

**Voto particular del señor Ministro Juan N. Silva Meza, en relación con el dictamen relativo a la Facultad de Investigación 1/2009.**

Estoy en contra de la posición sostenida por la mayoría de los integrantes del Pleno que han rechazado el dictamen que originalmente fue puesto a nuestra consideración.

Mi oposición en este caso, es congruente con la posición que he sostenido en los casos en los que la Novena Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha ejercido la facultad que le confiere el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La muerte y los daños causados a los niños afectados, así como a sus familias, en este penoso asunto, nos daña a todos, sin duda, pero también me brinda una oportunidad para reafirmar mi visión acerca de los alcances constitucionales de la Facultad de Investigación y su configuración como un mecanismo de control político-constitucional de la función pública en la Nación.

El respeto y salvaguarda a los derechos humanos marca uno de los índices más claros en el grado de avance civilizatorio de una sociedad. Nadie puede dudar que un componente importantísimo de ese índice, está constituido por las medidas que la propia sociedad toma para ver por los más vulnerables, en particular por los más pequeños.

Los hechos que sucedieron en la Guardería ABC representan un retroceso en el avance del país. La sociedad y sus instituciones están en la obligación de hacer lo que esté en sus manos para recuperar ese avance, para reparar la profunda vergüenza que, como Nación, nos deja como legado esta pérdida.

Estoy en desacuerdo con el dictamen que se somete a nuestra consideración porque su punto de partida se opone a la posición que he sostenido en casos sometidos anteriormente a la consideración de este Pleno mediante el mecanismo establecido en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional.

Tal como lo he señalado en las facultades de investigación relacionadas con los casos de Aguas Blancas, de Puebla, de Atenco y Oaxaca, sucesos todos que, en mi opinión, enmarcaron episodios de indecencia pública en el país, el caso de la Guardería ABC representaba una oportunidad para esta Suprema Corte para reconocer que la violación a los derechos humanos representa un caso gravísimo de incumplimiento por parte del Estado mexicano a las obligaciones que el mismo ha adquirido a nivel internacional y a las obligaciones de salvaguarda y protección de los derechos fundamentales que son la espina dorsal de nuestra Constitución.

Incumplimientos como este, tal como lo he sostenido públicamente, generan la obligación por parte del Estado y de sus órganos de garantizar que la verdad se esclarezca, que las víctimas sean resarcidas, que se erradique la impunidad, que no vuelva a ocurrir lo que pasó.

La facultad de investigación consagrada en el artículo 97, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es uno de los mecanismos al alcance del Estado mexicano para que, por medio de su Suprema Corte de Justicia, repare daños gravísimos derivados del ejercicio de la función pública en perjuicio de individuos de carne y hueso, sí, pero también en perjuicio de la Nación.

Tal como lo he señalado en otras ocasiones, el ejercicio de la facultad de investigación es en sí mismo un tipo de reparación pues implica, al publicitar los hechos que la originan, determinar la violación de derechos fundamentales y su gravedad; determinar a los responsables y, lo que es más importante, hacer posible la emisión de criterios y lineamientos para buscar un futuro libre de hechos como estos.

No comparto la opinión de la mayoría en el sentido de que la facultad de investigación a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye un mecanismo de protección de la regularidad constitucional. En mi opinión, el ejercicio de esta facultad es un mecanismo de control político-constitucional y no propiamente jurisdiccional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con base en las opiniones que he sostenido en esta materia, considero que esta facultad constitucional se ha depositado en la Suprema Corte por la relevancia constitucional, política y moral que el tribunal máximo del país tiene en la vida pública de la Nación.

En todo caso, a partir del estudio y discusión de este asunto, se demuestra la pertinencia no sólo de la facultad en sí

misma, sino también de su desahogo por parte de este alto tribunal.

El caso de la guardería ABC demuestra el tino que el constituyente mexicano tuvo al confiar a este Colegio de ministras y ministros, cabeza del Poder Judicial de la Federación, la discusión pública de asuntos de esta envergadura histórica y constitucional. Este es el lugar en el que discusiones como esta deben darse.

Los hechos sucedidos el 5 de junio de 2009, no pueden describirse completamente con una sola palabra de la lengua española pues rebasan por mucho la mera definición de lo trágico, de lo aciago, de lo funesto, de lo desgraciado. Su gravedad, su inconmensurabilidad, apenas se vislumbran con el Decreto emitido recientemente por el Ejecutivo Federal por el que se declara el 5 de junio como un día de luto nacional.

¿Qué tiene que decir nuestra Constitución acerca de un hecho como este? ¿Qué tiene que decir nuestro texto fundamental acerca de la muerte de 49 niños puestos a resguardo de las autoridades del Estado mexicano? En mi opinión, a diferencia de lo que opina la mayoría, me parece que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación responder a estas preguntas. Me parece que hacerlo beneficiaría el desarrollo democrático del país.

Los casos a los que este Pleno se ha enfrentado en ocasiones anteriores al ejercer la facultad de investigación, han involucrado el análisis, por parte de casi todos nosotros, de hechos que son en sí mismos lamentables.

Este caso, sin embargo, resulta diferente, su envergadura es otra: es la historia de niños menores de tres años que encontraron la muerte durmiendo una siesta; la historia de cómo individuos en su más tierna infancia, aún sobreviviendo a la tragedia, verán afectado su futuro por las secuelas físicas, materiales y psicológicas derivadas de la conflagración; la historia de madres y padres a quienes la actividad negligente y omisa por parte de agentes del Estado mexicano, canceló el derecho constitucional a tener hijos y el derecho, asociado a este, a desarrollar una vida a su lado.

En todo caso, a partir de la lectura de la resolución tomada por la mayoría del Tribunal Pleno, reafirmo mi convicción en el sentido de que nuestra Constitución no es silente en relación con un acontecimiento de esta gravedad. De hecho, tanto esta sesión pública de deliberación, como la existencia del dictamen original demuestran que la Constitución también existe para buscar respuestas justas a acontecimientos que, en primera instancia y desde un punto de vista estrictamente humano, parecen ser inexplicables.

Es precisamente por la respuesta constitucional que la resolución da a los hechos de Hermosillo, que estoy de desacuerdo con ella en lo general.

En efecto, además del análisis que desde otras disciplinas puede hacerse de los acontecimientos, los mismos se pueden desentrañar desde una perspectiva constitucional.

En efecto, estoy de acuerdo con el hecho de que la investigación fue suficiente. Estoy de acuerdo con que los funcionarios públicos que tuvieron que ver con estos hechos, tenían obligaciones constitucionales y legales que cumplir.

Estoy también de acuerdo en lo general con los derechos enlistados como violados, así como las acciones y efectos que de todo este asunto deben derivarse.

Sin embargo, estoy en desacuerdo con las autoridades señaladas como involucradas por el dictamen.

Con el fin de ser lo más claro posible, enlistaré mis principales desacuerdos concretos con la resolución tomada por la mayoría.

1. La resolución no vincula al artículo 97, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el 89, fracción XII del propio texto constitucional, la cual establece la facultad y la obligación del Presidente de la República para facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.

En este sentido, en ejercicio de la facultad de investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede solicitar al Presidente de la República que separe de su cargo a los funcionarios involucrados en la grave violación a garantías individuales, reconociendo que es facultad del titular del Ejecutivo Federal hacerlo o no.

El argumento que sostiene esta consideración es que el ejercicio de la facultad de investigación tiene como finalidad recuperar la regularidad constitucional. Es claro que la permanencia en el puesto de funcionarios que han sido declarados como involucrados en la violación de la

Constitución, vía la violación de derechos fundamentales, representa una instancia de irregularidad constitucional.

También representa una irregularidad constitucional que los funcionarios involucrados no estén sujetos a procedimientos administrativos o de responsabilidad política.

El titular del Ejecutivo Federal está obligado a colaborar con la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la recuperación de la regularidad constitucional, para lo cual también resulta necesario activar el funcionamiento de los órganos de administración de justicia que puedan tener competencias para conocer de este caso, así como los mecanismos de diálogo y acuerdo con el Poder Legislativo Federal y con otros niveles de gobierno para procurar que una tragedia como esta no vuelva a suceder.

La facultad de investigación, leída a la par del contenido del artículo 89, fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se convierte así en una función de Estado de naturaleza colaborativa, una oportunidad de coordinación entre dos de los Poderes entre los cuales se divide el Supremo Poder de la Unión.

Para que el efecto de la facultad de investigación, función a cargo de la Suprema Corte, se consiga a plenitud, la participación del Ejecutivo es indispensable actuando como facilitador en términos de la ley fundamental.

2. A partir de lo que he sostenido en otros casos, es necesario insistir en que las violaciones graves a derechos humanos o garantías individuales, genera un tipo de responsabilidad diferente a las responsabilidades tradicionales y que el desahogo de la facultad de investigación consagrada en el artículo 97, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un mecanismo legítimo para determinarlas.

La discusión de este asunto, basada en el informe presentado por los comisionados y avalado por el Ministro ponente en el dictamen original, me hace concluir que estamos en presencia, una vez más, de un caso de violaciones graves a derechos humanos que generan, al constituir un incumplimiento a los bienes tutelados por esos derechos, un tipo de responsabilidad diferente en naturaleza y envergadura a las responsabilidades que tradicionalmente establece y reconoce nuestro orden jurídico: la responsabilidad político-constitucional.

Los sucesos que hemos discutido me confirman que el ejercicio de la facultad de investigación, no tiene como objetivo cuestionar la constitucionalidad de una política pública, ni convertirse en un mecanismo de control de gestión.

No, la determinación que emite la Suprema Corte de Justicia al declarar que hubo graves violaciones a derechos humanos, tiene el peso que le da el ir

acompañada por el señalamiento de responsables de esas violaciones.

Las violaciones a derechos humanos cometidas por funcionarios públicos en contra de más de 100 niños y sus familiares en este caso, generan, al menos, en mi opinión, tres consecuencias.

Por una parte, la violación político-constitucional **genera la presunción** de que las autoridades violadoras de derechos humanos, pudieron haber incurrido en otro tipo de responsabilidades ordinarias.

La sabiduría del diseño de la facultad de investigación, radica precisamente en el hecho de que esa presunción no puede determinarse en forma definitiva, si no es a través del desahogo de procedimientos de responsabilidad ordinarios (penales, civiles, administrativos, etc.). La posibilidad de desahogar esos procedimientos es otra consecuencia.

Ahora bien, de aquí derivo la tercera consecuencia, la cual se relaciona directamente con el entendimiento que, en este caso, tal como en los precedentes de Puebla, Atenco y Oaxaca, he manifestado en relación con la facultad de investigación y que tiene que ver con una pregunta que debe dilucidarse: ¿es posible graduar las responsabilidades derivadas de violación grave de derechos humanos?

Al igual que lo señalé con motivo de la discusión del dictamen relativo al ejercicio de la facultad de investigación 1/07 desahogada con motivo de los hechos suscitados en Oaxaca, me parece que en este caso es imposible **no declarar la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de mando en los hechos.**

Tal como lo he sostenido en otras ocasiones, no hay razones para creer que la responsabilidad activa en la violación de derechos humanos que genera una responsabilidad político-constitucional, sea más grave en comparación con la responsabilidad omisiva grave que produzca el mismo resultado.

Todos los participantes en estos hechos, independientemente del tramo de control administrativo a su cargo, han incurrido en responsabilidad político-constitucional, han incumplido deberes puramente constitucionales y deben responder por ello para reparar los daños.

**Debemos recordar que la violación grave de derechos humanos, al igual que la responsabilidad internacional generada por ella, es absoluta: hay violación o no la hay.**

Sin embargo, la responsabilidad individual derivada de esas violaciones, sí se puede **graduar.**

Justamente ese es el papel que deben jugar los procedimientos internos y ordinarios de responsabilidad: quién tiene responsabilidad penal y en qué grado; quién tiene responsabilidad civil y en qué grado; quien tiene responsabilidad administrativa y en qué grado. Esas determinaciones no corresponden a la Suprema Corte cuando ejerce la facultad de investigación.

En todo caso, al estudiar lo acontecido en la Guardería ABC a la luz de lo que sostuve en los precedentes de Oaxaca y Atenco, concluyo de nuevo que estamos frente a una responsabilidad de **Estado agravada, lo cual vuelve imposible exculpar a quienes estuvieron encargados, en todos sus niveles, de la dirección, administración y supervisión de la guardería, así como de la atención de los afectados una vez sucedida la tragedia.**

Todos los señalados en el dictamen como responsables de la violación de derechos humanos, además del señalamiento propiamente moral que se deriva de la declaratoria de violaciones graves a garantías individuales, deben responder de sus actos en las vías ordinarias. Ahí deberá determinarse el alcance de su deber de responder y la forma en la que deberán reparar las violaciones que han cometido.

El caso de la guardería ABC me da la oportunidad de insistir en que existe un tipo de violación en que los

funcionarios públicos pueden incurrir y que deriva de la violación a derechos humanos. Este tipo de infracciones, involucran una responsabilidad del Estado mexicano en relación con las obligaciones que el mismo ha contraído en el exterior, sobre todo en relación con los principios de protección a los derechos fundamentales que son la espina dorsal del régimen constitucional.

De esta forma, a diferencia de lo sostenido por la mayoría, considero que en esta ocasión también era necesario advertir **la plena responsabilidad internacional del Estado mexicano**, el cual, por medio de la actuación y omisiones de órganos y funcionarios a él adscrito, incumplió obligaciones adquiridas ante la Comunidad de Naciones, lo que le genera, como en otros casos, la obligación de reparar.

Vale la pena insistir que ese tipo de violación por parte de los funcionarios del Estado, involucra necesariamente la configuración de otro tipo de responsabilidades. Esto es así porque ni la responsabilidad política, ni la penal, ni la administrativa, ni la civil en la que incurran los funcionarios públicos ejerciendo sus cargos, pueden entenderse como excluyentes o disociadas de la violación de derechos humanos.

Cuando se violan derechos humanos por parte de una autoridad, es razonable suponer que se configuran responsabilidades de otro tipo derivadas del incumplimiento de normas políticas, administrativas, penales y civiles, mismas que no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinar en el

ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 97, párrafo segundo de la Constitución.

En otras palabras, la función pública no se constituye para violar derechos humanos y, por lo mismo, ese resultado presupone que se ha fallado en la observancia de otras disposiciones que regulan esa actividad y que producen la imputación de responsabilidades ordinarias.

Como lo he señalado en otras ocasiones, la declaración de que ciertas garantías individuales se han violado gravemente, la cual, desde mi punto de vista, equivale a declarar que ciertos derechos humanos han sido gravemente violados, debe servir para que toda la maquinaria del Estado se ponga en marcha con el fin de remediar la situación.

Dicho lo anterior y de ser el caso, debe dilucidarse qué otras responsabilidades pueden adjudicarse a las autoridades responsables.

3. En realidad este asunto sirve para repensar la manera en la cual entendemos nuestro modelo federalista en relación con la prestación de servicios públicos que tienen como objetivo hacer derechos fundamentales.

No podemos sostener la constitucionalidad de un modelo federalista que permite que las autoridades responsables de vigilar que la vida y seguridad de niños mexicanos, diluyan su responsabilidad alegando que las facultades de supervisión sobre los factores involucrados en garantizar esa seguridad, corresponden a otras autoridades en otros ámbitos y en otros niveles. Todos los funcionarios

públicos en México, de todos los niveles y de todos los órganos, están obligados para colaborar, en el ejercicio de sus facultades, con el fin de preservar los derechos los menores enfocados desde la perspectiva del interés superior del niño.

4. Considero que era necesario incluir como responsable del incendio de a Guardería al Secretario de Hacienda del Estado de Sonora en funciones el día de la tragedia. El argumento para hacerlo sería que a ese funcionario le eran aplicables parcialmente las razones que el dictamen original utilizó para vincular al Director General en funciones del Instituto Mexicano del Seguro Social.

En el mismo sentido, era necesario incluir como autoridad responsable al Director Jurídico del Instituto Mexicano del Seguro Social que participó en la validación del contrato inconstitucional de subrogación con los dueños de la Guardería ABC, por las razones dadas en defensa de la inconstitucionalidad de esa figura.

5. En relación con los deberes constitucionales derivados de la facultad de investigación, me parece conveniente hacer algunas consideraciones:
  - a) Me parece que debería haberse incorporado el deber del Ejecutivo Federal para que, en ejercicio de lo dispuesto por el artículo 97, fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cumpla con su obligación de auxiliar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a recuperar la regularidad constitucional.

- b) No estoy de acuerdo con el deber establecido en la resolución para que el Instituto Mexicano del Seguro Social revise el régimen de subrogaciones, con el fin de corregir las fallas estructurales del sistema. La obligación de revisar debería pasar por la desaparición del modelo de subrogación vecinal comunitario único, que ha demostrado ser violatorio de derechos fundamentales.
  
- c) Los deberes de todas las autoridades en este caso y con vista al futuro deberían realizarse en forma coordinada, bajo el entendimiento de que las facultades de las cuales se les dota y que constituyen el modelo federal que forma al Estado mexicano, deben ejercerse para preservar, en forma colaborativa, los derechos de las niñas y niños vistos con el prisma que otorga el principio de interés superior del menor.
  
- a) Asimismo, creo que el Dictamen debió remitirse al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, para que este activara la facultad constitucional de auxilio al Poder Judicial de la Federación que ya he mencionado.

La facultad de investigación consagrada en el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, representa un mecanismo de control de la regularidad constitucional fundamental para la salud de la Nación que no se contrapone con otros mecanismos más comunes de control constitucional también a cargo del Poder Judicial de la Federación.

La tragedia de la Guardería ABC representó una oportunidad más para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación recalibrara la importancia de este mecanismo constitucional. En mi opinión, la decisión tomada por la mayoría va en el sentido contrario a esa alternativa. Es por eso que expreso mi desacuerdo.

Atentamente

Ministro Juan N. Silva Meza