal, que si bien tiene íntima relación con nuestra disciplina, es independiente al tener objeto y contenido diverso, acercándose más a la Teoría General del Proceso que a la Teoría del Derecho Penal.

la sistematización, exposición, análisis y crítica de la organización, jerarquía y funcionamiento de los órganos que en el proceso penal intervienen (tribunal, acusador, acusado, defensor), la forma en que se distribuye el trabajo (competencia), así como la atinente a la acción y jurisdicción que dentro del proceso se concretan.²⁵

Por tanto, el derecho penal sustantivo lo vamos a encontrar en los códigos penales, mientras que el derecho penal adjetivo estará en los Códigos de Procedimientos Penales.²⁶ El estudio del derecho penal adjetivo está a cargo de la llamada ciencia del derecho penal o dogmática penal.

D. Derecho penal como ciencia

También conocida como dogmática penal o ciencia del derecho penal,²⁷ es la disciplina que tiene por objeto

²⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 1995, pp.14 y 15 (cursivas en el original).

²⁶ En Aguascalientes, tanto las normas sustantivas (Derecho penal) como las normas adjetivas (Derecho procesal penal) se encuentran en solo ordenamiento denominado Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes. Los artículos que van del 1o. al 139 constituyen la parte sustantiva. Los que van del 140 al 541 regulan el procedimiento penal, esto es, conforman la parte adjetiva.

²⁷ No comparte esta opinión Fernando Castellanos Tena al estimar que la dogmática penal es parte de la Ciencia del Derecho Penal. Según el referido autor, la primera solo estudia el ordenamiento penal positivo, mientras que la segunda –siguiendo a Villalobos– también estudia principios que “fijan la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado”. CASTELLANOS TENA, *op. cit.*, pp. 24 y 25. No estamos de acuerdo con el pensamiento del Dr. Castellanos, pues si bien la Dogmática Penal parte del estudio de un ordenamiento positivo concreto, no se limita a él. El intérprete en la fase de la crítica hace las aportaciones que estima pertinentes para el perfeccionamiento del mismo con lo cual lleva a cabo la construcción de planteamientos teóricos o principios que no se encuentran previstos por el ordenamiento positivo. Por ello, coincidimos con el pensamiento generalizado en el sentido que la Ciencia del Derecho Penal y la Dogmática Penal constituyen la misma disciplina.

el estudio completo y sistematizado del ordenamiento jurídico penal. Zaffaroni la define como:

... la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.²⁸

No obstante que existe cierto desprecio por parte de los operadores del sistema penal a todo aquello que provenga de la dogmática penal, al estimarla compleja y poco práctica, la realidad es que sus aportaciones permiten solucionar racionalmente los casos prácticos y evitan las soluciones kafkianas con que lamentablemente nos encontramos en la operatividad del sistema penal. Como señalara Ovalle Favela²⁹ no debe existir disociación entre la teoría y la práctica pues:

Sólo es válida y útil la teoría que parte de lo que realmente ocurre en la práctica jurídica y que plantea alternativas para solucionar los problemas existentes. Pero también la práctica sólo puede contribuir a la solución de esos problemas en la medida que se base en la doctrina y la reflexión teórica. La teoría que no toma en cuenta la práctica del derecho procesal ni aporta soluciones a los problemas que ésta plantea, es sólo metafísica. La práctica que desconoce las aportaciones de la teoría es simple rutina".³⁰

²⁸ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 5. Para el autor de referencia es propiamente esta ciencia a la que se debe llamar Derecho Penal, pues al derecho penal objetivo habría que llamarlo legislación penal, mientras que al derecho penal subjetivo habría que conceptualarlo como poder punitivo (*cursivas en el original*).

²⁹ Aunque lo hace en el ámbito procesal, es válido para cualquier disciplina jurídica.

³⁰ OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. XXVII.

Las construcciones teóricas nos permiten solucionar los casos prácticos de una manera racional y coherente con el sistema de principios y valores que sustentan el ordenamiento jurídico. Cuando se nos presenta un caso complejo y la respuesta al mismo no la encontramos ni en la ley ni en la jurisprudencia, lo más seguro es que en la doctrina la descubramos. El conocimiento doctrinario nos permite ampliar nuestra concepción de la realidad y por ende el criterio para resolver los problemas. No permite pues, bordar fino.

La utilidad práctica de la dogmática penal es claramente evidenciada por Claus Roxin quien señala que:

La ventaja de la sistematización de los presupuestos generales del delito se puede apreciar, particularmente, cuando los fundamentos en que se basa una sentencia se observan claramente, siendo expuestos y relacionados de forma racional y llena de sentido. De este modo se logra un orden muy firme para comprobar los presupuestos de la responsabilidad en un caso concreto. De esta forma se asegura un tratamiento equilibrado de los casos, pudiéndose observar claramente los puntos más importantes del asunto objeto de análisis.³¹

La dogmática penal se divide para su estudio en dos partes:

a. Parte General:

- Teoría de la norma penal: se analiza la estructura de la norma penal y las bases para su aplicación (ámbitos de validez espacial, temporal, material y personal de la ley penal).

³¹ ROXIN, Claus, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, trad. de Miguel Ontiveros Alonso, México, Ubijus, 2008, p. 10.

- Teoría del delito: estudia los elementos y la forma de realización del delito, como fenómeno jurídico.
- Teoría de las consecuencias del delito: estudia el contenido y justificación de las penas y medidas de seguridad

b. Parte Especial:

- Se estudian los tipos penales en particular tanto los contenidos en las leyes penales como en las mal llamadas leyes especiales.

El objeto de estudio de la dogmática jurídico penal lo constituirá un determinado ordenamiento penal. Es decir, la dogmática penal parte del análisis de una ley en concreto. Como señala claramente el Dr. Luis Felipe Guerrero “La dogmática jurídica la podemos definir como el análisis sistemático, ordenado, completo e integral de los textos legales”.³² El propio penalista guanajuatense nos dice que son tres las etapas de la dogmática jurídica:

- a. Interpretación: que según el autor en estudio, comprende la implementación de los recursos hermenéuticos que permiten desentrañar el sentido de la norma.
- b. Sistematización: consiste en armonizar cada disposición con una estructura más amplia; con un sistema que comprende el fondo subyacente de la esencia regulada por la norma.
- c. Crítica: hay ocasiones en los que una vez interpretadas y sistematizadas las normas, el intérprete toma

³² GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *Fundamentos de la Dogmática Jurídica Penal*, México, Librería Yussim, 2004, p. 49.

una o varias posturas y con ello critica el propio ordenamiento formulando construcciones teóricas que permitan resolver casos prácticos. En este momento se da la vinculación de la teoría con la práctica.³³

E. Conclusión

Quisiera concluir el presente ensayo dejando en claro el porqué se le denomina dogmática penal. Se dice que dogma es una verdad irrefutable, aquello en lo que se debe creer sin poder controvertirse. Sin embargo, cuando utilizamos tal expresión en nuestra disciplina no es por estimar que los planteamientos o postulados que derivan de la norma sean verdades absolutas, sino que de acuerdo al sistema jurídico en el que estamos inmersos, la ley no puede cambiarse para su estudio, esto es, la norma penal no puede ser modificada a capricho del intérprete, sino que debe estudiarla tal cual es, lo que de ninguna manera implica su aceptación técnica o valorativa.³⁴ Apunta Recasens Siches que:

... el jurista se halla también con un conjunto de normas (leyes, reglamentos, sentencias, etc.) vigentes, establecidas por el orden jurídico. Estas normas el jurista las recibe de un modo *dogmático*, es decir, tales normas constituyen dogmas para el jurista; tienen para éste el alcance de dogmas indiscutibles de los cuales él no puede evadirse. O, expresándolo de otra manera: las normas del orden jurídico-positivo deben ser acatadas por el jurista. Lo que esas normas determinan el jurista no puede reemplazarlo con su individual criterio".³⁵

³³ *Ibid.*, pp. 49-51.

³⁴ *Cfr.* GUERRERO AGRIPINO, *op. cit.*, p. 53.

³⁵ RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 5.

Lo anterior resulta fundamental, porque el claro desconocimiento de las etapas de la dogmática jurídica –particularmente su punto de partida, es decir, tomar como objeto de análisis un texto legal concreto y desarrollar la ciencia a partir de él– ha llevado a formular “ciencias” del derecho penal confusas, en donde se hacen mescolanzas de conceptos, de teorías, generando lo que ha llamado Jorge Ojeda Velásquez la “ensalada navideña penal”.³⁶ Esto es muy visible en los países latinoamericanos –desde luego en México–, donde los estudiosos del derecho penal adoptan todo tipo de teorías novedosas –sobre todo si vienen de Alemania– no obstante que en ocasiones no se adecuan a nuestra realidad normativa o social. Se genera una falta de claridad conceptual que ha impedido que por lo menos en nuestro país se hagan aportaciones a la ciencia del derecho penal. Tan es así, que en el año 2006, cuando visitaron México diversos penalistas alemanes, entre ellos, Claus Roxin, Günther Jakobs y Bernard Struensee, este último afirmó que “Siempre que venimos a México dejamos muchas ideas. Sin embargo, nunca nos llevamos ninguna de este país”. La crítica fue fuerte y directa, pero desgraciadamente verdadera.

³⁶ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, “Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones”, en *Criminalia*, Año LXXI, No. 2, México, mayo-agosto de 2005, p. 6.

Bibliografía

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, 2a. ed., Colombia, Themis, 1995.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 40a. ed. actualizada por Horacio Sánchez Sodi, México, Porrúa, 2008.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al Derecho*, 3a. ed., México, Ius, 2001.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *Fundamentos de la Dogmática Jurídica Penal*, México, Librería Yussim, 2004.
- HERNÁNDEZ ISLAS, Juan Andrés, *Mitos y realidades de la Teoría del Delito*, ed. priv., México, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, Colección Clásicos del Derecho, Vol. 7, México, Harla, 1997.
- MALO CAMACHO, *Derecho Penal Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 2003.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, reimp. de la 2a. ed., Colombia, Temis, 2004.
- _____, *Introducción al Derecho penal*, 2a. ed., Argentina, Editorial B de f, 2001.

OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge, "Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones", en *Criminalia*, Año LXXI, No. 2, México, mayo-agosto de 2005.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1969.

RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 19a. ed., México, Porrúa, 2008.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 18a. ed., México, Porrúa, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

_____, *Evolución y Modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, traducción de Miguel Ontiveros Alonso, México, Ubijus, 2008.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 1995.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, "Concepto y función del derecho penal", en *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Universidad Externado de Colombia, 2a. reimp. de la 1a. ed., Colombia, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Serifa de 8, 10, 12, 14 y 17 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares. Noviembre de 2010.

