Tecnológico de Monterrey

Campus Ciudad de México

JuríPolis

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

AÑO 2015, VOL.4

Artículos

Science, technology, and innovation indicator systems: International organism comparative analysis
Elda C. Morales Sánchez de la Barquera
Julio E. Rubio
Rafael A. Ayala-Rodríguez

La prueba en el sistema procesal penal acusatorio en México
Gerardo García Silva

16

Directorio

Profesor David Noel Ramírez Padilla
Rector del Tecnológico de Monterrey

Ing. Alfonso Pompa Padilla
Rector de la Zona Metropolitana de la Ciudad de México

Dr. Pedro Luis Grasa Soler
Director General, Campus Ciudad de México

Dr. Julio E. Rubio Barrios
Director de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales

Dra. Iliana Rodríguez Santibáñez
Directora del Departamento de Derecho y Relaciones Internacionales

JuríPolis

REVISTA DE DERECHO Y POLÍTICA

16

Año 2015, vol. 4

Tecnológico de Monterrey

JURÍPOLIS, Año 2015, Volumen 4, No. 16, enero-junio 2015, publicación semestral. Editada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Cd. de México, a través de la Escuela de Humanidades y Ciencias Sociales, domicilio Av. Eugenio Garza Sada No. 2501, Col. Tecnológico, C.P. 64 849, Monterrey N.L., Editor Responsable Vicente Fernández Fernández, Datos de contacto: vff@itesm.mx, teléfono: (55) 54832294. Impresa por Porrúa Print, domicilio Avenida República de Argentina 17, C.P. 06020, Colonia Centro, México, Distrito Federal, México; El presente ejemplar se terminó de imprimir el 19 de junio de 2015, número de tiraje 100. Número de Reserva de Derechos 04-2014-041012312200-102 expedido por la Dirección de Reservas de Derechos del Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN en trámite. El editor, no necesariamente comparte el contenido de los artículos y sus fotografías, ya que son responsabilidad exclusiva de los autores. Se prohíbe la reproducción total o parcial del contenido, fotografías, ilustraciones, colorimetría y textos publicados en este número sin la previa autorización que por escrito emita el editor.

Comité Editorial

Director
Vicente Fernández Fernández

Consejeros
Iliana Rodríguez Santibáñez
Mario I. Álvarez Ledesma
Karen Sigmond Ballesteros
Gustavo López Montiel
José Heriberto García Peña
Margarita Palomino Guerrero
Miguel Ángel Valverde Loya

Contenido

EDITORIAL 9

Science, technology, and innovation indicator systems: international organism comparative analysis 11
Elda C. Morales Sánchez de la Barquera
Julio E. Rubio
Rafael A. Ayala-Rodríguez

La prueba en el sistema procesal penal acusatorio en México 29
Gerardo García Silva

Reforma constitucional en materia de derechos humanos y el control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad. Exposición de un caso práctico 65
Elena Ramos Arteaga

El sistema de gobierno en México: evolución y perspectivas 99
José Manuel Venegas Martínez
Miguel Ángel Valverde Loya

Montecristo y los derechos humanos 127
Juan Ramírez Marín

Nuevas figuras jurídicas que se incorporan en la reforma constitucional en materia educativa 161
José Castillo Nájera

Editorial

En el Departamento de Derecho y Relaciones Internacionales, del Tecnológico de Monterrey, siempre ha sido una constante la calidad académica en todas las actividades que se desarrollan; desde los cursos que conforman los programas de estudios de las carreras de derecho, los cursos de extensión que se imparten en diversas instituciones, pasando, desde luego, por *Jurípolis*, la revista que se viene publicando desde hace varios años y que ahora presenta su número 16.

Los seis artículos que se incluyen en el presente número son producto del trabajo de investigación que llevan a cabo los profesores de esta Institución y, en algunos casos, de manera conjunta con los alumnos de posgrado, mostrando con ello la formación de jóvenes investigadores.

El primero de los trabajos se encuentra redactado en idioma Inglés y es una colaboración de dos académicos e investigadores, así como de un estudiante de doctorado, en el que se hace un estudio comparativo de la ciencia, tecnología e innovación, teniendo como fuentes directas los estudios y estadísticas generadas principalmente por el Banco Mundial y la OCDE.

Después de la reforma constitucional del año 2008 en materia penal, se han llevado a cabo innumerables estudios y publicaciones alrededor del tema, siendo cada vez más exhaustivos y específicos, como en este caso lo es el análisis que se presenta sobre el sistema probatorio en el derecho procesal penal acusatorio, de manera similar a lo que ha venido pasando con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en donde se ha sumado lo relativo al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, rubro en el cual se ha avanzado notablemente y ahora incluimos un trabajo que pasa de la teoría a la práctica.

De los trabajos que no son del todo jurídicos si no más cercanos a la ciencia política, destaca el relativo a la evolución y perspectivas del sistema de gobierno en México, elaborado de manera conjunta entre un profesor e investigador y un estudiante de doctorado, para después pasar a un artículo atípico, en el que se mezcla el análisis jurídico y literario en la obra de El conde de Monte-Cristo, relacionándola con el surgimiento de los derechos humanos.

Se cierra este número con otro de los temas que han sido objeto de reforma constitucional: el sistema educativo. Más allá de las críticas que se han realizado,

aquí se presenta un estudio de un conocedor cercano a las instituciones educativas creadas con la reforma constitucional y la implementación de los cambios estructurales que se han venido dando en la materia.

Dr. Vicente Fernández Fernández

Director de *Jurípolis*

Science, technology, and innovation indicator systems: International organism comparative analysis

Elda C. Morales Sánchez de la Barquera[1]
Julio E. Rubio[2]
Rafael A. Ayala-Rodríguez[3]

Abstract: In this article, we examine Science Technology and Innovation (STI) indicators as sociotechnical systems through a comparative analysis of the indicators generated by three international organizations: the World Bank, the Organization for Cooperation and Economic Development (OCDE), and the Network of Indicators for Science and Technology (RICYT).[4] Furthermore, we identify the structure, process, and categorization of these organizations' indicators, and determine their relative advantages and disadvantages.

Key words: Science, Technology, Innovation, Indicator Systems, Sociotechnical Systems, Indicator Methodologies, Epistemic and Technological Objects, Science Policy

---

[1] ELDA C. MORALES SÁNCHEZ de la Barquera holds a PhD in Humanistic Studies from the Tecnológico de Monterrey. She is a professor at the Tecnológico de Monterrey, Mexico State Campus. Address: Carretera Lago de Guadalupe Km 3.5, Atizapán de Zaragoza, 52926, Estado de México, MEXICO. Contact: eldacmorales@yahoo.com, eldamorales@itesm.mx. Phone: (+52) 55 5408-8098

[2] JULIO E. RUBIO, PhD, is the dean of the School of Social Science and Humanities for the Mexico City Metropolitan area of the Tecnológico de Monterrey. Address: 222 Calle del Puente, Col. Ejidos de Huipulco, Tlalpan, 14300, México, D.F., MEXICO. Contact: jerb@itesm.mx. Phone: (+52) 55 5483-2281

[3] RAFAEL A. AYALA-RODRÍGUEZ, PhD, is a professor of the School of Social Science and Humanities for the Mexico City Campus of the Tecnológico de Monterrey. Address: 222 Calle del Puente, Col. Ejidos de Huipulco, Tlalpan, 14300, México, D.F., MEXICO. Contact: ra@itesm.mx Phone: (+52) 55 5483-2312

[4] The RICYT acronym stands for the name of the network of Science and Technology indicators in Spanish.

I. Introduction

Science, Technology, and Innovation (STI) have become tools for economic and social growth, as well as components of the political agenda. The relevance of the study of STI indicator systems allows for effective, and efficient decision making. STI are complex phenomena, and these phenomena are best evaluated through the results provided by indicator systems. STI indicators are, thus, the foundation for scientific policy in a country, and they behave as sociotechnical systems. The study of concrete cases of STI indicator systems and a comparative analysis of these cases provides valuable insight into their operation.

Here, we will analyze the STI indicator systems of three international organizations. The World Bank, the Organization for Cooperation and Economic Development (OECD), and the Network of Indicators for Science and Technology (RICYT). The World Bank is an organization that influences decision-making in most countries; therefore, the analysis of its indicators is relevant for this study's international scope. The OECD is a pioneer in the standardization of concepts and methodologies for data collection for indicators; thus, an analysis not taking this organization into account would be incomplete. The RICYT provides a geographic representation of Latin American countries usually left out of this type of analysis (RICYT, 2010). The selection of these organizations provides a truly international overview of STI indicators.

Our conceptual framework underlines the importance of understanding STI indicator systems as sociotechnical systems composed of the participation of social systems and technical systems, which share the objective of producing technological objects. This objective gives meaning to the operation of each of the systems. The technological objects produced take the form of indicator reports, which are organized into categories (Morales & Rubio, 2012).

The methodology used for this comparative analysis includes a four-component revision for each of the selected organizations. These components are: (1) the central agency of the system, (2) its epistemic and technological object, (3) its structure and process, and (4) its coupling with its environment (Morales & Rubio, 2012). Following this methodology, we evaluate the system's central agency in terms of its structure, process, social capital, and judiciary framework. We analyze the epistemic and technological object considering: its methodological base, its use of surveys, the existence of databases, its elements, and its information flows. We study its coupling with the environment by taking into account the media through which the technological object is available, the language in which it is published, its cost, and its periodicity (Morales & Rubio, 2012).

II. Central Agency

The central agency of a system is the element that maintains a position of power and intentionality within the system's structure in order to construct the technological object. For the World Bank, this central agency is the World Bank Institute (WBI). This is the division specifically charged with the responsibility of constructing the *Knowledge Assessment Methodology* (KAM), its technological object. The World Bank is made up of a number of countries and is governed through the Boards of Governors and Boards of Executive Directors (WB, 2014b). The agency obtains its monetary resources from contributions from the constitutive member countries, and from the benefits these countries receive from investing in international financial markets. These conditions place the World Bank in a favorable position in terms of its objective, due to the assistance provided by other agencies. The KAM is a component of the learning programs[5], one of the efforts prioritized in the Bank's objectives. The OECD and RICYT are both in a similar situation. The OECD is also an agency whose structure takes into account the participation of several countries, most of which are developed, which contribute financial resources to carry out its activities. One difference between the World Bank and the OECD is that the latter does not receive assistance from other agencies, and works directly with the member countries' constitutions. Consequently, the OECD is in a stronger position because it has a more solid social capital for the construction of its technological object. The RICYT has a similar structure; it receives monetary contributions from member countries and international agencies.

The World Bank's structure is similar to the one of a cooperative that is owned and operated for the benefit of its 188 member countries with varying economic strength (WB, 2014). The OECD has 34 member countries and includes countries with emerging economies (OECD, 2014), and the RICYT includes 28 countries of diverse economic strenght (RICYT, 2014). Due to these differences, each one of these international organizations has a unique structure and distinct grouping objectives. This statement can be further understood by bearing in mind the environment in which each of these organizations came into existence. These environments have a direct influence on the historical development and grouping objectives for each of the organizations. The World Bank was created in 1944 during the latter part of Word War II, in a time period during which several countries were severely affected and needed help. The bank later transformed into a group of five development institutions taking on the role of providing fi-

5 The WBI strategy is to support the World Bank´s operational work and its country's clients basically in three areas; open knowledge, collaborative governance, and innovative solutions (WB, 2014a).

nancial and technical support for those countries recovering from war. In contrast, the OECD started operating in 1948 with a different name (OEEC)[6] and in 1961 adopted its current name, not many years after the World Bank did, and with the objective of enabling cooperation between countries that acknowledge their interdependence. Years later, in a context different to the previous two we have mentioned, the RICYT started operating in 1995 with the objective of promoting the development and use of instruments, to measure and analyze the Ibero-American science and technology (RICYT, 2014).

The objective of the World Bank is to be a creditor for countries with diverse economies. The OECD focuses on the economies of its 34 member countries, and these thirty countries together represent 80% of the global GDP. Finally, the RICYT has the goal of attending to the Science, Technology, and Innovation needs of Latin American countries, Spain and Portugal. These constitutional differences are reflected in the approaches these institutions take towards their STI indicator systems.

The OECD designs guidelines that allow different countries to have more solid economies. It acts as an agency in itself, without assistance from other agencies for its operation. In contrast, the World Bank depends on other institutions with different roles, but which share the same objective of offering financial aid. Both institutions are considered structurally solid because of the presence of heterogeneous elements that exchange information amongst themselves and also because of a central agency that generalizes its identity beyond the single moment in which the elements are presented (Rubio, Morales & Tshipamba, 2012). Due to the impact these institutions have on world decisions, they constitute valuable reference points. The case of the RICYT is similar to the one of the World Bank, as it receives aid from other agencies. The RICYT was created by the CYTED (Ciencia y Tecnología para el Desarrollo; In English: Ibero-American Science and Technology Program for Development) whose focus is to subsidize technological and scientific policy design for Latin-American countries. From the moment since the CYTED's foundation, the OAS (Organization of American States), the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO) and recently the Inter-American Development Bank (IADB), have all provided financing for its functioning. Its structure is complex, due to the fact that there are several heterogeneous contributors focused towards one common objective: the construction of technological objects that effectively aid in the design of public policy and facilitate international cooperation. In contrast to the structures of both the World Bank and the OECD, the RICYT is a network in which there participate

[6] Organisation for European Economic Cooperation

the national science and technology organizations for each of the member countries, along with public and private universities, national institutes for statistics, research centers, and regional organizations. Despite the fact that its work dynamic has improved, it still lacks a formal judicial framework like that of the World Bank and the OECD that can compel the countries to fulfill their commitments to generating and gathering information in a timely manner and, thus, achieve greater institutional strength. Given the previous considerations regarding the different focuses and scopes of the three organizations, we can state that the agency with the greatest strength and, consequently, the greatest social capital, is the OECD, followed by the World Bank, and then the RICYT. When viewed from the perspective of STI, the OECD's strength is apparent in the epistemic and technological object the agency produces.

With regards to the resources available to each of the agencies, we find that the World Bank has a greater number of staff than that of the OECD and the RICYT. One possible reason is the presence of a greater number of member countries and the participation of other supporting agencies. Nevertheless, the three agencies have human resources available in several regions, as well as yearly publications to present their results, and adequately strong enough budgets to be able to accomplish their tasks. The OECD budget comes from contributions from the member countries, which represent 54% of the total budget of 357 million euros in 2014 (OECD, 2014). The remaining part of the budget is obtained through voluntary contributions or from member countries. This budget is assigned biannually and contemplates necessities for the programs it runs and the documents it publishes. In contrast to the World Bank, the OECD does not give loans to any country, and its main source of income is from member-country contributions. The World Bank obtains its financing through contributions from member countries, investment earnings from international financial markets and multilateral support from other agencies. The budget for the World Bank for 2014 is 2,548.4 million dollars including all above and below-the-line components, and the budget designated for the World Bank Institute (WBI) for the same year is 52.1 million dollars (WB, 2013). . The RICYT obtains its main financing from the OAS. The OAS´s budget for 2013 - 2014 is 196 million dollars, of which 300,000 dollars are for the RICYT, as part of a global program to boost the Ibero-American knowledge space with a budget of 21.5 million dollars (OEI, 2013). The budgets are not comparable among agencies given their different objectives and composition; nevertheless, what is clear is that they all have significant financial resources to perform their activities.

Another variable for analysis is the judicial framework. Regarding this variable, the World Bank is very similar to the OECD, due to the presence of legal instruments that establish concrete rules for their member countries. A prerequisite

for World Bank membership is to first be a member of the International Monetary Fund (IMF). Countries wanting to be a part of the World Bank must also sign the International Bank for Reconstruction and Development Agreement, a document structured in eleven articles[7], in which each country commits to abide by all the articles. Therefore, there exists a framework that provides structure for the functioning of the agency, with the intervention of other agencies, to which aspiring member countries must adhere. The OECD, like the World Bank, also has a judicial framework that allows for the regulation of member countries. Its 160 legal instruments are grouped in such a way that they function as a regulatory framework representing the principles upon which the OECD works. These legal instruments generate rights and obligations that the member countries must accept and be able to fulfill. In addition, there are codes that require the countries to fulfill certain requirements regarding the movement of capital. This shows the presence of concrete rules that countries are obliged to follow, and that give a sense of structure, formality, and commitment. As a part of the process, countries must abide by an often-time-consuming protocol, in which policies and regulations are analyzed so as to ensure that aspiring member countries can assume the responsibilities implied by membership to the OECD. Finally, the thirty-four countries that belong to this organization are open economies, have plural democracies, and respect human rights (OECD, 2014); these are key conditions that member countries must have. The judicial framework of the OECD is similar to that of the World Bank in that both agencies have legal instruments and requirements for the countries aspiring to be members. In contrast to these two organizations, the RICYT does not present a formal and well-established judicial framework, though its heterogeneous agencies work towards the same objective of providing quantitative and qualitative information on STI for Latin America. When referring to the OECD or the World Bank it is very clear that there are legal instruments that obligate the member countries to follow concrete guidelines for generating and gathering quantitative information in a timely manner. This does not happen in the RICYT, because historically there have been certain problems with the national statistics institutes in some of its member countries. These problems have caused a lack of complete historical series for the RICYT database. Its indicator systems are not complete, and there are missing indicators for some countries, which undermines efficient qualitative analysis; however, we recognize that it is working to improve this aspect. The lack of complete regulations also

[7] The articles are related to purpose, membership, quantity of social capital, loans and guarantees, operations, organization and management, withdrawal and suspensions of membership, status, immunities and privileges, amendments, interpretation, approval deemed given, and final provisions (WB, 2014b).

hinders the member countries' ability to submit information in a timely manner, thus complicating this agency's capacity to report information. This report generating issue could also be due to some member country not producing all the necessary information (REDES, 2008).

We have posited the selected agencies as social subjects, individuals grouped together via a common interest that affords them a social identity and a capacity for communication with society. According to this comparative analysis, these social subjects hold a position of power, which is reflected in a solid social and institutional capital (Rubio, Morales & Tshipamba, 2012). The OECD is the organization with the most social capital due to: the impact it has on the decisions made by its member countries, its economic focus, and the participation of multiple countries with common interests. These factors allow the OECD to be a pioneer in the creation of technological objects, such as reports and methodologies for standardization in the measurement of STI. The social capital and the decision making power of the OECD is reflected in the objects this institution creates, and these objects serve as examples for the technological objects produced by other countries.

The World Bank is also an important social subject, and despite the fact that it has not developed methodology manuals such as those of the OECD, it does offer case studies on the subject, as well as an interactive tool that allows for the comparison of countries with the selected indicators. The indicator system and its object are able to measure whether a country has a Knowledge Based Economy (KBE) and, consequentially, suggests which indicators should be considered more important.

The third social subject, the RICYT, promotes the development of measuring instruments for the analysis of science and technology that are more specific to the Latin American region than those created by the OECD (RICYT, 2014). In other words, RICYT proposes distinct epistemic and technological objects so as to more efficiently measure STI indicators in Latin America.

The World Bank and the OECD both have a solid structure, abundant resources, a structured and a well-defined judicial framework, all of which result in strong social and institutional capital (Rubio, Morales, & Tshipamba, 2012). In contrast, the RICYT has to work more on its social capital, due to the lack of a well-defined judicial framework, the complexity of its structure, the presence of heterogeneous agents, and a database lacking consistency. These deficiencies are a result of problems in data gathering and submission processes in the organization's member countries. In terms of STI indicators, it is noteworthy that the OECD, in addition to being the institution with the greatest social capital, determines the course for indicator systems in the construction of the epistemic and technological objects. In contrast, the World Bank's KAM only employs a few indi-

cators for the comparison of its member countries, and the RICYT is working towards the construction of indicators that could better "measure" the Latin American region's idiosyncrasies.

III. Indicators as epistemic and technological objects

The World Bank's technological object, KAM, is a tool for comparing countries using different indicators, so that each country's performance as a KBE can be evaluated. For the OECD system, the object produced is the *Main Science and Technology Indicators* (MSTI), a yearly publication that includes the principal STI indicators. The RICYT system generates its *State of Science* report, also a yearly publication.

When we speak of the epistemic object for the OECD system, we refer to the construction of the Frascati manuals; when discussing the World Bank, we refer to the theoretical framework for the Knowledge-Based Economy; and with regard to the RICYT, we refer to the Santiago, Lisbon, and Bogota manuals (RICYT, 2014). In each of the three systems, there is the construction of an object of study based on the establishment of concepts and methodologies that allow for the measurement of STI. The OECD is the system that pioneers the standardization of concepts from which other systems adapt. The RICYT aims to have a function similar to that of the OECD, but focused directly on Latin-American STI needs. What is common to the three organizations is the constant evolution of the object, which is reflected in updates and new editions of manuals. Each system produces the indicator reports with the data collected during each annual or biannual period. Furthermore, depending on the availability of new insights on the measurement of STI indicators, the systems update the manuals' contents, rules, and methodologies.

With regards to the technological object, as previously mentioned, the World Bank constructed the KAM; the OECD, the MSTI and the Frascati Manuals; and the RICYT, the State of Science. The three technological objects show similarities in the categories that they use, but the World Bank has the greatest number. There are similarities in the way these three institutions use indicators, but a main difference is the measurement focus of each, which is undoubtedly linked to each institution's objective.

Our analysis has allowed us to detect patterns in the measurement of STI indicators, find out which categories were the most commonly used, and deduce possible reasons for these patterns. Our research also shows that the three organizations all include a category for investment and results, but only the World Bank and the OECD include a category for impact. The World Bank has seven categories, four more than the OECD and the RICYT. In relation to these categories, the RICYT shares that of macro or context indicators, albeit only in 4%. The

World Bank, in contrast, does so in 13%. The other categories that the World Bank includes are: process, 4%; context, 13%; politics, 19%; and infrastructure, 1% (KAM, 2010). The reason for these percentages relates to the purpose of the bank as an institution, and the purpose of the KAM. In other words, the goal of the institution is to provide financial aid to countries with diverse economies, and that of the KAM is to provide comparisons through different modalities. Both of these goals require a broad spectrum of indicators to determine a country's situation in aspects in addition to those of investment and STI results. Furthermore, the KAM uses the Knowledge-Based Economy (four-pillar) framework (KAM, 2010) to state the object's goal, and, consequently, chooses the appropriate categories and indicators for this purpose. In contrast, the OECD is focused on STI measurement, and only includes indicators directly involved in this process such as: investment, result, and impact. All of these indicators are in the methodology manuals that it has developed.

We can group the categories for the objects of the three organizations into five types. The first is eco-demographic context, which includes indicators to measure economic and demographic aspects of the country, such as Gross Domestic Product (GDP), population, or Human Development Index (HDI). The second involves financial resources and indicators that measure the governmental, productive sector, or educational efforts regarding STI. Examples of these indicators are: Gross Expenditure on Research and Experimental Development (GERD), Business Enterprise Expenditure on R&D (BERD), and the Higher Education Expenditure on R&D (HERD) (KAM, 2010; REDES, 2008; OECD, 2008). The third type relates to human resources and indicators that assess the qualifications of personnel with regard to STI, in public, private, and education sectors. The fourth is the product generated by STI and considers indicators of result and impact, such as: patents, publications, or the commercialization of High Technology Goods. The fifth is institutional regime and governance, focused on measuring aspects such as: import barriers, the solidity of banks, protection of private property, regulatory quality, state of law, and confidence in the state, among others.

With regard to the composition of each of the technological objects, the most predominant indicators are those related to investment: the World Bank with 49%, the OECD with 80%, and the RICYT with 77%. The next most referred to type of indicators in the objects vary from organization to organization: for the World Bank, political indicators constitute 19%; for the OECD, impact indicators constitute 11%, and for the RICYT, result indicators constitute 19% (KAM, 2010; REDES, 2008; OECD, 2008). The third most prominent indicators are those of result and context, which the World Bank and the OECD prioritize similarly, at 13% and 9% respectively. In contrast, for the RICYT, they constitute 19%, ranking them second with respect to its other indicators. Result indicators are also present

in the three cases; however, not in as clear or developed a pattern as those for investment. The OECD is the institution with the greatest focus on investment, followed by the RICYT and then the World Bank. This tendency is historically justified because the OECD, as a pioneer in the measurement of STI and in constructing epistemic and technological objects, started with the measurement of investment. This tendency has continued, leaving the measurement of results and impact of STI as a second priority. In addition, there is lesser complexity and intangibility in the measurement of investment indicators when compared to those of other categories; given their early collection, there is much more data available for analysis and comparisons. This is exemplified by the fact that the Frascati manual has been updated six times, while the other manuals have not (OECD, 2002) . The previous considerations justify the tendency reflected in the objects produced by this STI indicator system. The RICYT also reflects this tendency in investment and in the relative prominence of its indicators. To a certain extent, The RICYT's objects are based on those produced by the OECD; therefore, the information flows it receives tend towards the measurement of investment. As previously mentioned, one of the problems faced by some Latin-American countries is the lack of consistency and consolidation in data gathering for STI; despite this, the data most readily available is investment data. Lastly, though the World Bank, as an institution, is predominantly focused on investment, it produces an object with a proportionately lower emphasis on investment. This is due to the fact that the KAM measures Ethics and Business Conduct (EBC) and offers comparisons in which investment is not the only aspect to consider.

The World Bank is the agency that considers the greatest number of categories, given its frame of measurement. The OECD and the RICYT consider only three categories each.

IV. System structure and process

In this section, we will analyze the process that each system follows in the construction of its technological object. At this point, we are familiar with the structure for the central agency of the system and its technological object. Nevertheless, we have not analyzed the manner in which it is constructed. In order to do so, we have selected some variables that allow for the comparison of these three international organizations. The first of these variables is the methodological framework, which implies knowledge of the rules that the construction of the object follows. The second variable is the survey, an instrument for data gathering essential to these systems' processes. The third variable includes the databases available to each system, but we focus only on the ones built by the systems through their central

agency, and not on the ones provided by external sources. The fourth variable includes information flows between the elements in the system and the central agency. The selection of these variables is based in part on the system dynamics; the elements produce information that is sent to the central agency, which produces the object with the help of survey instruments. Another justification for this selection is the fact that, in analyzing the three systems, we detected similarities and differences that help better understand the process or cycle of the STI indicator system.

The methodological base is the framework that provides support for the construction of the system's technological object. The OECD is a pioneer in the standardization and measurement of STI, thus providing a means for international comparison among countries of varying socio-economic conditions. This is the aspect of our analysis in which the methodology manuals of the OECD become relevant, as they represent the result of a complex epistemic object that serves as a model for those of other countries.

The methodological framework for the OECD is based on manuals that have been produced since the 1960's and that are the result of a developed epistemic object. These manuals have not only been useful for the construction of OECD indicators, but have also been an international reference for measurement that allows for comparisons between countries. There are five manuals in total (Frascati, Technological Balance of Payments, Oslo, Patents, Canberra) corresponding to three main category indicators: investment, result and impact. Specifically, two of these measure STI results, and the others measure investment. For instance, the Technology Balance of Payments manual and the Patents manual are considered within the category of results indicators, whereas the Frascati, Oslo and Canberra manuals are considered within the investment indicator category. We note that the methodological framework of the OECD places greater emphasis on measuring investment, and that only two of the aforementioned manuals have updated editions.

The methodological framework of the OECD is used by the RICYT for its database and for its manuals. The RICYT's database is composed of the indicators produced by the member countries, which use the OECD manuals for gathering and producing data for international comparison. One of the objectives for the RICYT is the construction of STI indicators that allow for the measurement of this phenomenon to reflect the specific characteristics of Latin-American countries. Nevertheless, in order to create these indicators, a supporting methodological framework is needed for the construction of its epistemic object; therefore, the Oslo manual serves as a guide. For example, the Bogota manual is based on the Oslo manual, but includes modifications in order to adapt it to the Latin-American context (Jaramillo, Lugones, & Salazar, 2001) . The RICYT is still in a

less solid stage in terms of its methodological framework because of its dependence on the OECD, and it is just starting to create its own standards of measurement. On the contrary, the World Bank does not use the OECD manuals, and has its own methodological and conceptual framework given the nature of the KAM and its focus on measuring Knowledge-Based Economy. The methodological framework explains, through the use of theory and concepts: the foundations of the Knowledge-Based Economy, the process for normalizing data to establish comparisons in different modalities, and the selection criteria for the countries that compose the KAM database. This methodological framework is reflected in the indicator system; the World Bank uses a technological object with more categories than the other two systems, which enables it to produce a broader measurement. The OECD and the RICYT coincide in both the framework and the structure of each of their objects.

The World Bank's and the OECD's systems use surveys as data collection instruments, while the RICYT only gathers data once a year, and not through a proper survey. The World Bank has the *Development Data Platform* (DDP) database exclusively for surveys. This availability of detailed information shows solidity in the object construction process. The OECD also uses a survey, constructed in collaboration with ESTAT (OECD, 2008) from which 76% of the indicators for its object originate. In contrast to the World Bank and the OECD, the RICYT has no official surveys, and collects its data yearly from the ONCYT (National Science and Technology Organizations) for each country. Therefore, these national organizations assume the responsibility for the data provided. The RICYT, thus, does not have a methodology for data gathering, analysis, and presentation of its own.

The databases used are another element in the STI indicator system process. The World Bank provides the information related to the surveys used in the DDP main database. Thirty percent of the indicators are obtained from this database and the one of the OECD. A fact to consider is that, due to their ability to consolidate reliable databases, the World Bank and the OECD have become providers of a considerable percentage of information for the construction of the object, with extensive historical time series that allow for complete analyses. This is not the case for the RICYT system's database, as it does not have extensive historical time series due to the lack of consistency in the information provided by the member countries.

This brings us to the elements of the system that produce information flows between the three slightly different structures. The World Bank system has several elements, which can be grouped into five subsystems: (1) international organisms (UNESCO, OECD, or the World Economic Forum), (2) national statistics institutes, (3) universities, (4) private businesses, and (5) central agency. It uses a total of 17 sources of information, of which 59% correspond to the DDP/OECD, The

Global Competitiveness Report of the World Economic Forum, and the UNESCO; the rest are of United States origin (KAM, 2010). The OECD's system also has five subsystems: (1) central agency databases, (2) international organizations like Japanese, European, and American patent offices, (3) national statistics institutes belong to member countries, (4) universities and (5) private business. The OECD system uses a total of five sources of information, fewer than those of the World Bank because the OECD sources are condensed from the databases the central agency produces. Eighty percent of the information for these elements comes from OECD databases (OECD, 2008). These OECD system elements generate the information flows that make the construction of databases and the technological object possible. The nature of the OECD determines the way this process unfolds, as it does not generate the data it needs, but rather, collects it from those elements that do generate it. The RICYT system uses information from national organizations for science and technology, or national institutes for statistics from several countries. For international comparisons, it depends on information from the OECD and the UNESCO, and for investment data, it collects information from businesses and experts on the topic. Bibliometric and patent data is obtained from institutes and universities such as the Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) or the Institut de l'information Scientifique et Technique (INIST). From this, we can note that the three organizations use information flows generated by governmental organizations, businesses, and universities, as well as World Bank and RICYT use OECD and UNESCO as international references. Nevertheless, the OECD system is the most solid of the three, given its capacity for the construction of its own databases, and its provision of information for the construction of the object based on the information received from its member countries. In contrast, the RICYT depends completely on the information provided by its elements, and there is no guarantee that the information flows will arrive to the central agency in a timely manner. The World Bank constitutes the middle ground between these two extremes; it has the capacity to build its own databases from which it can obtain information, but its structure depends on elements that are predominantly from the United States in order to generate the necessary information.

V. System-environment coupling

We have analyzed three aspects of STI indicator systems so far –central agency, the epistemic and technological object, and structure and process– so as to understand the manner in which these systems function. From this analysis, we identify that the system has a central agency capable of constructing its techno-

logical object. This simple process is based on: (1) the exchange of information flows among its elements, (2) the compilation, ordering, and analysis of this information, and (3) the construction and publication of the technological object. In the present section, we will analyze the object by identifying some of the variables relevant to the object's impact. The first of these variables is the media through which the object is made available; the second is the language in which the object is constructed; the third is the accessibility of the media through which the object is made available; the fourth is the cost implied in finding and acquiring the object; and the fifth is the periodicity of the object's construction. The immediate impact of an STI indicator system can be observed in the construction of public policy, in that the indicator system guides decision-making processes, helps evaluate results, and provides orientation for goals and objectives. Measuring these effects would render a more complete panorama of the true impact STI indicator systems have on their environment, but this would require analyses beyond the scope of this article. Nevertheless, we can assess the availability of the object produced by the system so that users can access it.

In terms of the first variable, the media through which the object is available, the three systems coincide in the use of the web as their main medium. Despite this similarity, the RICYT system is the only organization that depends exclusively on the web to publish its objects. Both the World Bank and the OECD, in addition to using a comprehensive website, also rely on other means (e.g. bookstore, online library) to make the object available, thus providing additional information about the system and the objects they produce. Therefore, the RICYT system appears to be at a disadvantage when compared to the other two organizations, not only in terms of social capital and process, but also in the availability of the media used to publish information about its object and the system.

In terms of the second variable, language, the OECD provides the media and the object in English and French, the World Bank system offers its object only in English, and the RICYT offers its technological object in English and Spanish, but its epistemic object only in Spanish. Furthermore, the RICYT also provides some information in Portuguese, although, given the relatively low percentage of Portuguese speakers worldwide, this fact does not significantly contribute to the accessibility of the object. When considering accessibility, we also take the availability of the object in the media. In this regard, both the World Bank and the OECD have highly accessible objects, because of clear structured media, it means the media design appear friendly, up-to-date, and organized by topics. In contrast, the object for the RICYT has low accessibility because of its less developed and structured medium. Finally, the technological objects for the OECD and the RICYT can be obtained digital and in print media, whereas the object for the World Bank can be obtained only in a digital format.

The third variable to quantify accessibility to these technological objects is cost. The World Bank's KAM is available cost-free. The technological objects for the OECD's MSTI do have a cost to the user, which depends on the information sought from this organism; the indicator reports and the manuals are available cost-free. Likewise, the RICYT's indicator reports and manuals are available for free.

The last variable is the periodicity of the construction of the system's technological object. The three organizations have high annual periodicity, but in the case of the RICYT, there could be missing information resulting from a lack of consistency in the historical time series. There is a two-year delay with regards to the completion of information flows for the RICYT.

VI. Conclusions

The comparison of the three STI indicator systems reveals which of these can be considered the leader in the construction of epistemic and technological objects. We find that the central agency of the OECD's indicator system has a slight advantage over that of World Bank, and a great advantage over that of the RICYT. Such advantages are due to the OECD's social capital, and its pioneering role in the construction of the technological and epistemic object for STI indicator systems. This pioneering role has caused the OECD to be considered an obligatory reference in the structure, process, and construction of STI indicator systems. The RICYT is at the greatest disadvantage of the three organizations, because of its social capital, inconsistent information flows, and only moderate accessibility to its media and objects. It urgently requires restructuring and strengthening, as well as a judicial framework to standardize and formalize this system's process.

VII. Bibliography

ALBORNOZ, M. (2009). Espacio Iberoamericano del Conocimiento: el nuevo desafío de la RICYT. Retrieved on January 2010, from: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología: http://www.ricyt.org/interior/interior.asp?Nivel1=3&Nivel2=1&Idioma=#73

BARRERE, R., & FERNÁNDEZ, E. (2008). Alternativas metodológicas y su impacto en la comparabilidad internacional de los indicadores. In REDES, El Estado de la Ciencia: Principales Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericanos/Interamericanos (pp. 23-28). Argentina: RICYT-OEA-CYTED.

BIANCO, C., CAMPO, A., CORREA, R., & PRAT, A. (2007). Manual de Indicadores de Internacionalización de la Ciencia y Tecnología: Manual de Santiago. Argentina: RICYT.

CONACYT. (2008). CONACYT. Retrieved on April 10, 2008, from http://www.conacyt.mx/Acerca/Acerca_conacyt.html

CONACYT. (2008). Informe General del Estado de la Ciencia y Tecnología. México: CONACYT.

CONACYT. (2003). Informe General sobre el Estado de la Ciencia y la Tecnología. México: CONACYT.

JARAMILLO, H., LUGONES, G., & SALAZAR, M. (2001). Normalización de Indicadores para la Innovación Tecnológica: Manual de Bogotá. Colombia-Argentina: RICYT, CYTED, OEA, Colciencias/OCYT.

KAM. (2010). Knowledge Assessment Methodology: Variables and Clusters. Retrieved from: http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/WBI/WBIPROGRAMS/KFDLP/EXTUNIKAM/0,,contentMDK:20584288~menuPK:1433258~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:1414721,00.html

LUGONES, G., SUÁREZ, D., & DE ALMEDIA, N. (2009). Manual de Lisboa: Pautas para la interpretación de los datos estadísticos disponibles y la construcción de indicadores referidos a la transición de Iberoamérica hacia la sociedad de la información. Argentina-Portugal: RICYT-OEA-AECID-Ministerio de Portugal.

MORALES, E. & RUBIO, J. (2012). Los sistemas de indicadores de Ciencia, Tecnología e Innovación como sistemas sociotécnicos: un análisis comparativo. In: *IX Jornadas Latinoamericanas de Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología (México 6-8 de junio de 2012): Política de Ciencia, Tecnología e Innovación: Indicadores.* México.

OECD. (2014). Organisation for Economic Co-operation and Development. Retrieved on September 9, 2014 from: http://www.oecd.org/about/membersandpartners/

OECD. (2008). Main Science and Technology Indicators. Paris: OECD

OECD. (2006). Manual de Oslo: Guía para la Recolección e Interpretación de Datos sobre Innovación. España: OECD-EUROSTAT-TRAGSA.

OECD. (2002). Manual de Frascati: Propuesta de Norma Práctica para Encuestas de Investigación y Desarrollo Experimental. Paris/España: OECD-FECYT.

OECD. (1995). Manual of the Measurement of Human Resources Devoted to S&T: Canberra Manual. Paris: OECD.

OECD. (1994). Using Patent Data as Science and Technology Indicators: Patent Manual. Paris: OECD.

OECD. (1990). Proposed Standard Method of Compiling and Interpreting Technology Balance of Payments Data: TBP Manual. Paris: OECD.

OEI. (2013). Memoria 2011-2012; Programa presupuesto 2013-2014. Madrid: Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Retrieved from: www.oei.es/MemoriaWEB.pdf

REDES. (2008). El Estado de la Ciencia: Principales Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericanos/Ineramericanos. Argentina: RICYT-OEA-CYTED.

REDES. (2005). Indicadores de ciencia y tecnología para el desarrollo social: conclusiones del sexto taller de indicadores de ciencia y tecnología. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad CTS, Vol. 2, No. 4, 203-222.

RICYT. (2014). Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología. Retrieved on September 9, 2014 from: http://www.ricyt.org/

RUBIO, J., MORALES, E., & TSHIPAMBA, N., (2012), Science, Technology and Innovation Systems as Sociotechnical System, Working paper, Tecnológico de Monterrey

WB. (2014a). The World Bank Institute. Retrieved on September 9, 2014 from:

http://wbi.worldbank.org/wbi/about
WB. (2014b). The World Bank IBRD-IDA. Retrieved on September 9, 2014 from: http://www.worldbank.org/en/about/leadership/members
WB. (2013). FY2014 World Bank Budget. International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), International Development Association (IDA), Corporate Finance and Risk Management (CFR). Retrieved on September 9, 2014 from: http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2013/08/18105068/world-bank-budget-fy14
WB. (2010). Knowledge For Development: : The World Bank Institute's programm on building knowledge economies. USA: The World Bank. Retrieved on April 2010, from: http://www.worldbank.org

La prueba en el sistema procesal penal acusatorio en México

Gerardo García Silva[1]

"Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito"
BECCARIA

Sumario: Introducción. I. Definición. II. Sistemas de valoración de la prueba. III. Principios generales sobre la prueba. IV. Disposiciones constitucionales sobre la prueba. V. Regulación de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales. VI. La prueba en las diferentes etapas procesales. VII. La prueba anticipada. VIII. La Prueba ilícita. IX. La Prueba testimonial. X. La Prueba Pericial. XI. La Prueba Documental. XII. La Prueba de referencia. XIII. La Prueba preconstituida. XIV. La Prueba indiciaria. Consideraciones finales. Fuentes de información.

Abstract

Sin duda alguna, el tema de la prueba se ha vuelto fundamental a partir de las reformas constitucionales de 2008 y 2011, así como con la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales de 5 de marzo de 2014. Este artículo pretende abordar de manera genérica el tema de la Prueba como elemento fundamental en el sistema procesal penal acusatorio que se está implementando en México, a partir de los cambios ya referidos.

---

[1] Doctor, Maestro y Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestro en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I, Capacitador certificado en razón de sus méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), Profesor de cátedra en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus Ciudad de México y Santa Fe, de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán (FES Acatlán) y Profesor Investigador invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) entre otras instituciones de educación superior y posgrado.

Introducción

Tres eventos están transformando nuestro sistema jurídico en general y en particular el ámbito penal; la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 en materia de seguridad y justicia penal, la reforma de 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos y la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).

A partir de estos eventos estamos presenciando una transformación importante a nivel procesal en nuestro país, ya que la intensión es generar un sistema de justicia penal y, en particular de impartición de justicia que genere credibilidad y confianza de la sociedad hacia sus instituciones y operadores del sistema de justicia penal.

Esta transformación se hace más evidente y palpable en el ámbito del proceso penal, ya que es en éste en donde se desarrolla, como lo ha llamado el Dr. Sergio García Ramírez, el "Drama penal". Todos conocemos de historias de personas que han tenido que enfrentar el *Ius Puniendi* del Estado y al final resulta que ni la acusación, ni las pruebas eran suficientes o fueron obtenidas de manera ilícita o bien fueron fabricadas por la Policía o el Ministerio Público, lo que genera desconfianza e incredulidad respecto de la capacidad de los operadores del sistema de justicia penal para realmente actuar y probar en juicio un verdadero caso penal.

El diseño constitucional del proceso penal de características: acusatorio, adversarial y oral, implica una nueva forma de buscar la "verdad" de los hechos ocurridos, no la llamada "verdad histórica", propia del sistema procesal inquisitivo, sino una "verdad legal" la verdad que pueda ser probada y establecida como resultado de un procedimiento perfectamente definido, claro en el que las partes puedan hacer valer sus derechos de manera plena y que se materialice a través de un debido proceso, tal y como lo mandata el artículo 20 constitucional: *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*. Asimismo, el numeral en cita en su apartado "A", fracción I señala el objeto del proceso penal en los siguientes términos: *El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen*.

Como señala José Martín Ostos respecto de la búsqueda de la "verdad real" y la "verdad procesal":

> El sentido común y, lo que es más importante, la debida regulación de la justicia en un Estado de Derecho aconsejan que la verdad real sea la meta a perseguir en el proceso, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones las partes presentan como tal. La administración de justicia se establece para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. Carecería de toda lógica, constituyendo un desatino político y jurídi-

co, aspirar a priori, a la consecución de una verdad formal, a sabiendas de que se encuentra alejada de lo que constituye la realidad planteada.

Ahora bien, dicha verdad ha de obtenerse por medios y en forma lícitos, que razonablemente han de coincidir con lo que la ley autoriza (por ejemplo, con absoluta prohibición de la tortura). Pero, no toda regulación legal al respecto coincide siempre con las exigencias del proceso con todas las garantías o del debido proceso; basta con asomarse a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos de algunos países.

En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida posible con la realidad del asunto debatido. A ello debe servir la regulación procesal, siempre con escrupuloso respeto a las garantías que, al fin y al cabo, atienden a los derechos fundamentales de la persona2.

Como podemos observar, aunque pareciera que este objeto declarado en la Constitución históricamente pudiera haber sido el mismo —obviamente con sus matices— sin embargo, lo que esencialmente cambia es la forma en que se logran estos objetivos, es decir, ahora el procedimiento penal se vuelve una cuestión de "medios", más que de "fines" y es ahí en donde debemos destacar el papel que la prueba jugará para realizar este objetivo, de ahí que este artículo pretenda contextualizar la importancia y la manera en que en este nuevo sistema procesal se va a considerar el tema probatorio.

I. Definición

Pareciera un lugar común iniciar dando definiciones, pero nos parece lo más apropiado a efecto de que, desde un principio se establezca claramente el significado de lo que queremos estudiar y de ahí establecer el rol que ha de jugar la prueba en el sistema acusatorio que hoy estamos implementando en México.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española* define en su undécima acepción como prueba, a la: *justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*[3].

Asimismo, Ángel Martínez Pineda la define como: el *examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al silogismo,*

[2] OSTOS, JOSÉ MARTÍN, "La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio", Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 5,6.

[3] http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=wyXhzwiyUDXX23LpJ55m

al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica[4].

En su momento, el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales[5] en su artículo 365 contenía una definición de prueba que nos parece interesante rescatar: *Prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba en la audiencia de juicio oral y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, que sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicados.*

Nuestra definición: con base en las definiciones aportadas, podemos decir que entendemos a la prueba como: *aquellos elementos aportados por las partes y desahogados en la audiencia de juicio oral, bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que permiten acreditar aspectos de su teoría del caso, que generan convicción en el juzgador respecto de la ocurrencia de los mismos y que constituyen la base para fundar su decisión.*

II. Sistemas de valoración de la prueba

La historia de los sistemas procesales, nos revela cómo es que se han generado diversos métodos o formas de valorar la prueba, lo que refleja de igual manera la convicción más o menos democrática de un Estado para establecer la verdad de los hechos que se desea resolver.

Básicamente encontramos los siguientes sistemas de valoración de la prueba:

A. Íntima convicción o prueba en conciencia
B. Prueba tasada legalmente o sistema tarifario
C. Libre convicción o sana crítica

A. Íntima convicción o prueba en conciencia.

Este sistema es característico de un enjuiciamiento de carácter acusatorio puro —modelo anglosajón—, con sus tribunales populares y hoy con el jurado clásico. Este sistema no dispone ninguna norma legal orientadora y menos indicadora del valor que los jurados deben asignarle a las pruebas, salvo las denominadas "reglas de exclusión y de evidencia" impuestas por la jurisprudencia. También se caracteriza por no exigir al jurado explicar los fundamentos de su juicio, ni de

[4] AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, "La Prueba en el sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y Valoración)", Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 18.

[5] También fue conocido como Código SETEC, ya que se socializó entre varias entidades federativas y en varios eventos académicos, finalmente fue presentado por el ejecutivo federal ante el Congreso de la Unión en septiembre de 2011 aunque nunca fue discutido.

sus conclusiones, quedando ello reducido a la intimidad de su conciencia. De esta forma encontramos respecto del sistema de íntima convicción que:

> Surge en la época de la Revolución Francesa cuando las leyes de este país, promulgadas en 1791, exhortaban a los miembros del jurado a escuchar atentamente y a expresar su creencia u opinión según su íntima convicción y atendiendo a su libre conciencia. En 1808 el Code d´Instruction Criminalle permite la aplicación del sistema de íntima convicción, originando la aplicación de dicho sistema a la mayoría de los sistemas procesales europeos. Se tiene conocimiento de que el modelo se esparce una vez que la institución del jurado popular fue instaurada —a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX— puesto que la prueba legal o tasada resultaba absurda, ya que el momento de emitir su veredicto, el jurado sólo da a conocer su conclusión de culpable o inocente sin necesidad de fundamentar su respuesta.
>
> Para este método, será suficiente la convicción mental o intelectual del órgano decisor respecto de una versión de los hechos. Es decir, se trata de un modelo subjetivo que no exige por parte del juez la explicación de su razonamiento que lo llevó a obtener dicho convencimiento.
>
> Los Estados Unidos de Norteamérica han adoptado este sistema, correspondiendo a los jurados la decisión sobre la culpabilidad o inocencia de un ser humano y justamente como se ha establecido, los miembros del jurado no tienen que dar explicaciones sobre la forma en que razonaron las pruebas. El modelo en comento presenta el inconveniente de que no se verifican los motivos ni el análisis que se hizo para tomar una determinada decisión, y se ha considerado que la apreciación hecha por el jurado pudo haber sido inadecuada o bien que ciertos prejuicios, suposiciones o aspectos emocionales pudieron estar involucrados en la decisión.[6]

B. Prueba tasada legalmente o sistema tarifario.

Este sistema de valoración de la prueba se desarrolló durante la época histórica de la Edad Media y fue propio de la Institución conocida como la "Santa Inquisición" que estableció tribunales integrados por jueces burócratas.

Las características básicas de este sistema de valoración de la prueba son los siguientes:

- La ley impone múltiples restricciones a los juzgadores para que ciertos hechos se prueben sólo de un modo determinado y no de otro;
- Fija previamente el valor de los medios de prueba;

[6] De la Rosa Rodríguez, Paola, *Breve estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial*, en Derecho en Libertad, p.70. Dirección electrónica: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf.

·Establece taxativamente las condiciones, positivas y negativas, que los elementos de prueba pueden reunir para deducir el grado de convicción de cada una de ellas.

> Tal y como lo reseña Paola De la Rosa Rodríguez: En este sistema tanto el valor que se da a las pruebas como a las condiciones o requisitos para su apreciación se encuentran preestablecidos en la norma jurídica, por lo que el juzgador tiene que ajustarse al contenido dispuesto en la ley, quedando así su decisión limitada por el legislador. En este sentido, el juez admite las pruebas aunque, por su lógica u razonamiento pueda llegar a una conclusión contraria, puesto que se encuentra vinculado por la norma.
>
> Según la prueba tasada el legislador da un valor al material probatorio, resultando entonces que documentos públicos, la inspección judicial, los cateos y las visitas domiciliarias, entre otros, hagan prueba plena. De acuerdo a este sistema, las pruebas presentadas por el Ministerio Público tienen fe pública y el juzgador no tendrá que hacer ningún razonamiento respecto a la admisibilidad de las mismas. Este método presenta el inconveniente de no promover igualdad procesal debido a que la defensa no podrá presentar elementos que contravengan lo manifestado por el órgano acusador.[7]

C. Libre convicción o sana crítica.

En este sistema de valoración de la prueba, el razonamiento del juzgador es libre, en cuanto no está sometido a ningún parámetro preestablecido por la ley, pero su actuar no puede ser arbitrario, ilógico, ni incongruente según la experiencia, debiendo poder establecerse una clara relación entre las premisas probatorias que invoca y las conclusiones a las que llega.

Debe respetar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Para tales efectos se exige en forma reiterada el deber del juez de motivar, fundamentar y de exteriorizar en cada caso las razones por las cuales le dio determinada validez a la prueba, así como los motivos en los cuales sustenta sus conclusiones fácticas y jurídicas, pues en ello se diferencia el sistema de la libre convicción del de la íntima convicción. Se considera que este es el sistema de valoración de la prueba de los Estados modernos con un sistema democrático de justicia, respetuoso de los derechos fundamentales, el cual adopta ahora nuestro sistema procesal.

> Nuevamente acudiendo a Paola De la Rosa Rodríguez en relación al sistema de libre valoración, encontramos lo siguiente: Se ha señalado que la Ley de Enjuiciamiento española de 1855 consignaba este modelo, sin embargo ya se establecía desde 1849 en el Reglamento de lo contencioso. Este sistema es señalado en los códigos procesa-

[7] *Idem.*

les europeos y latinoamericanos desde hace más de un siglo. Se trata de la libertad que tiene el órgano jurisdiccional para apreciar la prueba, la cual seguirá los lineamientos y reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, el conocimiento científico y el sentido común. En otras palabras, la lógica, la ciencia y la experiencia serán las pautas que tendrá el juez para estimar las pruebas, no existiendo otros métodos de control para la valoración de éstas. Este modelo no basa la apreciación de la prueba en lineamientos legales sobre la forma en que se debe de probar, o sobre el valor que se le debe dar. Contempla que el órgano juzgador queda sujeto a una "sana crítica racional" acotado por la lógica, el sentido común y la ciencia. De esta manera se impone al juez la obligación de explicar las razones de su apreciación de la prueba, lo que comprobó y cómo lo hizo, es decir con qué medios. También es importante aclarar que aunque el principio de libertad probatoria establece que en el proceso penal se puede probar por cualquier medio probatorio, este principio se encuentra limitado por la pertinencia, idoneidad, legalidad y utilidad de los medios de prueba utilizados.[8]

III. Principios generales de la prueba.

A continuación vamos a presentar algunos de los principios generales de la prueba que se han desarrollado en la doctrina y que nos muestran la importancia de estos principios en relación con la obtención, ofrecimiento, desahogo y valoración de la prueba.

Necesidad de la prueba	Los hechos deben estar demostrados por los medios de prueba y dentro de la oportunidad legal.
Principio de unidad	El conjunto probatorio foma una unidad y como tal debe ser examinado y apreciado por el juez.
Principio de comunidad o adquisición	Las pruebas no pertenecen a quien las aporta, sino al proceso, lo cual impide la renuncia de la prueba una vez practicada y que sean conocidas por las partes procesales.
Principio de formalidad o legitimidad de la prueba	En la práctica de cada prueba, deben observarse los requisitos que la ley determina.
Principio de originalidad de la prueba	La prueba debe refersirse al hecho por probar, se trata de buscar la fuente del dato (testigos presenciales).

[8] *Ob cit.*, pp. 71 y 71.

Principio de libertad de la prueba	Las partes tienen libertad para proponer las pruebas necesarias para probar su pretensión; sólo se limita por la conducencia y respeto a derechos fundamentales.
Principio de pertinencia y consecuenca de la prueba	El medio debe ser idóneo para demostrar el hecho del proceso, debe ceñirse al asunto materia del proceso, se exclirán las prohibidas, sobre hechos impertinentes o superfluas.
Principio de naturalidad de la prueba	Se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba; por lo que está prohibida la tortura u otro medio violatoria de derechos humanos.
Principio de inmediación	Consiste en la presencia del juez en la práctica de las pruebas y consecuentemente, la valoración debe ser por el mismo juez.
Principio de preclusión o eventualidad	Las pruebas deben practicarse dentro las oportunidades que señale el Código, salvo la prueba anticipada.
Carga de la prueba	Le corresponde al órgano de la acusación.

Así es que podemos decir respecto de los principios que rigen la prueba que son: *premisas antecedentes generales, postulados de la razón nacidos de la experiencia, o valores jurídicos universales, de los cuales se parte en el proceso de interpretación y aplicación de las normas que regulan la prueba, en cualquier sistema de juzgamiento. Bien se dice que los principios son: […] verdadera fuente del derecho que prescribe cómo se deben, crear, interpretar e integrar las normas que lo componen.*[9]

Los principios *supra* citados, nos muestran la importancia y trascendencia que tiene la prueba, para la averiguación de la "verdad". Estos principios se vuelven condiciones materiales que deben hacerse vigentes durante el procedimiento para permitir a las partes ejercer plenamente sus derechos y acreditar su teoría del caso, a través de la prueba desahogada frente al órgano jurisdiccional.

[9] *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual general para operadores jurídicos*, Serie Manual de formación para operadores jurídicos, USAID, Colombia, 2005, p. 38.

IV. Disposiciones Constitucionales sobre la prueba.

Como ya señalamos *ut supra*, a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 es que se da la transformación de nuestro sistema de justicia penal y en particular del proceso penal, adquiriendo las características ya señaladas de acusatoriedad, adversarialidad y oralidad. Asimismo, en el artículo 20 constitucional se establecen, a lo largo de sus tres apartados diversas disposiciones relacionadas con la prueba, mismas que vamos a reproducir y comentar debido a su importancia.

En el *apartado A, fracción II* establece: *Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica*; Este principio supone que la única manera en que el Juez podrá enterarse del caso y por ende conocer las pruebas aportadas por las partes, será derivado de su presencia indelegable en las audiencia, lo que le permitirá percibir directamente el desahogo de la prueba y por ende el valor que hará de asignarle al momento de deliberar. (Principio de inmediación y libre valoración probatoria)

En el *apartado A, fracción III* instituye: *Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo*; lo anterior quiere decir que solamente aquellos elementos aportados previamente por las partes y que sean desahogados en la audiencia, podrán ser valorados como prueba y servirán para que el juzgador les asigne libremente un valor para determinar si sirven para acreditar la teoría del caso de la parte que los ha ofrecido y le sirvan igualmente para fundamentar su fallo. (Valor de la prueba desahogada en juicio oral y excepciones)

El *apartado A, fracción IV*, señala: *El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral*; Lo anterior implica que el juez que presencie el desahogo de la prueba no ha tenido conocimiento de ese caso con anterioridad, lo que asegura la imparcialidad para realizar posteriormente la valoración de la prueba desahogada y le permita emitir su fallo, sin estar predispuesto hacia alguna de las partes. (Principio de juez imparcial)

El *apartado A, fracción V* determina: *La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente*; Significa como principio del sistema acusatorio, que quien acusa, debe probar, a través de su prueba, los hechos que previamente le ha imputado a un ciudadano y por ende, esa prueba debe ser suficiente para acreditar su acusación y eventualmente recibir un fallo favorable. (Carga de la prueba del órgano acusador)

El *apartado A, fracción IX* expresa: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula*; Expresa la convicción de que en un Estado que se precie de democrático, no puede permitirse construir una resolución basada en prueba que ha sido obtenida violentando derechos fundamentales, de ahí la fuerza de esta regla. **(Cláusula de exclusión de la prueba ilícita)**

El *apartado B, fracción II* establece: *A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio*; Este apartado expresa el derecho a la no autoincriminación, ya que en este caso no aplica el adagio de que: "El que calla… otorga", asimismo, acaba con la nociva institución de obtener la confesión del indiciado sin la asistencia de su defensor al nulificar su valor, si fue obtenida a través de la incomunicación, la intimidación o la tortura. (Regla de prueba a favor del acusado —no autoincriminación—)

El *apartado B, fracción IV* señala: *Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley*; Un derecho fundamental es la posibilidad material de que el imputado y su defensor puedan presentar y desahogar en audiencia a los testigos y pruebas que les permitan acreditar su dicho y en caso de ser necesario, contar con el apoyo de la autoridad jurisdiccional para presentarlos, lo que ayuda a igualar las condiciones en que enfrenta al Ministerio Público en la audiencia. **(Derecho de contradicción)**

El *apartado B, fracción V,* párrafo segundo, determina: *En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra*; Aunque es sumamente cuestionable, se establece, como excepción al principio establecido en el apartado "A", fracción III, toda vez que en tratándose de delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la etapa de investigación podrán tener valor probatorio, lo que puede resultar sumamente riesgoso para un régimen democrático, ya que se acerca más a un postulado del llamado *Derecho Penal del enemigo*. **(Régimen de excepción de Delincuencia organizada)**

El *apartado C, fracción II* expresa: *Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley*. Esta fracción fortalece los derechos de la víctima al convertirlo en una verdadera parte procesal, con capacidad de aportar elementos probatorios para fortalecer la acusación y en su caso, cuantificar la

reparación del daño, lo que es sumamente positivo. **(Coadyuvancia con el Ministerio Público)**

V. Regulación de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

A continuación, vamos a desarrollar algunos de los contenidos más relevantes del CNPP, es importante señalar que si bien en realidad son muchas las disposiciones del Código que hacen referencia a este aspecto, vamos a señalar los que consideramos como más importantes y representativos respecto de la prueba.

El principio de contradicción, base para el derecho probatorio se encuentra regulado en el artículo 6° del CNPP de la siguiente forma: *Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.*

Por lo que hace al principio de inmediación, base para la convicción del juzgador, ésta se encuentra en el artículo 9° que lo enuncia así: *Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.*

Por lo que hace a la carga de la prueba, esta se encuentra en el artículo 130 que hace la siguiente consideración: *La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.*

Un aspecto que resulta fundamental es el relacionado con los datos, medios de prueba y prueba, que establece el artículo 261 al definir a cada uno de estos en los siguientes términos: *El dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.*

Los medios o elementos de prueba son toda fuente de información que permite reconstruir los hechos, respetando las formalidades procedimentales previstas para cada uno de ellos.

Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.

En cuanto a la libertad probatoria, el artículo 262 señala el derecho a ofrecer medios de prueba en los siguientes términos: *Las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los términos previstos en este Código.*

Por lo que hace a la licitud probatoria, se encuentra en el artículo 263 que establece que: *Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.*

En cuanto al tema de la nulidad de la prueba, es en el artículo 264 en donde encontramos su base procesal al señalar: *Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.*

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Por lo que hace a la valoración de los datos y prueba, se encuentran regulados en el artículo 265 de la siguiente forma: *El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.*

A. Admisibilidad de la prueba y reglas de exclusión.

Los temas de la admisibilidad y exclusión de la prueba guardan estrecha relación con las llamadas "Reglas de prueba". Éstas se entienden como: el conjunto de normas que regulan la búsqueda, preparación, aseguramiento, ofrecimiento, presentación, introducción, práctica, controversia y valoración de medios de prueba y elementos materiales probatorios, con el fin de asegurar su autenticidad, pertinencia, admisibilidad y, en general, su confiabilidad para llevar al conocimiento del juez los hechos y la responsabilidad del procesado[10]. Estas normas suelen ser conocidas con los nombres de *reglas de evidencia* (Estados Unidos) o *reglas de derecho probatorio* (Puerto Rico).

Asimismo, es importante señalar que las reglas de prueba están dirigidas a regular lo que se puede o debe probar y cómo probarlo, es decir, en otras palabras las reglas de prueba se refieren a la: *fuente, objeto y tema de prueba.*

Por *fuente de prueba*, entendemos: *las personas y cosas que existen en la realidad y antes del proceso, que tienen relación con los hechos que se investigan*[11].

Objeto de prueba: *No son los hechos, ya que éstos no se prueban, se conocen. Lo que se prueba son las afirmaciones de los hechos en relación con lo alegado por las partes. Lo que puede probarse en sentido abstracto, para acreditar la consecuencia jurídica pretendida por cada parte,*

[10] Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual general para operadores jurídicos, Serie Manual de formación para operadores jurídicos, USAID, Colombia, 2005, p. 46.

[11] Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, ob. Cit., p. 48.

son las afirmaciones sobre hechos de cualquier proceso penal, que pretenden demostrar fundamentalmente si la conducta delictiva existió y si el acusado es responsable como autor o partícipe[12].

El *tema de prueba* es el *objeto de prueba* en concreto, *lo que debe probarse en el proceso en concreto, para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. Son afirmaciones sobre acontecimientos y circunstancias concretas temporo-espaciales, que el derecho objetivo ha convertido en presupuesto de un efecto jurídico.*

Respecto del *objeto de prueba* podemos decir que: *para que el objeto de prueba sea acogido y llevado al proceso necesita un requisito que lo pone frente a una notable limitación sustancial, es decir, que debe ser pertinente y concluyente (relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto*[13].

Tratando de ejemplificar lo anterior, propondríamos el ejemplo siguiente:

Un testigo (Ser humano) y su conocimiento existen antes del proceso y son fuente de prueba; el testimonio, la declaración, se producen en el proceso y constituyen el medio de prueba, asimismo, podríamos decir que el objeto de prueba son las afirmaciones que se realizan a partir del conocimiento que se tiene de esa fuente de prueba y el tema de prueba tendría que ver con la pertinencia o relevancia de ese *tema de prueba*.

B. Pertinencia de la prueba

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral debe ser previamente fundamentada ante el juez.

Tres aspectos esenciales debe demostrar la evidencia para ser aceptada:

1. pertinencia.
2. autenticidad.
3. admisibilidad[14].

1. Pertinencia

Se refiere a la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La evidencia debe pasar dos test para ser pertinente:

El primero relativo a la ley sustantiva, impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

- Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y
- A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.

---

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 Véase Módulo IV para Defensores Públicos, La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano, USAID, Colombia, S/A, pp. 21-25.

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia, deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe hacerse presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria, a fin de que éste la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente dice que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad.

La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible, y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa "La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba".

El CNPP establece en el numeral 346 los aspectos a considerar sobre la admisión/exclusión de pruebas al señalar:

> Exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate
>
> Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:
>
> I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser:
>
> *a*) Sobreabundante: por referirse a diversos medios de prueba del mismo tipo, testimonial o documental, que acrediten lo mismo, ya superado, en reiteradas ocasiones;
>
> *b)* Impertinentes: por no referirse a los hechos controvertidos, o
>
> *c)* Innecesarias: por referirse a hechos públicos, notorios o incontrovertidos;
>
> II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales;

III. Por haber sido declaradas nulas, o

IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en este Código para su desahogo.

En el caso de que el Juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el Juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La decisión del Juez de control de exclusión de medios de prueba es apelable.

Para concluir este apartado, vale la pena transcribir dos tesis aisladas que reflejan cómo los tribunales federales están considerando el tema de la prueba, en este caso sobre la exclusión de la prueba en las siguientes tesis:

Época: Novena Época *Registro: 166512*
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXX, Septiembre de 2009
Materia(s): Penal
Tesis: IV.1o.P.46 P
Página: 3094

AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA EL DESECHAMIENTO DE PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

Es cierto que por regla general el acuerdo de desechamiento de pruebas constituye una violación en el juicio que produce efectos intraprocesales, puesto que su consecuencia lesiva se manifiesta, en todo caso, hasta el dictado de la sentencia definitiva, razón por la que se ha sostenido en reiteradas ocasiones que esa clase de violaciones procesales debe ser impugnada en el amparo directo. Sin embargo, tales irregularidades cometidas en el juicio oral de reciente creación legislativa en el Estado de Nuevo León produce en las partes una afectación de grado predominante o superior y, por ende, son reclamables en la vía de amparo indirecto, conforme al artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, pues de acuerdo con el numeral 553 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León, el procedimiento oral debe desarrollarse sobre la base de la acusación y se rige por los principios de concentración y continuidad, entre otros, lo que implica que en la audiencia del juicio oral deben desahogarse todas las pruebas ofrecidas que hubieren sido admitidas por las partes, de forma que de concederse el amparo, a fin de que se admita y desahogue el medio de prueba que hubiere sido desechado indebidamente, deberá reponerse íntegramente la audiencia y

reiterarse el desahogo del resto de las probanzas, con el consecuente riesgo de que algunos medios de convicción ya no pudieran recibirse, que los interrogatorios pudieran perder espontaneidad o que los testigos recibieran aleccionamiento, de ahí la necesidad de atender desde luego esa violación procesal por vía de amparo indirecto.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO
EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 55/2009. 28 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: José Heriberto Pérez García. Secretario: Ricardo Garduño Pasten.

Nota: Por ejecutoria del 28 de agosto de 2013, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 230/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis.

Época: Décima Época
Registro: 2000673
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2
Materia(s): Común
Tesis: II.2o.P.9 P (10a.)
Página: 1968

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ES INFUNDADO EL ARGUMENTO DE QUE AL TRATARSE DE AQUÉL, SEA MEDIANTE EL AMPARO INDIRECTO QUE DEBA ANALIZARSE EL DESECHAMIENTO O ADMISIÓN DE PRUEBAS, SI LAS REGLAS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO SON LAS MISMAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

La resolución que desestima y desecha las pruebas documentales ofrecidas por la defensa del quejoso y admite las diversas planteadas por el Ministerio Público en la audiencia intermedia en el nuevo sistema de justicia penal en el Estado de México no es un acto de imposible reparación para efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto, pues con su pronunciamiento no se afectan los derechos sustantivos del quejoso, como la vida, la libertad, la integridad personal, la libertad de tránsito, o la propiedad, sino que se trata de una infracción meramente adjetiva o intraprocesal que no afecta derechos fundamentales, lo que hace improcedente el juicio de amparo indirecto en su contra, dado que si el quejoso obtiene sentencia favorable, la violación no trascendería al resultado del fallo en su perjuicio, y si no lo fuera, esto aún no ocasionaría una situación de imposible reparación, porque podría impugnarla en amparo directo, en términos de los artículos 158 y 160 de la Ley de Amparo. Por tanto, es infundado el argumento de que al tratarse del nuevo sistema de justicia penal, es reclamable en amparo indirecto porque constituye un acto de ejecución irreparable, pues independientemente de que estas violaciones procesales se hayan dado dentro del desarrollo de dicho sistema de justicia, no debe soslayarse que las reglas para la procedencia del amparo, hasta este momento, siguen siendo las mismas.

Amparo en revisión (improcedencia) 167/2011. 9 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

Nota: Por ejecutoria del 28 de noviembre de 2012, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 48/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

VI. La prueba en las diferentes etapas procesales.

Partiendo de la base de que el CNPP establece cuál es su objetivo al enunciar en su artículo 2° que:

> Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Se vuelve relevante observar cómo este objetivo se va materializando a través de las diversas etapas que constituyen el procedimiento penal y que están relacionadas con la prueba. A continuación vamos a trascribir los objetivos de la prueba en las diferentes etapas procesales, es decir, la etapa de investigación, la etapa intermedia y la etapa de juicio oral.

El CNPP, señala en el artículo 213 que la etapa de investigación tiene por objeto:

> La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.

Asimismo, en el artículo 334 señala cuál es el objeto de la etapa intermedia al establecer:

> La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.
>
> Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

A. El descubrimiento probatorio.

El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación y a la Defensa en la audiencia preparatoria de dar a conocer de manera íntegra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal.

Como atribución propia de la defensa, y deber del acusador el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos:

El primero, conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio.

El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

a) Características del descubrimiento:

1. El descubrimiento debe ser total

Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

2. El descubrimiento debe ser oportuno

El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Vale la pena transcribir las siguientes tesis aisladas que se refieren al tema de la prueba en la audiencia intermedia.

Época: Décima Época
Registro: 160785
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3
Materia(s): Penal
Tesis: II.2o.P.270 P (9a.)
Página: 1707

PRUEBAS EN AUDIENCIA INTERMEDIA. EL HECHO DE QUE EL JUEZ DE JUICIO ORAL TENGA POR NO DESAHOGADAS LAS ADMITIDAS EN AQUELLA ETAPA POR EL JUZGADOR DE CONTROL, SIN TOMAR LAS MEDIDAS A SU ALCANCE PARA POSIBILITARLO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE DEFENSA QUE AMERITA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

La interpretación sistemática de los artículos 309, 323, 327 y 328 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, conduce a establecer que la denominada etapa intermedia a que se refiere el nuevo sistema de justicia penal oral, tiene por objeto el ofrecimiento, la exclusión y la admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral; en ella, cualquiera de las partes puede formular las solicitudes, observaciones y los planteamientos que estime relevantes en relación con las pruebas ofrecidas por los demás, con el objeto de su eliminación o descarte por considerarse manifiestamente impertinentes o tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios; el Juez inadmitirá las pruebas obtenidas por medios ilícitos, en tanto que las demás que se hayan ofertado las admitirá al dictar la resolución de apertura a juicio oral; de ser el caso, deberá señalar, entre otras cosas, las pruebas que deberán producirse en dicho juicio. Lo anterior, aunado a los artículos 14 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, patentiza que una de las garantías de defensa de todo imputado durante el procedimiento penal, consiste en la posibilidad de aportar todos los medios de prueba que considere adecuados, por ello, los Jueces y tribunales se encuentran constreñidos constitucionalmente a lo establecido en los dispositivos legales citados en primer término, que únicamente imponen como limitante, que las pruebas que se aporten al proceso no sean manifiestamente impertinentes, que no tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios, así como que no hayan sido obtenidas por medios ilícitos, con la correlativa obligación de la autoridad de recibirlas, admitirlas y desahogarlas. Así, de la interpretación sistemática de los dispositivos constitucionales y legales citados, se infiere que la Constitución establece a favor del imputado en el proceso penal de corte acusatorio, el derecho de que el Juez de Control, al momento de celebrar la denominada audiencia intermedia o de preparación a juicio oral, admita las pruebas que ofrezca, siempre que puedan ser conducentes y no vayan contra el derecho, pues se está en presencia de un derecho fundamental reconocido como garantía individual, y su observancia no debe quedar al arbitrio o discrecionalidad del juzgador de juicio oral. De ahí que cuando el imputado ofrezca alguna prueba en la etapa intermedia o de preparación de juicio oral, la cual ha sido admitida por el Juez de Control y el juzgador de juicio oral la tiene por no desahogada sin tomar las medidas a su alcance para posibilitarlo, ese proceder implica, sin duda, una violación a la garantía de defensa que produce la reposición del procedimiento desde el estado procesal donde se cometió la violación, de conformidad con la fracción VI del artículo 160 de la Ley de Amparo.

Amparo directo 28/2011. 14 de abril de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

Época: Décima Época
Registro: 2000637
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2
Materia(s): Común
Tesis: II.2o.P.10 P (10a.)
Página: 1891

PRUEBAS DOCUMENTALES EN LA AUDIENCIA INTERMEDIA. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LAS DESECHA O ADMITE ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, PUES NO CONSTITUYE UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO).

El desechamiento y admisión de pruebas son, por regla general, reclamables junto con la sentencia definitiva en el juicio de amparo directo, pues no concurren circunstancias de irreparabilidad trascendentes en el procedimiento, que dependan para el dictado de la sentencia o para asegurar la continuación del trámite del juicio natural. Este criterio debe seguir rigiendo, salvo casos específicos, en términos del artículo 160, fracción VI, de la Ley de Amparo para el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en el Estado de México, pues las reglas a seguir para la procedencia del juicio de garantías, hasta este momento, siguen siendo las mismas; consecuentemente, contra la resolución que admite o desecha pruebas documentales en la audiencia intermedia es improcedente el amparo indirecto, pues además de que no constituye un acto de ejecución irreparable, el artículo 421 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México prevé que procederá la reposición del procedimiento cuando el tribunal de apelación advierta que hubo alguna violación procesal que haya afectado los derechos de alguna de las partes y que hubiera trascendido al sentido de la resolución, de modo que mediante la promoción del recurso ordinario respectivo el quejoso tiene la posibilidad de reparar dicha violación en una instancia ulterior si es que tal proceder trasciende al resultado del fallo, lo que implica que no desaparece la posibilidad de obtener un fallo definitivo favorable.

Amparo en revisión (improcedencia) 167/2011. 9 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

Nota: Por ejecutoria del 28 de noviembre de 2012, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 48/2012 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

Finalmente, en el artículo 348 establece cuál es el objetivo de la etapa de juicio oral al expresar lo siguiente:

El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

De esta forma, podemos decir que, cada etapa señala objetivos específicos que van concatenados en el sentido de que en la etapa de investigación se busca obtener datos de prueba que permitan establecer la comisión de un hecho delictivo, así como la probable responsabilidad de una persona, en la etapa intermedia, aportar y depurar medios de prueba para su presentación y desahogo en la audiencia de juicio y en la etapa de juicio oral, que éstos sean desahogados bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción para acreditar su teoría del caso.

Al igual que en otros apartados, vamos a transcribir una tesis aislada que refleja la consideración sobre la importancia de la prueba en la audiencia de juicio oral respecto de la sana crítica y las máximas de la experiencia.

Época: Décima Época
Registro: 2002373
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2
Materia(s): Penal
Tesis: IV.1o.P.5 P (10a.)
Página: 1522

PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

De la interpretación del citado numeral se advierte que los medios de prueba en el juicio oral penal, el cual es de corte acusatorio adversarial, deberán ser valorados conforme a la sana crítica, sin contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, y dispone, además, que la motivación de esa valoración deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a las que se arribe en la sentencia. Ahora bien, la sana crítica implica un sistema de valoración de pruebas libre, pues el juzgador no está supeditado a normas rígidas que le señalen el alcance que debe reconocerse a aquéllas; es el conjunto de reglas establecidas para orientar la actividad intelectual en la apreciación de éstas, y una fórmula de valoración en la que se interrelacionan las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, las cuales influyen de igual forma en la autoridad como fundamento de la razón, en función al conocimiento de las cosas, dado por la ciencia o por la experiencia, en donde el conocimiento científico implica el saber sistematizado, producto de un proceso de comprobación, y que por regla general es aportado en juicio por expertos en un sector específico del conocimiento; mientras que las máximas de la experiencia son normas de conocimiento general, que surgen de lo ocurrido habitualmente en múltiples casos y que por ello pueden aplicarse en todos los demás, de la misma especie, porque están fundadas en el saber común de la gente, dado por las vivencias y la experiencia social, en un lugar y en un momento determinados. Así, cuando se asume un juicio sobre un hecho específico con base en la sana crítica, es necesario establecer el conocimiento general que sobre una conducta determinada se

tiene, y que conlleva a una específica calificación popular, lo que debe ser plasmado motivadamente en una resolución judicial, por ser precisamente eso lo que viene a justificar objetivamente la conclusión a la que se arribó, evitándose con ello la subjetividad y arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 26/2012. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: José Heriberto Pérez García. Secretario: Víctor Hugo Herrera Cañizales.

VII. La prueba anticipada

La prueba anticipada supone una excepción a la regla establecida en la fracción III del apartado "A" del artículo 20 Constitucional al permitir su desahogo en una etapa previa a la de juicio, sin embargo, su solicitud y práctica deben ser debidamente justificados y realizados de manera que no generen indefensión del imputado. *Es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral y ante el juez de garantías y no ante el juez de conocimiento*[15].

El CNPP regula la prueba anticipada de la siguiente forma:

Artículo 305. Procedimiento para prueba anticipada

La solicitud de desahogo de prueba anticipada podrá plantearse desde que se presenta la denuncia, querella o equivalente y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral.

Cuando se solicite el desahogo de una prueba en forma anticipada, el Órgano jurisdiccional citará a audiencia a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir a la audiencia de juicio oral y luego de escucharlos valorará la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desahogada en la audiencia de juicio oral, sin grave riesgo de pérdida por la demora y, en su caso, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

El imputado que estuviere detenido será trasladado a la sala de audiencias para que se imponga en forma personal, por teleconferencia o cualquier otro medio de comunicación, de la práctica de la diligencia.

En caso de que todavía no exista imputado identificado se designará un Defensor público para que intervenga en la audiencia.

Asimismo, el Código establece cómo debe registrarse y conservarse dicha prueba al establecer de manera clara lo siguiente:

Artículo 306. Registro y conservación de la prueba anticipada

La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad. Concluido el desahogo de la prueba anticipada, se entregará el registro correspondiente a las partes.

---

[15] Véase Módulo IV para Defensores Públicos, La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano, USAID, Colombia, S/A, p. 71.

Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma.

Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con las medidas dispuestas por el Juez de control.

Como podemos observar, el sistema procesal acusatorio, adversarial y oral, permite la práctica de la prueba anticipada bajo ciertos supuestos y condiciones que, por un lado, permitan el adelantamiento de la prueba pero preservando los derechos del imputado, para su debida contradicción, incluso contemplando la posibilidad de que si las causas que dieron origen a la solicitud del anticipo de prueba desaparecen al momento de que se celebre la audiencia de juicio oral, deberá de desahogarse la prueba de manera ordinaria y no a través de la prueba anticipada.

VIII. La prueba ilícita

Como se estableció *ut supra*, la fracción IX del apartado "A" del artículo 20 Constitucional contiene la regla general de exclusión de la prueba ilícita al señalar explícitamente que: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula*.

De esta cláusula derivan las siguientes consecuencias a saber:

a) Toda prueba violatoria de las garantías fundamentales del proceso es nula y debe excluirse.

b) Toda prueba derivada (nexo causal) de una prueba ilícita es también nula y debe excluirse.

c) Toda prueba cuya existencia sólo pueda explicarse por medio de una prueba ilícita, también es ilícita y debe excluirse.

Esta es una regla que de hecho ya existía en nuestro sistema jurídico, sin embargo ahora se establece a nivel constitucional, lo que acentúa el compromiso del Estado Mexicano de ejercer su *ius puniendi* bajo un principio de respeto irrestricto de los derechos fundamentales, lo cual incluye la obtención de la prueba. Sin embargo, esta regla que parece tan estricta, en el ámbito internacional ha sido cuestionada y se ha ido generando doctrina que busca atenuar dichos efectos, como veremos a continuación, esta doctrina se conoce como la "Teoría del fruto del árbol envenenado", misma que expondremos de manera general a continuación.

La doctrina del "fruto del árbol envenenado o venenoso" hace referencia a una metáfora legal empleada en algunos países (Argentina, Venezuela, Estados Unidos y algunos países europeos) para describir pruebas recolectadas con ayuda de información obtenida ilegalmente. La lógica de la frase es que si la fuente de la

prueba (el «árbol») se corrompe, entonces cualquier cosa que se gana de él (el «fruto») también lo está.

Sin embargo, esta teoría pretende establecer excepciones a dicho principio. Conservan su validez y por lo tanto pueden ser sujetas a los juicios de pertinencia y admisibilidad las pruebas que: resulten de la buena fe, provengan de *una fuente independiente*, *Tengan un vínculo atenuado* o cuando se trate de un *descubrimiento inevitable,* vamos a desarrollar un poco más cada una de estas hipótesis.

a) La buena fe

Supone que no se deben excluir los frutos obtenidos de un registro judicial del cual no surja vicio aparente alguno. Por ejemplo el caso de realizar un cateo suponiendo que ésta es legítima o bien que los elementos que buscan están contemplados en ésta.

b) Provengan de una fuente independiente:

Se rompe el vínculo casual y se mira la primera como de fuente independiente. Al acto ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional.

El ejemplo clásico en la jurisprudencia norteamericana y española es el caso de las interceptaciones telefónicas que se hacen con violación a las garantías fundamentales, y por lo tanto la evidencia obtenida en ellas es nula.

La fuente independiente nace cuando el procesado en el juicio oral, decide libre y espontáneamente confesar los hechos delictivos que son los mismos obtenidos por la prueba ilícita. El resultado probatorio se obtiene con independencia de la prueba que vulneró los derechos fundamentales.

c) Tengan un vínculo atenuado.

Si el vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y entre la prueba de ella derivada se presenta en forma atenuada, se acepta que esta última es independiente y lícita.

Las violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por falta de inmediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal.

En WONG vs. U.S, una persona acusada fue arrestada ilícitamente, y luego de ser puesta en libertad, se presentó voluntariamente en el departamento de narcóticos donde fue interrogada, con todas sus garantías, realizando una confesión con hechos auto incriminatorios que se aceptaron para ser acusada y condenada.

En U.S. vs CECCOLINI, un testigo que había sido ubicado con información obtenida en un allanamiento ilegal a una floristería, fue aceptado como evidencia, sobre la base que ese testigo (la dueña de la floristería), de manera espontánea colaboró al delatar a su empleado y dependiente.

d) El descubrimiento inevitable.

Como una derivación de la teoría de la fuente independiente, se elabora la teoría del descubrimiento inevitable. En el caso NIX vs. WILLIAMS, durante un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado el cadáver de la víctima. La confesión se excluyó de la evidencia, más no así el cuerpo de la víctima. Se afirmó que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la confesión por más de doscientos voluntarios, por un plan que contemplaba la zona donde se ubicó el cadáver.

El descubrimiento inevitable permite entonces la admisibilidad de la evidencia obtenida mediante otra prueba o procedimiento ilícito, porque de todas maneras habría sido obtenida por otros medios probatorios o vías legales legítimos e independientes de la conducta ilícita original.

La diferencia con la fuente independiente es que en ésta la prueba alternativa o independiente se requiere que sea actual, en cambio en el descubrimiento inevitable que sea hipotéticamente factible.

Si bien este tema pudiera parecer novedoso en realidad no lo es ya que nuestra legislación ya se había ocupado del tema:

> La prueba ilícita en México antes del 2008 era tratada por los Tribunales Federales. Fue hasta este año (2012) (sic) que la Constitución Federal de México establece que "cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula". Permeando así la regulación de la prueba ilícita de una manera implícita a una forma explícita. Si bien es cierto que era un tema que no generaba mayor controversia, las estadísticas mostraban una generalidad de averiguaciones previas integradas injustamente con pruebas violatorias de derechos humanos, por lo que fue necesario integrar al numeral 20 de la Ley Suprema de la Unión la nulidad de la prueba obtenida ilícitamente. Esta regla de exclusión se aplica no solamente para pruebas obtenidas en violación a derechos fundamentales sino también procesales, ya sea por violentar la adecuada defensa, la presunción de inocencia o el debido proceso. Cabe destacar que no existen en forma específica restricciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, materia que necesitará ser discutida en un futuro próximo.[16]

El proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales al que ya hemos hecho referencia en apartados anteriores, trató de introducir, por vía de excepción la teoría del fruto del árbol envenenado, ya que en su artículo 292 disponía lo siguiente:

[16] De la Rosa Rodríguez, Paola, Breve estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, en Derecho en Libertad, p. 90. Dirección electrónica: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf.

Nulidad de prueba ilícita

Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos será nulo.

No se considerará violatoria de derechos humanos, aquel dato o prueba que cubra cualquiera de los siguientes requisitos:

I. Provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas;

II. Exista un vínculo atenuado, o

III. Su descubrimiento sea inevitable, en virtud de que aún y cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen.

Las partes harán valer las circunstancias señaladas, al momento del ofrecimiento de los datos o prueba.

El CNPP actualmente reproduce la regla establecida en la fracción IX del apartado "A" del artículo 20 Constitucional, al señalar en el artículo 264:

Nulidad de la prueba

Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

IX. La prueba testimonial[17].

La prueba más común e importante en el sistema probatorio es el testimonio. Con la vigencia del nuevo sistema de los principios de inmediación, contradicción y concentración, el testimonio escrito o de referencia ya no son la regla sino la excepción, precisamente por limitar el derecho de contradicción, de confrontación y el derecho fundamental de defensa.

Los requisitos de toda prueba testimonial son los siguientes:

1. Capacidad del testigo

La regla general es que toda persona está en capacidad de rendir testimonio, siempre que pueda percibir, recordar y relatar la información de la que tenga conocimiento personal, sepa distinguir entre la verdad y la mentira y comprenda el compromiso adquirido al declarar bajo juramento.

2. Obligación de declarar

Toda persona está obligada a rendir testimonio, bajo juramento, salvo las excepciones constitucionales y legales.

---

[17] Véase Módulo IV para Defensores Públicos, La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano, USAID, Colombia, S/A, pp. 28-35.

3. Conocimiento personal

El testigo únicamente puede declarar sobre los hechos que percibió, observó o experimentó en forma directa y personal. Es el conocimiento de primera mano. El conocimiento personal requiere de fundamentación antes de que el testigo exponga los hechos que percibió o experimentó. Es decir ¿Cómo el testigo sabe lo que el testigo dice saber?

4. Interrogatorio y confrontación.

La presentación del testimonio en el juicio oral es a través del interrogatorio del testigo. Las técnicas de planeamiento del interrogatorio, el tipo de preguntas, su secuencia, y estrategias que debe crear la defensa son habilidades que deben adquirirse y desarrollarse con la práctica.

En el mismo sentido se encuentra el ejercicio del derecho de confrontación a través del contra interrogatorio y el ejercicio de las facultades de oposición (objeciones).

5. Impugnación de testigos (contrainterrogatorio)

Mientras el contra interrogatorio buscar refutar lo que el testigo ha declarado o resaltar sus imprecisiones o inconsistencias, la impugnación de testigos se dirige a desacreditar al testigo como una fuente confiable de información. La impugnación se realiza de todos modos dentro del contra interrogatorio.

El CNPP se encarga de regular la prueba testimonial en los siguientes artículos:

Artículo 360. Deber de testificar

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al proceso cuando sea citado y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias o cualquier otra información que sea relevante para la solución de la controversia, salvo disposición en contrario.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos por los que se le pueda fincar responsabilidad penal.

X. La prueba pericial[18]

Necesidad: La prueba pericial es necesaria cuando se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados para determinar un hecho dentro del debate procesal, o auxiliar al juez a entender la evidencia presentada. El apoyo al juzgador se centra exclusivamente en la materia especializada, sin sustituir sus facultades y competencias jurisdiccionales.

Elementos materiales probatorios, evidencia física y evidencia demostrativa.

[18] Véase Módulo IV para Defensores Públicos, La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano, USAID, Colombia, S/A, pp. 37-43.

Evidencia física o real y elementos materiales probatorios son los objetos tangibles que están directamente vinculados con la controversia del caso. Son los productos o instrumentos del delito que pueden ser presentados en el juicio oral. La evidencia física finalmente es toda cosa tangible con la que se ha cometido el hecho o es resultado de este y que contribuye a obtener información para el esclarecimiento de los mismos.

El CNPP regula la prueba pericial en los siguientes términos:

Artículo 368. Prueba pericial

Podrá ofrecerse la prueba pericial cuando, para el examen de personas, hechos, objetos o circunstancias relevantes para el proceso, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

XI. La prueba documental

La evidencia documental está constituida por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas de información, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar o análogo a estos.

El artículo 380 del CNPP establece qué debe entenderse por documento al señalar: *Se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho. Quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. El Órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente.*

De igual manera, establece la regla de prevalencia de mejor documento para dilucidar cuando se cuestione la originalidad de algún documento al expresar: *Cualquier documento que garantice mejorar la fidelidad en la reproducción de los contenidos de las pruebas deberá prevalecer sobre cualquiera otro.* Asimismo, señala la manera en que habrá de incorporarse la prueba documental al establecer: *Los documentos, objetos y otros elementos de convicción, previa su incorporación a juicio, deberán ser exhibidos al imputado, a los testigos o intérpretes y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos. Sólo se podrá incorporar a juicio como prueba material o documental aquella que haya sido previamente acreditada.*

Sobre la prueba documental, reproducimos la siguiente tesis aislada que muestra el criterio de los Tribunales federales sobre este tema:

Época: Décima Época
Registro: 160789
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3
Materia(s): Penal
Tesis: II.2o.P.274 P (9a.)
Página: 1673

PRUEBA DOCUMENTAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. FORMA EN QUE DEBE DESAHOGARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

No debe confundirse la prueba documental (ya sea pública o privada), que por su especial naturaleza, al ser admitida, presupone su desahogo en la etapa de juicio, con la autentificación o perfeccionamiento hecho exclusivamente a los documentos privados en términos del artículo 361 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en vigor (para el nuevo sistema de justicia penal), pues todo documento admitido como tal presupone su desahogo, al margen de que dicho perfeccionamiento (respecto de los que lo requieran) necesariamente debe satisfacerse ante el Juez del juicio oral en estricto apego al principio de inmediación, sin embargo, una vez admitidas las aludidas documentales, no pueden ser objeto de exclusión, pues ello implicaría ir más allá de lo que se considera razonable, al restaurar prácticamente una posibilidad a favor de una de las partes que ya estaba precluida. Luego, si en la audiencia de preparación la defensa ofreció documentales a fin de que se valoren en el juicio, resulta inconcuso que deben tenerse por desahogadas, con independencia de que obren físicamente desde etapas anteriores del proceso, pues ello no quiere decir que se tengan que volver a presentar físicamente en cada etapa en la que se refieran o mencionen, sobre todo por su carácter documental y especial naturaleza, ya que sería absurdo suponer una «duplicidad» o proliferación física del mismo documento, lo que además sería contrario al carácter de originalidad que debe ser exigible a tal medio de prueba. Por tanto, el ofrecimiento y la admisión de la documental pública en la denominada audiencia intermedia o de preparación de juicio oral, conlleva a su connatural desahogo y a una obligada valoración por parte del Juez del juicio quien, en todo caso, tratándose de documentos preexistentes admitidos como tales por el Juez de Control, debe tomar las medidas pertinentes para asegurarse de tener a la vista aquello sobre lo que inexcusablemente debe ocuparse y valorar, por ser parte del material probatorio legalmente incorporado y ofrecido por la parte interesada, sin que dicha omisión del órgano judicial pueda trasladarse en perjuicio de las partes. Por lo que hace a las pruebas documentales privadas, es claro que el perfeccionamiento o autentificación por parte de los suscriptores o emisores debe verificarse o practicarse ante el Juez del juicio quien, en su caso, debe señalar hora y fecha para tal efecto e incluso, de ser necesario, en términos del artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Federal proveer lo necesario para facilitar al imputado y su defensa la comparecencia de los suscriptores de dichos documentos.

Amparo directo 28/2011. 14 de abril de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Gigliola Taide Bernal Rosales.

XII. La prueba de referencia[19]

La llamada prueba de referencia es una excepción al principio de inmediación, en razón a que la declaración que se quiere hacer valer en el juicio se produjo por fuera de éste, el juez no tiene la oportunidad de ver y escuchar al declarante en el momento de su declaración, ni como realmente el declarante percibe y recuerda, ni puede tomarle juramento, y sobre todo su declaración no puede ser sometida a contra interrogatorio.

Este frágil medio probatorio hace que la regla general sea su exclusión, precisamente por apartarse de los principios rectores de un juicio oral, público, contradictorio, y concentrado.

a. Finalidad

La finalidad de la prueba de referencia como anota CHIESA es recibir como evidencia una declaración que se hizo fuera de la vista o juicio en la que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera.

b. Elementos

Para que una evidencia se constituya en prueba de referencia se requiere:

1. Que la declaración haya sido realizada fuera del juicio oral

La norma señala que se trata de toda declaración, por lo que podemos entender entrevista, declaración juramentada, interrogatorio o en cualquier medio escrito, de video o audio que la contenga.

2. Que esté destinada a probar o excluir cualquier aspecto sustancial objeto del debate procesal.

De manera enunciativa menciona como aspectos sustanciales los elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado.

3. Que sea imposible practicarla en el juicio

La imposibilidad de su práctica se deriva de una condición del declarante que debe ser absoluta:

a) Afirma bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente esta afirmación.

El peritaje y la condición mental del declarante como requisito de admisibilidad deben someterse a confrontación. El dictamen pericial debe recaer sobre la condición actual del declarante y no sobre los hechos que declara o sobre la condición en el momento que declaró, lo que lo tornaría especulativo.

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.

---

[19] Véase Módulo IV para Defensores Públicos, La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano, USAID, Colombia, S/A, pp. 63-68.

c) Padece grave enfermedad que le impide declarar. Esta condición debe igualmente ser comprobada pericialmente.

d) Ha fallecido.

XIII. La prueba preconstituida

La denominada —prueba preconstituida en sede penal—, vendría a identificarse con la actividad investigadora que al no ser reproducible en las sesiones del juicio oral, en el sentido de que no es posible practicar el medio de prueba con que aquella diligencia se corresponde.

Convenientemente, Gimeno Sendra sintetiza esos supuestos de pre constitución probatoria de carácter policial diferenciando entre aquellos que se derivan de diligencias policiales de prevención (controles alcoholimétricos, grabaciones de video-vigilancia, análisis de estupefacientes e inspecciones corporales) y los que cuentan con supervisión judicial (circulación y entrega vigilada de drogas, escuchas telefónicas, intervención de los datos electrónicos de tráfico y gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN).

La incorporación de la prueba preconstituida en nuestro sistema procesal, a nuestro juicio se encuentra en la constitución en la fracción III, apartado "B" del artículo 20 Constitucional cuando señala: *En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.*

Asimismo, se encuentra regulada en las siguientes disposiciones del CNPP que expresamente señala:

> *Artículo 385. Prohibición de lectura e incorporación al juicio de registros de la investigación y documentos*
>
> *No se podrán incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el debate, a los registros y demás documentos que den cuenta de actuaciones realizadas por la Policía o el Ministerio Público en la investigación,* con excepción de los supuestos expresamente previstos en este Código.
>
> *No se podrán incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que den cuenta de actuaciones declaradas nulas o en cuya obtención se hayan vulnerado derechos fundamentales.*
>
> *Artículo 386. Excepción para la incorporación por lectura de declaraciones anteriores*
>
> *Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados, únicamente en los siguientes casos:*
>
> *I. El testigo o coimputado haya fallecido, presente un trastorno mental transitorio o permanente o haya perdido la capacidad para declarar en juicio y, por esa razón, no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado, o*

II. Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado. Cualquiera de estas circunstancias deberá ser debidamente acreditada.

XIV. La prueba indiciaria

A través del "principio de intercambio" de la Criminalística, podemos entender que cuando se comete un delito, "se dejan huellas o rastros del mismo". Esto es importante ya que, en ocasiones, ante la falta de declaraciones de testigos o bien el acusado se asile en su derecho a guardar silencio, serán entonces que los indicios permitirán llegar a establecer los hechos materia de juicio.

Los indicios son una prueba crítica, lógica e indirecta. Para García Ramírez los indicios son hechos, datos o circunstancias ciertas y conocidas de los que se desprende, mediante elaboración lógica, la existencia de otras circunstancias, hechos o datos desconocidos[20].

A este tipo de prueba también se le ha denominado "prueba circunstancial", aludiendo a su etimología —*circus*— que refiere: lo que está alrededor del hecho, ya que lo que interesa destacar es precisamente lo que se encuentra alrededor del hecho.

Existen sucesos que no se pueden probar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente los hechos aislados, que se enlazan entre sí y permiten llegar a una conclusión[21].

De esta forma, aunque en realidad la prueba indiciaria no debería ser considerada como tal en rigor, sirve porque permite al Juez apreciar aspectos alrededor del hecho central que se quiere dilucidar, que le permiten generar convicción sobre su forma de acaecimiento, aun cuando éstos no dan cuenta directamente de cómo es que sucedieron los hechos.

La prueba directa la presencia el juez, mientras que en la prueba de indicios, ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que se tiene es un hecho que le sirve de sustento o de base para buscar el hecho a probar. Según Framarino "la gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por consiguiente, son muy pocos los hechos que podemos conocer por su percepción directa de nuestros propios ojos".

La prueba indiciaria no se encuentra en la actividad que desarrolla el juez, sino en el instrumento que utiliza dicha actividad. A través de los indicios se infiere la existencia de otro hecho que es el que se busca probar. Debe aclararse que el indicio no es medio de prueba, más bien ofrece al juez

[20] De la Rosa Rodríguez, Paola, Breve estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, en Derecho en Libertad, p. 90. Dirección electrónica: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf.

[21] Breve estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, ob. Cit., p.91.

una orientación o una inclinación de la verdad de los hechos, por ello es considerado "objeto" de prueba puesto que son los hechos de los cuales se deducen los que interesan directamente[22].

Consideraciones finales

De toda esta revisión que peca de demasiado panorámica, se ha buscado brindar al lector aspectos generales y básicos de la prueba en el sistema procesal acusatorio, adversarial y oral que estamos implementando en México, sin duda alguna, reconocemos que el tema de suyo merecería un espacio y consideraciones mucho más amplias que estas breves líneas, sin embargo, nos excusamos en el sentido de que buscamos propiciar un acercamiento a este tema para que en un futuro comencemos a generar una reflexión más profunda sobre el mismo.

Como una muestra de la importancia de la prueba en el sistema acusatorio, no queremos dejar pasar la oportunidad de señalar, por ejemplo el tema de la *valoración de la prueba científica*, el cual ha abordado con inigualable maestría el Dr. Michele Truffo,[23] que seguramente va a ser motivo de varias reflexiones sobre el particular y que desde ya queremos participar a los estudiosos mexicanos interesados sobre el tema.

Finalmente, sólo nos queda considerar que, por nuestra parte, hemos pretendido marcar algunos de los aspectos que seguramente en otros momentos y espacios serán motivo de reflexión, análisis y consideraciones que merezcan mayor relevancia y atención de otros juristas, por nuestra parte, en la medida de nuestras posibilidades y capacidades así procuraremos hacerlo.

Bibliografía

AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, *La Prueba en el sistema Acusatorio en México (Prueba Ilícita; eficacia y Valoración)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

BLANCO SUÁREZ Rafael *et al*, *Litigación estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.

BYTELMAN, ANDRÉS y Mauricio Duche, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.

Módulo IV para Defensores Públicos, *La Prueba en el sistema penal acusatorio Colombiano*, USAID, Colombia.

[22] *Ibidem*, pp. 91, 92.

[23] Catedrático de Derecho Procesal de la Universita di Pavia. "La valoración de la prueba científica. Una perspectiva de Derecho comparado". Los interesados podrán ver su conferencia magistral al respecto en el siguiente link: https://www.youtube.com/watch?v=lzZOgjp0ajg.

OSTOS, José Martín, *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano, Lecturas complementarias, USAID, Colombia, 2003.

Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual general para operadores jurídicos, Serie Manual de formación para operadores jurídicos, USAID, Colombia, 2005.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Criterios jurisprudenciales

AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA EL DESECHAMIENTO DE PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Novena Época. Registro: 166512. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Septiembre de 2009. Materia(s): Penal. Tesis: IV.1o.P.46 P. Página: 3094.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ES INFUNDADO EL ARGUMENTO DE QUE AL TRATARSE DE AQUÉL, SEA MEDIANTE EL AMPARO INDIRECTO QUE DEBA ANALIZARSE EL DESECHAMIENTO O ADMISIÓN DE PRUEBAS, SI LAS REGLAS DE PROCEDENCIA DEL AMPARO SON LAS MISMAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).Época: Décima Época. Registro: 2000673. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: II.2o.P.9 P (10a.). Página: 1968.

PRUEBA DOCUMENTAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. FORMA EN QUE DEBE DESAHOGARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).Época: Décima Época. Registro: 160789. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3. Materia(s): Penal. Tesis: II.2o.P.274 P (9a.). Página: 1673.

PRUEBAS EN AUDIENCIA INTERMEDIA. EL HECHO DE QUE EL JUEZ DE JUICIO ORAL TENGA POR NO DESAHOGADAS LAS ADMITIDAS EN AQUELLA ETAPA POR EL JUZGADOR DE CONTROL, SIN TOMAR LAS MEDIDAS A SU ALCANCE PARA POSIBILITARLO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE DEFENSA QUE AMERITA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Época: Décima Época. Registro: 160785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3. Materia(s): Penal. Tesis: II.2o.P.270 P (9a.). Página: 1707.

PRUEBAS DOCUMENTALES EN LA AUDIENCIA INTERMEDIA. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LAS DESECHA O ADMITE ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, PUES NO CONSTITUYE UN ACTO DE EJECUCIÓN IRREPARABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO). Época: Décima Época. Registro: 2000637. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2. Materia(s): Común. Tesis: II.2o.P.10 P (10a.). Página: 1891.

PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Décima Época. Registro: 2002373. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2. Materia(s): Penal. Tesis: IV.1o.P.5 P (10a.). Página: 1522.

Sitios de internet

DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola, Breve estudio de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial, en Derecho en Libertad. Dirección electrónica: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no8/Breve_Estudio_de_la_Prueba_en_el_Sistema_Acusatorio_Adversarial.pdf.

TARUFFO, Michele, "La valoración de la prueba científica. Una perspectiva de Derecho comparado". Los interesados podrán ver su conferencia magistral al respecto en el siguiente link: https://www.youtube.com/watch?v=lzZOgjp0ajg.

Reforma constitucional en materia de derechos humanos y el control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad. Exposición de un caso práctico

Elena Ramos Arteaga[1]

Sumario: Introducción. I. Relación entre derechos humanos y el derecho penal. II. Los sistemas penales ante la protección de los derechos humanos. I.1. Principio pro homine. I.2.Principio de presuncion de inocencia. II. El intérprete último de los derechos humanos. III.Control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad en materia penal. III.1 Concepto de control difuso de la constitucionalidad. III.2 Concepto de control difuso de la convencionalidad. IV. La reforma constitucional al artículo 1º. IV.1 Relevancia de los articulos 1º, 8º y 25 de la convencion americana de derechos humanos o pacto de san josé de costa rica. V. El control de la convencionalidad en algunos casos del estado mexicano. V.1. Caso martin del campo. V.2. Caso jorge castañeda. V.3. Caso campo algodonero. V.4. Caso rosendo radilla pacheco. VI. Recomendaciones de la corte interamericana de derechos humanos. VII. Funciones del juez penal nacional en el control constitucionalidad/convencionalidad. VIII. Ejecucion del control difuso constitucional/convencionalidad en un caso practico en materia penal. IX. Conclusiones. X. Bibliografia.

Introducción

Es importante destacar que el Constitucionalismo en la actualidad, se avoca a la protección y eficacia de los derechos del hombre de forma universal, ante esta imperiosa necesidad, los Estados han expuesto sus sistemas constitucionales a la consideración internacional, lo que trae consigo la consolidación de los derechos humanos como factores esenciales a nivel Constitucional.

---

[1] Doctora en Derecho Penal por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestra en Ciencias Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Exjuez Penal de Primera Instancia, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Exprofesora del Instituto de Estudios Judiciales. Secretaria de Tribunal Unitario.

Lo anterior, ha propiciado que las voluntades soberanas de los Estados del mundo conformen Organizaciones Internacionales con el fin de generar un sistema jurídico común que proteja de manera efectiva los derechos humanos, establecidos en convenios, pactos, convenciones y tratados, conformándose un Derecho Internacional de Derechos Humanos, en donde existen instancias jurisdiccionales a efecto de analizar las controversias en que la autoridad vulnere esos derechos y como resultado de su intervención se anule esa trasgresión. Por ende, un Estado al suscribir un tratado internacional, debe hacer efectivo su contenido en todos los sectores de la sociedad, dirigiéndolos hacía las personas a quienes les beneficie de manera directa, tomando en cuenta la dignidad humana, como fundamento, en contra de la arbitrariedad de la autoridad.

I. Relación entre derechos humanos y el derecho penal

La tutela de los derechos humanos en materia penal, deben observarse desde dos vertientes, del acusado y la de la víctima. Por lo que se refiere a la víctima u ofendido, sus derechos se encuentran tutelados en el artículo 20 apartado C, de la Constitución que son recibir asesoría jurídica, coadyuvar con el Ministerio Público, el resguardo de su identidad, solicitar medidas cautelares para su protección, impugnar las resoluciones judiciales y que al imponerse las penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas del delito, dentro de la que se contempla la pena pecuniaria, como lo es la reparación del daño, ya sea material, moral o psicológico en favor de la víctima, con la finalidad de resarcir los daños causados por la conducta delictiva desplegada por el enjuiciado.

Respecto del acusado, en el artículo 20 apartado B, Constitucional, tiene por objeto la tutela de las formalidades esenciales del procedimiento vinculadas al principio de presunción de inocencia, a efecto de que se respeten los derechos del individuo durante la investigación y el proceso penal al comprobar la conducta delictiva desplegada por el individuo que atenta contra los bienes jurídicos de las personas (victimas, ofendidos o denunciantes), siendo considerados por la misma ley penal como los de mayor trascendencia para la sociedad, que conlleva a la imposición de las consecuencias jurídicas, en proporción al hecho cometido, el daño causado y las características peculiares del individuo, en observancia de las garantías judiciales y la protección judicial, al sustanciar los procedimientos que se llevan a cabo para determinar si el acusado ha cometido un delito y declarar su responsabilidad penal en la comisión de este, con total respeto a sus derechos humanos.

La materia penal es una rama del Derecho Público compleja, por lo que en la práctica, existe la posibilidad de que se vulneren los derechos y principios que tutelan los derechos de la víctima y el acusado, por lo que los órganos encargados de la Procuración y Administración de la Justicia deben atender a la trascendencia que tienen los derechos humanos al momento de poner en marcha la maquinaria jurídica.

1. Principio pro homine

Como se mencionó anteriormente, la magnitud de la reforma de los Derechos Humanos en el ámbito penal, al artículo 1º de nuestra Constitución, en su párrafo segundo, indica como deben tutelarse e interpretarse los derechos humanos, así se amplía la noción de los Derechos Humanos materializados en la Constitución a los Tratados Internacionales, es decir, ya no solo es el concepto que establece de los derechos humanos, si no que su concepto se complementa y amplia con lo dispuesto en los Instrumentos Internacionales, siempre que estén signados y ratificados por nuestro país.

En el mismo sentido, al plasmar en este artículo la "protección más amplia", obliga a la autoridad competente a interpretar axiológicamente las normas relativas a los derechos humanos, por lo que medularmente se encuentra implícito en este numeral, el principio *pro homine* que a decir del autor José Luis Caballero Ochoa este principio se ha vuelto "…un criterio definitorio del alcance efectivo del objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos al ordenamiento interno…"[2]; este principio privilegia a los tratados internacionales en la medida que protegen con mayor eficacia los derechos de las personas.

Actualmente, con dicha reforma se considera al principio *pro homine* de observancia obligatoria, ya que implica asegurar el mayor beneficio para la persona, por lo que siempre debe aplicarse la norma más amplia o mayormente protectora de los derechos humanos, por tanto los jueces nacionales deben confrontar las normas constitucionales e internacionales, así como la jurisprudencia originada por la Corte Interamericana e inaplicar la norma vulnerante, cuyo compromiso adquirió el Estado Mexicano para que de oficio e inmediatamente, ejerza el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, a efecto de que se permita a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familias el acceso a la justicia, y así reparar el daño causado por la autoridad responsable.

---

[2] Caballero Ochoa, José Luis. *La Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México.* México, Editorial Porrúa, 2009. Pág. 25

Se considera al principio *pro homine* como un elemento clave que determina, desde un punto de vista horizontal, la supremacía de la norma nacional o la internacional y su aplicabilidad.

2. Principio de presunción de inocencia

A partir de dicha reforma, la presunción de inocencia encuentra implícita en el artículo 20 Apartado B fracción I de la Constitución en la que prevé: "…A que se presuma su inocencia, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa…"

El principio de presunción de inocencia tiene un triple significado, como:

1. Derecho fundamental del individuo:
2. Regla de tratamiento del procesado durante la secuela del proceso; y
3. Regla de la valoración de la prueba;

Primeramente, el derecho a la presunción de inocencia a partir de la reforma ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental, por lo que ha dejado de considerarse un principio general del derecho, para erigirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de observancia obligatoria y aplicación inmediata.

Asimismo, la Corte Interamericana ha destacado la importancia del derecho a la presunción de inocencia, al señalarlo como fundamento de las garantías judiciales, por el que los individuos deben considerarse inocentes hasta que se acredite plenamente su culpabilidad, en el mismo sentido el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y asiste al acusado durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia que declare su culpabilidad, este derecho implica que al acusado no le corresponde demostrar que no ha cometido el delito que se le imputa, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa, es decir al Estado a través del órgano de acusación.

En segundo término, la presunción de inocencia, se considera como regla de tratamiento del procesado durante la secuela procesal, se traduce como un derecho fundamental para recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo y determina por ende, el derecho a que no se le apliquen las consecuencias jurídicas, luego entonces, nuestra Ley Suprema no permite condenas anticipadas, dada la trascendencia de una acusación penal, por el contrario, garantiza al procesado el respeto a sus derechos fundamentales a fin de que se lleve a cabo un juicio justo, la violación al principio de presunción de inocencia, como regla de trato, vulnera los derechos de defensa del acusado.

En tercer lugar, la presunción de inocencia como regla probatoria, es un derecho que establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las ca-

racterísticas que deben reunir los medios de prueba, para considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo encausado; en consecuencia no cualquier prueba se vincula a la presunción de inocencia, sino que esta debe practicarse de acuerdo a principios generales y de una determinada forma para cumplir con esa finalidad, por lo que las pruebas de cargo aportadas por el Ministerio Público, deben acreditar la existencia del delito y la plena responsabilidad del acusado, con el debido respeto a las garantías constitucionales del individuo. Así, este derecho entra en actividad en el momento anterior a la valoración de las pruebas, cuando el juzgador las examina y las considera válidamente como pruebas de cargo.

Asimismo, la presunción de inocencia como regla de valoración, se entiende como una norma que obliga a los jueces la absolución de los individuos, cuando durante el proceso, no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la plena responsabilidad penal de este, entendida de esta forma la presunción de inocencia, no aplica al procedimiento probatorio, sino al momento de la valoración de la prueba, como resultado de la actividad probatoria, para considerar que existen datos que constituyan prueba de cargo suficientes para enlazar la presunción de inocencia, al valorar el material probatorio, el juez debe tener la certeza de que estén desvirtuadas las hipótesis de inocencia que pueda alegar la defensa en el proceso y al mismo tiempo, anular la existencia de contraindicios que den lugar a una duda razonable sobre la culpabilidad sustentada por la parte acusadora, la valoración de la prueba es una facultad exclusiva de los tribunales ordinarios, pero los Tribunales de apelación y de amparo, deben examinar la actividad probatoria desarrollada en el proceso ante el juzgador, para determinar si dicha actividad tiene el valor jurídico necesario para contrarrestar el principio presunción de inocencia que solo ha de extenderse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial, ponga en riesgo la vigencia de este derecho fundamental apoyándose en una indebida valoración de la pruebas.

En esta tesitura, el principio de presunción de Inocencia se encuentra previsto en los artículos 14, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por el artículo 8º, apartado 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tienden a especificar que:

II. El intérprete último de los derechos humanos

En México, quienes han marcado las directrices de la ejecución del control difuso de la Convencionalidad en pro de los Derechos Humanos, son la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales del Poder Judicial Federal, que reconocen la primacía de este. El criterio emitido por el Cuarto Tribunal Colegiado

en Materia Administrativa del Primer Circuito, así lo afirma en la siguiente tesis jurisprudencial, en la cual menciona que:

> CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, **deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un «control de convencionalidad» entre las normas de derecho interno y la propia convención,** tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 505/2009. Rosalinda González Hernández. 21 de enero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Patricio Gonzále.Loyola Pérez. Secretario: Víctor Octavio Luna Escobedo. [3]

Este criterio, destaca la importancia de la Convención Americana de Derechos Humanos, otorgando a los jueces el ejercer el control de carácter difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, a efecto de que protejan los Derechos Humanos de los individuos, inaplicando aquellas normas que no se adecuen al texto de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Luego entonces, este criterio jurisprudencial interpreta y fortalece lo expuesto en el Artículo 1º de la Constitución, tornándose el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad de carácter obligatorio, al momento en que una norma vulnere los derechos humanos del individuo, se atenderá a lo dispuesto en la norma que más protección provea. Para el caso de que la Corte Interamericana condene al Estado Mexicano, por violaciones a derechos humanos, debe aplicarse la norma del Tratado, y no correspondería a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la interprete en última instancia, ya que tendrá que acatar dicho fallo, en virtud de que las sentencias condenatorias son cosa juzgada y su cumplimiento es obligatorio para el Estado Mexicano.

---

[3] **Registro No.** 165074, **Localización:** Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXXI, Marzo de 2010; Página: 2927; Tesis: I.4o.A.91 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común.

III. Control difuso de la constitucionalidad /convencionalidad en materia penal

En la actualidad, ha adquirido relevancia la variedad de culturas de los diversos Estados Americanos, en las que se tutelan los derechos humanos de los individuos de diferente forma, es por ello que a través del Derecho Internacional se han establecido los Tratados Internacionales protectores de derechos humanos en diversas materias, la incompatibilidad normativa genera un conflicto, que el juez nacional debe resolver, tomando en consideración las disposiciones Constitucionales, leyes secundarias y jurisprudencia, con la finalidad de confrontar e interpretar las normas internas y externas y ponderar cual de estas contienen una mayor protección de los derechos humanos de los gobernados, y en el caso concreto inaplicar la norma vulnerante.

En el caso de que la incompatibilidad se presente con un tratado internacional, se ejecutará el control de la Convencionalidad de normas en sede nacional, con el fin de inaplicar la norma vulnerante y aplicar la norma externa o convencional, que proteja mayormente al gobernado.

1. Concepto de control difuso de la constitucionalidad

A continuación, definiremos cada uno de estos relevantes tópicos, tomando en consideración algunas opiniones al respecto, así tenemos que el autor Andrés Gil Domínguez señala que "A partir del año 1994, en el marco del paradigma constitucional argentino, la supremacía constitucional se manifiesta mediante la combinación de una fuente interna (la Constitución argentina) y una fuente externa (los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria y derivada) en el campo de la regla del reconocimiento constitucional. Esto implica que existe una necesaria coexistencia de control de constitucionalidad con el control de la convencionalidad, por parte de los jueces nacionales a la hora de evaluar la validez formal y sustancial de una norma cuestionada, lo cual puede generar ampliaciones reforzantes del sistema de derechos, o bien, tensiones dirimentes entre ambos mecanismos". [4]

Una vez analizadas la anterior definición, coincidimos en que de la Ley Suprema emanan las normas secundarias, por tanto la Constitución es la norma suprema de todo ordenamiento y en el artículo 1º párrafo tercero, reconoce los derechos humanos que se encuentran tutelados en los tratados internacionales de los que es

[4] Gil Domínguez, Andrés, *El Control de Convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 2008, Pág. 63

parte, por lo que el control difuso de la Constitucionalidad se considera como el control que ejercen los jueces nacionales, en el ámbito de sus competencias.

Por lo anterior, los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, así como las Cortes Constitucionales internas, deben velar por un Estado de Derecho a través de procedimientos que subordinen los actos de autoridad y las leyes, a la supremacía constitucional, en la que se ha materializado la justicia constitucional, así como la jurisprudencia que contiene principios y valores de un sistema democrático, lo que asegura la protección de los derechos humanos de los individuos, por lo que el control de la Constitucionalidad, desde el punto de vista de valoración y decisión sobre los actos de autoridad sometidos a la potestad de un órgano de mayor jerarquía es el llamado control concentrado, y para el caso, que esa facultad valorativa se encuentre en diversos órganos jurisdiccionales respecto de un caso concreto del que tomen conocimiento, conforme a sus respetivas competencias, se estará frente al llamado control difuso.

Sin dejar de observar el bloque de constitucional que se encuentra integrado por las normas constitucionales, normas secundarias, la jurisprudencia y tratados internacionales de derechos humanos, necesarios para resolver un conflicto constitucional.

2. Concepto de control difuso de la convencionalidad

A efecto de definir este tópico se analizaron las opiniones de algunos autores, por lo que al respecto el Doctor Sergio García Ramírez considera que "El control de la convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o para la construcción y consolidación constituye un dato relevante de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traduce en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfic.jurídico. NÉSTOR SAGÜES ha dicho, con buen fundamento, que "la doctrina del "control de convencionalidad", bien instrumentada, puede ser herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana".[5]

[5] GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *El control judicial interno de convencionalidad* citado en el libro *El Control Difuso de la Convencionalidad,* Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y política S. C., FUNDAp, México, 2012. p. 214

Analizado lo anterior, se entiende que se debe hacer un examen de la confrontación normativa, como técnica que conlleva al control que hace efectiva la primacía de la Convención Americana, por tanto el control difuso de la convencionalidad, se define como el mecanismo que deben de ejercer los jueces nacionales, en ámbito de su competencia, en sede interna, haciendo una confrontación y ponderación entre la norma interna o constitucional y las que de esta emanen y la externa o Internacional y determinar cual de estas protege con mayor amplitud los derechos humanos de los individuos y para el caso de considerarse aplicable la norma externa, se debe ejercer el control difuso de la Convencionalidad y declarando inaplicable la norma constitucional con la finalidad de que exista un orden jurídico internacional en materia de derechos humanos, el control de la convencionalidad será concentrado, en sede internacional y se hará por la Corte Interamericana, en tanto que el control difuso o control disperso de las leyes, se debe ejecutar por los jueces nacionales en sede interna, en un caso concreto, tomando una decisión que proteja ampliamente los derechos de los individuos, sin dejar de analizar el bloque de convencionalidad que se encuentra constituido por los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia que emana de las resoluciones de la Corte Interamericana.

IV. La reforma constitucional al artículo 1º

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sido reformada en diversos artículos, considerándose de gran trascendencia la reforma al artículo 1º publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de junio de 2011, que en lo conducente señala:

> Articulo 1º. (…)
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad **con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.** (…)”.[6]

Resulta relevante mencionar que en el párrafo primero se establece que todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo cual trajo como consecuencia la obligación de prevenir, investigar, sancionar, así como reparar los daños causados por las violaciones a los derechos humanos de los gobernados; al ejercer el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad,

[6] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial SEGOB, Edición, México 2011. Pág. 15.

esta reforma constitucional ha dado gran efecto amplificador de los Derechos Humanos establecidos en los Tratados Internacionales, por lo que debe interpretarse que actualmente existe un mayor reconocimiento y protección de los derechos humanos del individuo, en el ámbito nacional e Internacional, por lo que las autoridades están obligadas a su legal cumplimiento.

1. Relevancia de los articulos 1º, 8º y 25 de la convención americana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica

Por lo que respecta a la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica, es uno de los Tratados más trascendentes y que fue suscrito por los diversos Estados parte, el día 22 de noviembre de 1969, en la Ciudad de San José de Costa Rica, entrando en vigor el día 18 de julio de 1978, y para el Estado Mexicano a partir del día 24 de marzo de 1981.

La Convención Americana de Derechos Humanos se considera como un conjunto de normas jurídicas de diversas disciplinas, que genera obligaciones internacionales para los Estados Parte, tal y como lo indica en el artículo 1º de dicha Convención que a la letra señala:

"**Artículo 1º.. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS**.

"Los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

En el artículo transcrito establece la obligación de velar y proteger los derechos de los gobernados en cumplimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos."[7]

Asimismo existen dos normas medulares en la Convención Americana de los Derechos Humanos de observancia obligatoria, en el caso, en los asuntos penales que son el 8º y 25º, que se interpretan de forma armónica y vinculatoria a la subsidiaridad del sistema interamericano de los derechos humanos y con la obligación de que los jueces de los Estados Parte deben respetar y garantizar su ejercicio en aras del debido proceso, dichos artículos a la letra señalan:

Artículo 8º. GARANTIAS JUDICIALES.

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, esta-

[7] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita el día 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Pág. 2

blecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
(…).” [8]

Artículo 25º. PROTECCION JUDICIAL.

1.Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. (…)” [9]

Los artículos transcritos regulan las garantías judiciales y de protección judicial, estos dispositivos garantizan la defensa adecuada y debido proceso, que son derechos de los gobernados para acceder a la justicia dentro del marco legal de las obligaciones asumidas por el Estado Mexicano, por lo que se debe respetar y garantizar la protección de todos sus derechos, que se debe cumplir obligatoriamente en cualquier proceso, especialmente por los que se refiere a la materia penal, que es la que se trata en este caso.

El artículo 8º de la Convención Americana, tiene como rubro las Garantías Judiciales y contiene los derechos que se deben de respetar y ejercer durante el procedimiento judicial penal, es por ello que este artículo garantiza el debido proceso, y el cumplimiento de una adecuada defensa ante una autoridad judicial, que resulta vinculante armónicamente con la protección judicial a que se refiere el artículo 25º de dicha Convención Americana de Derechos Humanos, ambos artículos aseguran el derecho de acceso a la justicia.

El debido proceso es fundamental para lograr el acceso a la justicia de todos los individuos, las deficiencias de este en materia penal se combaten con recursos judiciales ordinarios y en su caso extraordinarios, si se produjeran nuevas violaciones, es procedente la aplicación del artículo 25º respecto de la preservación de los derechos contenidos en dicha Convención.

El debido proceso se considera de naturaleza adjetiva o procesal que debe aplicarse a toda actividad judicial, ya que deriva de la garantía de defensa que se consagra, en nuestra Constitución en el artículo 20 apartado B, que aún cuando se puede considerar aplicable solo en materia penal, dicha garantía puede exten-

[8] Op. Cit. Pág. 4
[9] Ibidem. Pág. 9

derse a cualquier procedimiento de cualquier materia, en los aspectos conducentes, con la finalidad de que se dicten sentencias justas.

V. El control de la convencionalidad en algunos casos del Estado mexicano

A continuación, se analizan brevemente algunos casos en que el Estado Mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo por lo que se refiere a las violaciones a los derechos humanos vulnerados a los demandantes y la condena impuesta.

1. Caso Martin del Campo

El Estado Mexicano fue demandado por Alfonso Martín del Campo Dodd, en septiembre de 2004, en el que el denunciante agotó todas las instancias jurisdiccionales, comprendiendo el juicio amparo, declarándose procedente lo argumentado, ya que había operado la figura de la prescripción, como causa de extinción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que no era procedente entrar al fondo del asunto, ni imponer condena alguna al Estado Mexicano, siendo evidente que se vulneraron en perjuicio del demandante los derechos humanos previstos en los artículos 8º y 25º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, antes señalados.

2. Caso Jorge Castañeda

El Estado Mexicano fue demandado por el Licenciado Jorge Castañeda en el año de 2006, en virtud de que éste intentó registrarse como candidato independiente a la Presidencia de la República, en el Instituto Federal Electoral, lo cual le fue negado, por lo que impugnó la inconstitucionalidad del Código Electoral, así como el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, pues no establecían que las candidaturas debían realizarse por medio de los partidos políticos, interpuso el juicio de amparo correspondiente, negándosele, argumentando la autoridad que existía una causal de improcedencia, determinación que fue revisada por la Suprema Corte de Justicia y concluyó que el amparo no era la vía idónea para resolver dicha situación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este caso, al vulnerar el artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, condenó al Estado Mexicano ante la violación al derecho de protección judicial, ya que no hubo un mecanismo, ni órgano jurisdiccional que conociera y resolviera el fondo de la

inconstitucionalidad planteada por el demandante, por lo que la Corte Interamericana, por primera vez condenó al Estado Mexicano a pagar al demandante la cantidad de $7,000.00 dólares, por concepto de costas, pero sin que se condenara a la modificación de la legislación secundaria.

Resulta importante señalar que respecto de este tema, el Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor opina que "…el 13 de Noviembre de 2007 hubo una reforma constitucional para permitir al Tribunal Suprema Corte de Justicia que lo había prohibido al resolver las dos famosas contradicciones de tesis entre la Sala Superior del Tribunal Electoral y la clásica jurisprudencia sobre la materia de la Corte. En el Caso Castañeda, la Corte Interamericana realizó, sin decirlo, un "Control de Convencionalidad" de la "jurisprudencia constitucional" de nuestro más Alto Tribunal, al desautorizar la jurisprudencia que en aquel el momento había y no permitía al Tribunal Electoral realizar el control difuso respecto de leyes electorales."[10]

De lo anteriormente señalado, se advierte que en el Caso Castañeda se resolvió en sede internacional, ya que el Estado Mexicano vulneró el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se refiere a la violación al derecho de protección judicial.

3. Caso Campo Algodonero

Igualmente, el Estado Mexicano fue denunciado por diversas omisiones en las investigaciones efectuadas por las autoridades, así como por la denegación de justicia, en el asunto de los denominados feminicidios de Ciudad Juárez, que se refiere al caso de tres mujeres víctimas de homicidio, de edades de 15, 17 y 20 años de edad, que fueron encontradas en el mes de septiembre de 2001, sus cuerpos estaban destrozados y con signos de violencia sexual. En el año de 2009, la Corte Interamericana consideró que se vulneraron diversos derechos previstos en la Convención Americana en los artículos 4º, 5º, 7º, 8º.1, y 25º, que son el derecho a la vida, a la integridad y libertad personal, así como a las garantías judiciales; asimismo la vulneración del artículo 7º de la Convención de Belem Do Pará, en relación al deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

4. Caso Rosendo Radilla Pacheco

Trata de la desaparición forzada de persona del mencionado Rosendo Radilla, ocurrido el día 24 de agosto de 1974, cuando éste se trasladaba a su domicilio en

---

[10] Ferrer Mac Gregor, Eduardo, citado en el libro *Memorias XX Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2010*, Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Primera edición 2010, México D. F., Pág. 33.

la Ciudad de Chilpancingo, acompañado de su hijo, en un retén militar fue detenido y no se tuvo alguna noticia de él. En el año de 1992, su hija Andrea Radilla Martínez presentó denuncia ante el Ministerio Público Federal, sin resultados positivos, en consecuencia denunció los hechos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, que emitió una recomendación trascendente, creándose la Fiscalía Especial para los casos de desaparición forzada de personas, se detuvo a un Teniente Coronel de Infantería, como responsable del delito de privación de la libertad en su modalidad de plagio y secuestro, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2001 condenó al Estado Mexicano, al vulnerarse el artículo 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, así como el debido proceso.

En la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró al delito de desaparición forzada de personas como permanente; se precisó que en los asuntos que intervenga un militar, será de competencia militar, declarando la inconvencionalidad, toda vez que el artículo 57 del Código de Justicia Militar contraviene la Convención Americana; asimismo se condenó la Estado Mexicano a la modificación del artículo 215 A del Código Penal Federal, a efecto de que se tipifique dicho delito conforme a los Tratados Internacionales, igualmente, se estableció que el control de convencionalidad en sede interna o control difuso de la convencionalidad, obliga a todos los jueces nacionales a ejercer este control, en el ámbito de sus competencias, como integrantes de un Estado que ha ratificado los tratados internacionales, asimismo condenó al Estado Mexicano a investigar el asunto, buscar y localizar a la víctima o sus restos, realizar las reformas legislativas procedentes, implementar la investigación de la jurisprudencia de la protección de derechos humanos, la publicación de la sentencia en el Diario Oficial de la Federación o diario de mayor circulación, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado Mexicano, atención psicológica a los familiares, indemnización por daños materiales e inmateriales, y el pago de costas y gastos del juicio, todo ello al vulnerar el debido proceso y el acceso a la justicia, sentencia que fue cumplida parcialmente por el Estado Mexicano.

Se ha considerado al Caso Rosendo Radilla como el de mayor trascendencia, ya que la sentencia pronunciada propició la reforma a diversos ordenamientos y a ejercer el control de la convencionalidad por los jueces nacionales, que son ahora los primeros interpretes de la normatividad nacional e internacional, en sus respectivos ámbitos de competencia, desde esta perspectiva el caso Rosendo Radilla arroja una valiosa aportación al cumplimiento de las obligaciones que adquieren los Estados parte.

Se concluye de los casos expuestos, que los jueces nacionales están obligados a velar por los derechos humanos y a ejercer el control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad, de acuerdo al caso concreto.

VI. Recomendaciones de la corte interamericana de derechos humanos

Al respecto, se advierte, que las decisiones de la Corte Interamericana y la jurisprudencia, tienen como finalidad promover la tutela efectiva del Estado Mexicano de los derechos humanos, para lograrlo primeramente la Comisión Interamericana analiza e investiga las denuncias presentadas por los afectados en contra del Estado parte, así como interpreta las normas aplicables y determina si son considerados como violatorias de la Convención Americana y para el caso de que sean procedentes, pasarán para conocimiento de la Corte Interamericana que formulará las recomendaciones que el Estado parte debe acatar, tales recomendaciones alcanzan un deber moral y de buena fe (*Pacta Sunt Servanda*), para que este haga todo lo necesario para que se cumplan dichas recomendaciones obligatoriamente, acorde a las disposiciones de los Tratados Internacionales.

La Comisión Interamericana, de conformidad con el artículo 33 de la Convención, se encarga de vigilar que se de debido cumplimiento a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a las obligaciones contraídas por los Estados parte, lo que implica que al ratificar dicha Convención, los Estados se obligan a cumplir las recomendaciones de acuerdo al principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena.

No obstante lo anterior, aún cuando tales recomendaciones son de cumplimiento obligatorio, es una potestad del Estado el cumplimiento que se hace a la sentencia o condena, pero bajo la advertencia que de mantener esa situación podrá ser denunciado ante la Corte Interamericana, fincándose la responsabilidad correspondiente. Tratándose de sentencias de jurisdicción supranacional que constituyen cosa juzgada, debe darse cumplimiento inmediato y obligatorio para el Estado parte.

En relación a este tema a disposición expresa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en el siguiente criterio jurisprudencial que:

> "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.SON VINCULATES EN SUS TERMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN SU LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte de una controversia o litigio ante esta jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión e la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competencia para analizar, revisar, calificar o decidir, si una sentencia dictada por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencia constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias como parte de un litigio concreto, siendo vinculante para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella"[11]

De conformidad con lo anterior, las condenas impuestas por la Corte Interamericana no pueden obstruirse por determinaciones internas del Estado demandado, pues se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados parte se han obligado a respetar, por tanto la reparación a las violaciones a los derechos humanos debe satisfacer a la víctima y su familia y restablecer el orden jurídico.

VII. Funciones del juez penal nacional en el control constitucionalidad/convencionalidad

A partir de la reforma al artículo 1º. Constitucional, de origen interno, surge a la vida jurídica la obligatoriedad de la observancia de los tratados internacionales, de origen externo, dicha reforma implica la coexistencia del control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales, debiendo imponer la norma exactamente aplicable al caso concreto y para su legal aplicación previamente debe confrontarse, analizarse y contrastarse el ordenamiento interno y el externo, y en el caos de existir contradicciones entre ambos, y en el caso concreto aplicar la norma de mayor amplitud garantista para el gobernado, de acuerdo al principio *pro homine*, pero cuando todos los derechos ostentan igual jerarquía normativa, se debe ponderar a través de la hermenéutica jurídica y la axiología, cual de las normas tiene mayor amplitud protectora de los derechos humanos del imputado, tomando en consideración las circunstancias fácticas del caso concreto, atendiendo al principio de proporcionalidad o equilibrio de intereses y por supuesto evitando una situación de impunidad.

En relación con lo anterior, el autor Eduardo Ferrer Mc Gregor, respecto de las funciones de los juzgadores, señala que: "En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la

[11] Tesis P. LXV/2011, Novena Época, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre 2011, Pág. 556

norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la "interpretación" de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación armónica más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del *Pacto de San José* y ahora también en el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, a contrario sensu, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando pueda lograrse interpretación constitucional y convencional posible, los jueces deberán desaplicar la norma nacional o declarar su invalidez, según la competencia que la Constitución y las leyes nacionales otorguen a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del Control Difuso de Convencionalidad".[12]

Tomando en consideración que el Estado Mexicano firmó y ratificó su adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos, los jueces penales nacionales están obligados a interpretar el derecho y libertades de los individuos a efecto de que no se vulneren los derechos consagrados en dicha Convención, ni se disminuyan ni se anulen por la aplicación de otras leyes que contravengan estas disposiciones, es decir que los juzgadores deben aplicar el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, oficiosa e inmediatamente cuando exista contravención entre las normas de origen interno y los Derechos que consagra dicha Convención, considerando los presupuestos sustantivos y adjetivos, para que exista una obligatoriedad entre los actos internos y la responsabilidad internacional contraída por el Estado que origina la protección de los derechos de los individuos.

Actualmente, todos los jueces tanto locales como federales, tienen dentro de sus funciones primordiales la obligación de ejercer el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, que exige la observancia del Pacto de San José, así como los demás instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de los Derechos Humanos dándole valor y aplicabilidad a la jurisprudencia convencional, por tanto este control difuso debe ejercerse *ex officio* u obligatorio para todos los jueces en el ámbito de sus respectivas competencias en los asuntos sometidos a su conocimiento.

---

[12] FERRER MAC GREGOR, EDUARDO "Control Difuso de Convencionalidad", citado en la obra "El Control Difuso de la Convencionalidad", Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y política S. C., FUNDAp, México, 2012, Pág. 163

Resulta oportuno citar al autor Eduardo Ferrer Mac Gregor, que al respecto señala que: "De esta manera, "el Control Difuso de la Convencionalidad" implica que todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, con la CADH, sus protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un "bloque de convencionalidad."[13]

De acuerdo con el artículo 1º. Constitucional el juez penal nacional, en el ámbito de su competencia, dentro de sus funciones, es ahora protector de los derechos humanos de los individuos, tanto en el ámbito interno como en el externo, es decir de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, a través del control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, cuyos objetivos consisten, para el primero, en reafirmar la supremacía de la Constitución y el segundo la de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En un sentido hermenéutico jurídico, debe interpretarse el control difuso de la convencionalidad cuando el juez penal de oficio tiene la obligación de ponderar la incompatibilidad entre la norma interna, ya sea constitucional o secundaria, confrontadas con las normas de los Tratados sobre Derechos Humanos, con la finalidad de analizar que no existan contradicciones entre estas, y en el caso, imponer la norma exactamente aplicable al caso, pues de lo contrario se vulnerarían los derechos humanos del individuo y como consecuencia generaría responsabilidad internacional para el Estado Mexicano.

Cuando exista contraposición entre la norma interna es decir constitucional o las que emanen de esta y la norma externa o internacional y la primera vulnere la efectiva defensa de los derechos humanos del individuo, el juzgador debe atender a los principios *pro homine* y de subsidiaridad y aplicar la norma internacional que tenga mayor amplitud protectora de los derechos humanos.

Es oportuno citar al autor Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor quién, al respecto señala que "De este modo nos encontramos en un proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y una manera probablemente eficaz para lograrlo sea la nueva doctrina del "control de la convencionalidad", para lograr ahora la fuerza normativa del texto convencional donde se hace necesario que nuestros jueces interpreten la Constitución y legislación secundaria conforme a los tratados internacionales y la jurisprudencia con-

[13] Op. Cit. Pág.161

vencional. En definitiva, estamos transitando de un "control de convencionalidad", sin olvidar que ambos buscan lograr la eficaz tutela de los derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional. Este es, sin lugar a dudas, uno de los principales restos y desafíos que en los próximos años enfrentarán los jueces mexicanos, incluidos los jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:" [14]

Es evidente que la finalidad del control difuso de la Convencionalidad, es la de crear un orden jurídico internacional de mayor protección de los derechos humanos a través del *ius commune* interamericano en materia de derechos humanos, de igual valor universal para todos los individuos, que debe ejercerse por el juez nacional, convirtiéndose en un órgano verdaderamente justo, independiente, renovado, con potestad decisoria y proteccionista de los derechos fundamentales del individuo, para así evitar llegar a otras instancias, incluso internacionales.

VIII. Ejecucion del control de la constitucional/convencionalidad en un caso practico en materia penal

Los juzgadores nacionales en materia penal, están obligados a interpretar, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de los individuos a efecto de que no se vulneren, es decir que los juzgadores deben ejecutar el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad oficiosamente realizando la confrontación, análisis y ponderación entre las normas de origen interno y las que consagra la Convención Americana, de origen externo, asimismo analizando los presupuestos sustantivos y adjetivos que pudieran vulnerar los derechos humanos de los gobernados, en consecuencia el juez nacional, ya sea del fuero común o federal, están obligados a implementar en uso de sus facultades y de su arbitrio judicial, la ejecución del control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, según el caso, por lo que en este apartado, a criterio personal, se presenta un caso práctico como guía de como debe ejercerse, pues se ha observado que en algunas legislaciones sustantivas, por ejemplo en el Código Penal del Estado de México, así como en el Código Penal Federal, se continúa contemplando como Medidas de Seguridad la Amonestación, la Reincidencia, la Publicación Especial de Sentencias, entre otras.

Primeramente se advierte que existe confusión entre la conceptualización de penas y mediadas de seguridad, pues por lo que se refiere a las penas Hans Welzel, las define como "un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable."[15]

[14] Op. Cit., Pág. 43.

[15] Welzel, Hans "Derecho Penal", trad. Eduardo Friker, Depalma, Buenos Aires, 1956,Pág.362

En tanto que para Reinhart Maurach, la pena es "un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del derecho."[16]

De los conceptos transcritos consideramos que la pena es una condena particular, concreta y temporal, que se impone a quién ha desplegado una conducta en contra del ordenamiento jurídico.

En relación a las medidas de seguridad, el autor Franz Von Liszt, las define como "todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminación de los inadaptables a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto".[17]

En tanto que Francesco Antolisei, las define como "ciertos medios orientadores a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su adaptación o curación, según la necesidad de una u otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar"[18]

De lo anterior, debe precisarse, que aún y cuando las medidas de seguridad se encuentran dentro del catálogo de Penas y Medidas de Seguridad, estas no deben confundirse con las penas, pues el fin de la imposición de cada una es distinta, ya que en el caso de la imposición de una pena actualmente tiene como finalidad la reiserción social del gobernado, en tanto que la Medida de Seguridad tiene la finalidad de prevenir el delito y podrá imponerse adicionalmente a la pena o con independencia de ésta.

Para el Control de la Convencionalidad/Constitucionalidad, de acuerdo con la Jurisprudencia originada por el Tribunal en Pleno, se deberán realizar los siguientes pasos:

" *a)* Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país.al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexican., deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley

---

16 MAURACH, REINHART, "Tratado de Derecho Penal", trad. Luis Jiménez de Azúa, Ariel Barcelona, 1962, Pág.79.

17 VON LISZT, FRANS, "Tratado de Derecho Penal", trad. Quintiliano Saldaña, Tercera Edición, Madrid, España, Pág.197

18 ANTOLISEI, FRANCESCO**,** "Manual de Derecho Penal", Parte General, Editorial Uthea, Buenos Aires,1960, Pág. 559

acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos;

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles."[19]

En la práctica, para ejercer el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, se deben seguir los pasos señalados supra, en sede interna, no es necesario abrir un expedientillo por cuerda separada, pues al dictar la sentencia correspondiente, en el Considerando de la Individualización de la pena, se debe señalar que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de ejercer el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

> "Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." [20]

Asimismo, como fundamento se debe hacer referencia al artículo 1° tercer párrafo, Constitucional reformado que en lo conducente señala:

> "…**Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos** de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en términos que establezca la ley…." [21]

Se debe exponer una debida fundamentación y motivación y hacer referencia a la norma de mayor amplitud protectora de derechos humanos, tomando en consideración lo señalado por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que al resolver el expediente VARIOS 912/2010, (Caso Radilla), emitió un criterio orientador del control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad que deben observar los jueces en el ámbito de su competencia, que en lo conducente señala:

---

[19] Registro 160525. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once."

[20] *Op. Cit.* Pág. 219

[21] *Ibidem.* Pág. 15

"…27. De este modo, las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

28. Estos mandatos contenidos en el nuevo artículo 1° constitucional, deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar el marco dentro del que debe realizarse este control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.

29. Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esa presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. . ."[22]

En relación a lo antes transcrito, se debe mencionar que el Pleno de nuestro Máximo Tribunal, ha emitido diversos criterios jurisprudenciales, que deben observar los órganos jurisdiccionales, a efecto de que estén en condiciones de aplicar el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, según el caso concreto, dichos criterios son las siguientes:

[22] Resolución dictada por el Tribunal en Pleno en el expediente Varios 912/2010, publicado en el diario Oficial de la Federación de fecha 4 de octubre de 2011

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.[23]

"PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos**, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país.al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexican., deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los**

[23] Registro 160589. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó con el número LXVII/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once."

jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.[24]

"Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano**.** Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.[25]

De las anteriores transcripciones, se evidencia que se han creado nuevos criterios jurisprudenciales que a la vez son explicativos, orientadores y de observancia obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 197, de la Ley de Amparo, respecto de la modificación de la jurisprudencia, en el que se dispone que:

---

[24] Registro 160525. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once."

[25] Registro 160480. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once."

"CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: «CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.» Y «CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN". [26]

Asimismo, en la práctica, en forma ejemplificativa que se debe realizar en el considerando de la individualizar la pena, se debe hacer referencia a que la Amonestación prevista en el artículo 55 del Código Penal para el Estado de México (ley secundaria), se considera como inaplicable por tratarse de una norma que esta en contraposición con lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así tenemos que:

El artículo 55 del Código Penal del Estado de México a la letra señala:

"Artículo 55. La amonestación consiste en la advertencia que el órgano jurisdiccional hace al inculpado, **explicándole las consecuencias del delito que cometió, excitándole a la enmienda y previniéndole de las penas que se imponen a los reincidentes. La amonestación se hará en privado o públicamente a juicio del juez, y se impondrá en toda sentencia condenatoria."**[27]

De la ponderación del contenido del artículo transcrito, se advierte que la Amonestación consiste en la advertencia, pública o privada, que hace el órgano jurisdiccional al sentenciado, previniéndolo de que en el caso de que reincida, las penas que se le impongan serán más severas.

Tomando en cuenta que la Amonestación es acorde a un Derecho Penal de Autor y no de Acto, la advertencia de lo que vaya a hacer, implícita en dicha medida, resulta estigmatizante, pues al amonestar al sentenciado en audiencia especial pública o privada, se le está señalando subjetivamente como un delincuente que al cometer un nuevo delito, será tratado y sancionado como delincuente reincidente, y en el caso de cometer otro posible delito, empeorará su situación jurídica en un futuro incierto, lo que vulnera la dignidad humana de la persona, causándole deshonra, que trasciende en su ámbito individual, familiar, laboral, en su comunidad y en la sociedad.

---

[26] Registro 2000008. El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número I/2011 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de noviembre de dos mil once."

[27] Código Penal para el Estado de México, Editorial Sista S. A. de C. V., México 2012, p. 56

La Amonestación es una medida de seguridad, y no una pena, pues analizado el artículo 22 Constitucional, se advierte que señala:

> "Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes o cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y la bien jurídico afectado". [28]

De lo anterior, se observa que el artículo transcrito, hace referencia a las penas inusitadas y trascendentes, pero no se menciona alguna de las medidas de seguridad, por lo que no se debe confundir la naturaleza y fin de cada una de estas. Una vez que se han confrontado la norma interna, en el caso concreto la imposición de la amonestación, y advertir que se encuentra en franca contraposición con la norma externa, por tanto vulnera la dignidad del individuo en su núcleo familiar y social, por lo tanto, el contenido del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es mayormente protector de los derechos humanos del sentenciado, que a la letra señala:

> **"Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad**.
>
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra y reputación.
>
> 3. Toda persona tiene a derecho a su protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".[29]

En el ámbito jurídico, cada uno de los Estados de la República Mexicana, tienen sus propias leyes que tutelan los bienes jurídicos, observándose que en el Distrito Federal y el Estado de Chiapas, en los Códigos Penales respectivos, se ha suprimido la Amonestación en su catálogo de penas y medidas de seguridad, lo que garantiza la protección de los derechos humanos de los gobernados, lo anterior tomando en consideración, el siguiente criterio jurisprudencial:

> "AMONESTACIÓN. SI SE SUPRIMIÓ COMO SANCIÓN DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CHIAPAS VIGENTE A PARTIR DEL 14 DE MAYO DE 2007, ES IMPROCEDENTE SU APLICACIÓN, NO OBSTANTE QUE EN EL CÓDIGO PROCESAL DE LA ENTIDAD

[28] Op. Cit. Pág.43.

[29] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en san José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos. P. 5

SUBSISTA SU REGULACIÓN. De conformidad con el Código Penal para el Estado de Chiapas, publicado en el Periódico Oficial de la entidad e l catorce de marzo de dos mil siete y vigente a partir del catorce de mayo siguiente en términos de su artículo primero transitorio, al haberse suprimido la amonestación como pena, es evidente que ya no procede su aplicación, aun cuando el numeral 545 del Código de Procedimientos Penales para el Estado disponga que en toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para evitar su reincidencia; lo anterior es así, toda vez que si en la nueva legislación penal sustantiva, específicamente en el capítulo I del título tercero, relativo a las penas y medidas de seguridad, así como en el diverso capítulo IV referente a su aplicación, no se contempla la amonestación que establecían los normativos 16, fracción IX y 40 del Código Penal abrogado, resulta inconcuso que carece de objeto tal diligencia." [30]

"AMONESTACIÓN. IMPROCEDENCIA DE SU IMPOSICIÓN CONFORME AL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. De conformidad con el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (vigente a partir del 13 de noviembre de 2002), al haberse suprimido la amonestación como pena, es evidente que no procede su aplicación, ello a pesar de que el numeral 577 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal disponga que: «En toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para que no reincida, advirtiéndole las sanciones a que se expone, y de ello se extenderá diligencia, pero sin que la falta de ésta obste para hacer efectivas las sanciones de la reincidencia y la de la habitualidad.», dado que si en la nueva legislación penal sustantiva el apartado relativo a la reincidencia y habitualidad, así como la aplicación de sanciones en caso de reincidencia, que establecían los preceptos 20 y 65 del Código Penal abrogado, no se contemplan, es evidente que carece de objeto tal diligencia." [31]

En los criterios jurisprudenciales citados, se advierte una marcada confusión entre la naturaleza de las penas y medidas de seguridad, como se ha señalado supra, por lo que solo debe tomarse en consideración, el razonamiento vinculado a la medida de seguridad y no como pena.

En la resolución se debe continuar motivando jurídicamente, que la norma externa tutela el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad de la persona, incluso se amplifica su protección hacia su núcleo familiar, por lo que una vez que se han ponderado y contrastado la norma interna y la externa, y en el caso concreto se debe ejercer el control difuso de la Convencionalidad en sede interna, en observancia a la mayor protección de los derechos humanos del sentenciado, en atención al principio *pro homine*, al resultar la imposición de dicha

[30] Registro 167800. Amparo directo 349/2008. 19 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Jorge Alberto Camacho Pérez."

[31] Registro 184542. Amparo directo 389/2003. 14 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano."

medida de seguridad contraria a lo dispuesto por la Convención Americana y asimismo se debe declarar que es inaplicable la norma interna que prevé la Amonestación.

Así, los criterios jurisdiccionales citados se observaran de forma secuencial, y las sentencias que se dicten se deben fundar y motivar debidamente, lo que implica reiterar estos criterios jurisdiccionales, en atención a la obligatoriedad de observar los tratados internacionales que exige el artículo 1º. Constitucional a los jueces nacionales en el ámbito de su competencia.

También, resulta procedente la aplicación del control difuso de la Convencionalidad en los casos de las Medidas de Seguridad, de la Reincidencia, la Publicación de Sentencia, entre otras, que atentan contra dignidad humana, y se encuentran previstas en el catálogo de Penas y Medias de Seguridad en los Código Penales de los Estados, y su supresión es una propuesta legislativa que debe tomarse en consideración, por las razones a las que se ha hecho referencia, acordes al caso concreto, en observancia al marco jurídico de derecho nacional e internacional.

Finalmente, se debe reiterar que los órganos del poder judicial de los Estados parte están obligados a ejercer el control difuso de la Constitucional/Convencionalidad de oficio tomados en su conjunto, por lo que se refiere a los ordenamientos jurídicos nacional e internacional se encuentren en constante interacción en el dominio de la mayor protección de la dignidad de la persona, que trasciende al ámbito internacional.

IX. Conclusiones

1. La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, de fecha 10 de junio de 2011, resulta medular en la evolución en el Estado Mexicano en esta materia, ya que al suscribir tratados internacionales, amplifica los Derechos Humanos que tutela la Constitución, por lo que se debe hacer efectivo su contenido en todos los sectores de la sociedad, dirigiéndolos hacía las personas a quienes les beneficien de manera directa, pues al violentarse tales derechos se trasgrede lo más esencial del ser humano que es la dignidad humana para su convivencia en sociedad y es por eso que su protección y defensa deben tutelarse por el Estado Mexicano.

2. Para el caso que se encuentren en franca contradicción las normas Constitucionales y leyes secundarias (internas) con las normas de los Tratados Internacionales (externas), de oficio, el juez nacional debe ejercer el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, por lo que hará una interpretación hermenéutica y axiológica de estas y aplicará la norma que brinde mayor protección de los derechos humanos a la persona, declarando inaplicable la norma vulnerante.

3. En la actualidad, nuestra cultura jurídica debe armonizar con la realidad internacional, por lo que se ha dotado de primacía a la Constitución y los Tratados Internacionales, en un plano horizontal, en materia de Derechos Humanos, propiciando un nuevo orden interno, en donde prevalece como eje rector el principio *pro homine* como factor superior determinante de la aplicación de la norma mayormente protectora de los derechos humanos.

4. El hecho de que el Estado Mexicano se adhiera a algún tratado internacional en materia de derechos humanos, no implica que pierda su soberanía, pues su concepción está en permanente actualización, por lo que se compromete a respetar los derechos y libertades de los individuos, así como garantizar su libre y pleno ejercicio, dentro de un marco legal establecido en estos.

5. En los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se reglamentan los compromisos contraídos por los Estados parte, se destaca la trascendencia de las resoluciones judiciales emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el impacto que tiene el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad en sede interna, que tiene como finalidad promover la tutela efectiva de los derechos humanos por el Estado Mexicano.

6. Cuando el Estado parte cumple con las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se materializa la eficacia al sistema de protección internacional, por tanto deben cumplirse los lineamientos internacionales a través de respeto y buena fe.

7. Las resoluciones emitidas por los jueces nacionales deben elaborarse atendiendo a las normas constitucionales en armonía con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, con la mejor técnica jurídica, ejerciendo el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, por lo que debe identificar e interpretar la contravención de las normas y su jerarquía, para aplicar la norma mayormente protectora de derechos humanos, convirtiéndose el juez nacional en un órgano verdaderamente justo, independiente, renovado, con potestad decisoria y proteccionista de los derechos fundamentales del individuo.

8. Se ha demostrado que existe interrelación entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, es decir, los Estados parte al adherirse y suscribir los Instrumentos Internacionales amplifican los derechos humanos y a la vez crean sistemas de protección de estos, tanto por cada Estado así como internacionalmente, con el fin común de que los tratados internacionales se apliquen eficazmente en todos los Estados parte, protegiendo con el mismo estándar de derechos humanos a todos los individuos internacionalmente, creándose un *ius commune* en el ámbito internacional.

9. No existe legislación secundaria en la que se establezca con claridad los lineamientos para que los jueces nacionales ejerzan el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad y para el caso de no hacerlo, no se establece si se

incurre o no en alguna responsabilidad para la autoridad y cuál sería la consecuencia jurídica para quien no observe estas obligaciones internacionales, por lo que aun cuando la Suprema Corte ha establecido los estándares a seguir en criterios jurisprudenciales, por su trascendencia, se debe legislar en específico respecto de estas novedosas obligaciones que adquiere la autoridad jurisdiccional.

10. El juez nacional es un funcionario público que determina la verdad jurídica e imparte justicia y aplica el derecho, con la reforma al artículo 1º Constitucional sus facultades interpretativas del derecho se amplían y se convierte en juez internacional, por lo que debe dictar resoluciones debidamente fundadas y motivadas, ya que a través de sus resoluciones se da un nuevo contenido al Derecho en el ámbito Internacional al hacer la interpretación, ponderación y aplicación de la norma interna o externa más favorable al individuo para lograr la protección más amplia de los derechos humanos.

11. Los Jueces nacionales están obligados a velar por los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal, así como los previstos en los Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano.

12. Las obligaciones de los juzgadores son las de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, por lo que se deben implementar todas las medidas que resulten necesarias para que todos las personas disfruten de estos de forma efectiva.

13. Actualmente algunos jueces nacionales han ejercido el control difuso de la Constitucionalidad/Convencionalidad, por lo que es imperioso capacitar a jueces y magistrados nacionales, pues a partir de la reforma al artículo 1º. Constitucional, la interpretación de éste y los tratados internacionales ha evolucionado, por lo que todas las autoridades que administren justicia tienen la obligación de ejercer este control, y deben de conocer a detalle la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como todos y cada uno de los Tratados Internacionales y la Jurisprudencia nacional e internacional y proyectarla en sus resoluciones a fin de realizar dicho control, sin causar un desequilibrio en el orden jurídico.

14. Se expone la sistemática a seguir por los jueces nacionales para ejercer el control de la Constitucionalidad/Convencionalidad, en un caso en particular, en sede interna, cuyo objetivo es que sea una guía para los jueces penales mexicanos, a efecto de que confronten, analicen y ponderen la norma interna o la externa, que sea de mayor amplitud protectora de derechos humanos, aplicable al caso concreto y determinen cuál de estas debe declararse inaplicable, proponiendo la posible reforma o derogación de la norma vulnerante, en el caso práctico, como ejemplo, la medida de seguridad de amonestación que transgrede la dignidad humana, o podría tratarse de otra norma que transgreda los derechos humanos del gobernado.

X. Bibliografía

ALBANESE, SUSANA, *El Control de la Convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 2008. Cita a la Corte IDH con el Caso Velázquez Rodríguez. Excepciones Preliminares. 26 de junio de 1987.

ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Uthea, Buenos Aires, 1960.

CABALLERO OCHOA, José Luis. *La Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México.* Editorial Porrúa, México 2009.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *La Universalización y Primacía de los Derechos Humanos.* UBIJUS. México, 2012.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE. *Derecho Penal: Parte General.* México, Editorial Porrúa. México 2003.

El Control Difuso de la Convencionalidad, Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y política S. C., FUNDAp, México, 2012. Se cita a García Ramírez, Sergio con el artículo "El control judicial interno de convencionalidad" y a Ferrer Mac Gregor, Eduardo, con el artículo "Interpretación conforme y Control difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano"

HERRERÍAS CUEVAS, IGNACIO FRANCISCO. *El Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias,* México, Editorial UBIJUS. México 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa. México 2007.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. *El Control de Convencionalidad,* Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 2008.

MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Luis Jiménez de Azúa, Ariel Barcelona, 1962.

Memorias XX Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial 2010, Editado por el Tribunal Superior del Distrito Federal, Primera edición 2010, México D. F., se cita a Ferrer Mac Gregor, Eduardo, con la conferencia "El Control de la Convencionalidad por el juez nacional".

MONDRAGÓN REYES, Salvador. *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* México, Editorial Porrúa. México 2007.

MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos. *La Unificación conceptual de los Derechos Humanos,* México, Editorial Porrúa. Facultad de Derecho. México 2002.

NASH ROJAS, CLAUDIO. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción,* México, Editorial Porrúa. México 2009.

PÉREZ LOZANO, ANDRÉS, *El Control de Convencionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano,* Editorial Novum, Primera Edición, México 2011.

GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral.* México, Editorial UBIJUS, segunda edición, 2010.

REY CANTOR, ERNESTO, *Control de la Constitucionalidad de las Leyes y Derecho Penal,* Editorial Porrúa, México 2008.

VON LISZT, FRANS, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Quintiliano Saldaña, Tercera Edición, Madrid, España.

WELZEL, HANS, *Derecho Penal,* trad. Eduardo Frike, Depalma, Buenos Aires, 1956.

Instrumentos internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el día 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Legislaciones:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editada por la Secretaria de Gobernación, México 2011.

Código Penal para el Estado de México, Editorial Sista S. A. de C. V., México.

Código Penal Federal, "Agenda Penal del D. F." Editorial ISEF México 2010.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. "Agenda Penal del D. F." Editorial ISEF México 2010.

Criterios Jurisprudenciales:

No. Registro: 186,185. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional, Penal. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Agosto de 2002. Tesis: P. XXXV/2002. Página: 14.

No. Registro: 172,650. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007. Tesis: P. IX/2007. Página: 6

Registro No. 165074, Localización: Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXXI, Marzo de 2010; Página: 2927; Tesis: I.4o.A.91 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común.

Resolución dictada por el Tribunal en Pleno en el expediente Varios 912/2010, publicado en el diario Oficial de la Federación de fecha 4 de octubre de 2011

Registro 160589. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, se aprobó, con el número LXX/2011(9a.), tesis aislada. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Registro 160525. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, se aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), tesis aislada. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Registro 160480. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, se aprobó, con el número LXX/2011(9a.), tesis aislada. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Registro 2000008. El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre en curso, se aprobó, con el número I/2011 (10a.), tesis aislada. México, Distrito Federal, a veintinueve de noviembre de dos mil once.

Registro 167800. Amparo directo 349/2003. 19 de febrero de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Jorge Alberto Camacho Pérez.

Registro 184542. Amparo directo 389/2003. 14 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: Luis Fernando Lozano Soriano.

Portal de internet:

Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011"; localizado en el portal de Internet de la SCJN: http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/.

El sistema de gobierno en México: evolución y perspectivas

José Manuel Venegas Martínez
Miguel Ángel Valverde Loya

RESUMEN: Se inicia con el debate histórico del sistema de gobierno en México, entre el sistema parlamentario y el presidencial por el Congreso Constituyente de 1917 y su evolución al presidencialismo. Asimismo, se plantea que a partir del desarrollo y resultados de la Reforma del Estado promovida por el Congreso de la Unión en 2007 , y posteriormente, la iniciativa de Reforma Política presentada por el Poder Ejecutivo a finales de 2009, las reformas constitucionales aprobadas por las Cámaras de Senadores y Diputados tienen la finalidad de establecer una nueva relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, al incorporar y adoptar elementos de origen parlamentario preservando la estructura básica del sistema presidencial.

PALABRAS CLAVE: Reforma del Estado, Reforma Política, sistemas de gobierno.

Introducción

En las últimas décadas han sucedido una serie de transformaciones y situaciones inéditas en la vida política del país. La exigencia ciudadana y la voluntad de las diversas fuerzas políticas han impulsado acuerdos que paulatinamente fortalecen una estructura democrática que se alimenta de la pluralidad y la alternancia.

El sistema democrático ha generado expectativas, que nuestro diseño institucional no responde a las realidades presentes. El reto, tanto del Congreso de la Unión como del Poder Ejecutivo, es construir y diseñar las normas, instituciones y nuevas prácticas, que contribuyan al progreso de la sociedad.

En materia de sistemas de gobierno las dos grandes corrientes contemporáneas derivan del sistema constitucional norteamericano y del británico: presidencial y parlamentario.[1] Las formas ortodoxas son cada vez menos frecuentes,

[1] Véase: Venegas, José Manuel (2009). "*¿Del presidencialismo al parlamentarismo? Hacia un nuevo paradigma en el Diseño Institucional. Caso México.*" en Jurípolis, México.

además los sistemas denominados mixtos son una mezcla de los elementos aportados por los dos originales. Existe una tendencia acentuada a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la combinación de instituciones constitucionales, lo cual provoca que numerosos diseños institucionales se nutran de diferentes fuentes.[2]

Es en este contexto que los regímenes políticos no permanecen estáticos, están en constante transformación, aunque cada país tiene un ritmo y una dinámica diferente, es necesario repensar las instituciones y tratar de conseguir el consenso necesario para reformarlas y hacer funcional nuestro sistema de gobierno.

I. El debate histórico del sistema de gobierno en México

Con relación al tema de qué sistema de gobierno es preferible: parlamentario o presidencial,[3] cabe mencionar que esta polémica no es nueva para el caso de México, Diego Valadés hace referencia al discurso del jefe triunfante de la revolución, Venustiano Carranza, en la sesión de inauguración del nuevo Constituyente, plantea el tema del régimen parlamentario versus presidencial, en la que resaltan dos cuestiones: la primera, que no se contaba con partidos políticos y con una clase política amplia, lo cual complicaba la instauración de un sistema parlamentario, y la segunda, la forma en que se procuró construir una institución presidencial fuerte.[4]

Previo al mencionado Constituyente también estuvo presente la polémica entre el presidente Francisco I. Madero y el Congreso, al punto que varios diputados expresaron preferir "la dictadura de un solo hombre" frente a "la dictadura de una colectividad", para lo cual no dudaron en "poner restricciones al Congreso".[5] El problema fue que ese Congreso tenía más simpatías por la dictadura porfirista que por la Revolución que había encabezado Madero y tomó parte activa en un

---

2 VALADÉS, DIEGO (2003). El gobierno de gabinete. UNAM, México.pp. 69-70.

3 La discusión acerca de la conveniencia de los sistemas presidencial y parlamentario en América Latina se intensificó durante las últimas dos décadas del siglo XX. Véase: Linz, Juan (1994). "*Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?"*, documento de trabajo; Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1994). La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas. Alianza Universidad, Madrid; Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1998). La crisis del presidencialismo. 2. El caso de Latinoamérica. Alianza Universidad, Madrid; Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1991). Presidencialismo versus Parlamentarismo, América Latina. Nueva Sociedad, Venezuela; Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1998). El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América Latina. Nueva Sociedad, Venezuela.

4 En la etapa previa al Constituyente, el sistema parlamentario se había discutido intensamente en la Convención de Aguascalientes. Véase: Valadés, Diego (2003). El gobierno de gabinete. *Op. cit.* p. 82.

5 *Ibíd.*, pp. 81-85.

intenso proceso de desestabilización política que culminó con el asesinato del presidente y del vicepresidente.

Con la excepción del discurso inaugural de Carranza, el tema del parlamentarismo no llegó a ser objeto de un análisis formal. Hubo quienes reconocieron que "hemos encadenado el Poder Legislativo" y que "el Ejecutivo, tal como lo dejamos en nuestra Constitución, no es un poder fuerte, como se ha dicho, es un poder absoluto".[6] Para equilibrar esa situación, algunos diputados propusieron, sin éxito, que los secretarios de Estado fueran nombrados por el presidente con la aprobación previa de los diputados. Fue entonces cuando surgió un breve debate acerca de las ventajas y las desventajas del sistema parlamentario. Sus pocos defensores, y los muchos del sistema presidencial, coincidieron en expresiones de compromiso señalando que, en el futuro, cuando hubiera partidos políticos, mayor experiencia de gobierno y cultura política, la opción parlamentaria sería viable.

A unos meses de haber entrado en vigor la nueva Constitución de 1917, un grupo de diputados presentó una iniciativa para establecer el sistema parlamentario en México. La propuesta preveía transformar el Congreso en Parlamento, además de integrar un Consejo de Ministros cuyo presidente sería designado por el presidente de la República pero que dependería, al igual que los ministros, de la confianza de la Cámara de Diputados. El modelo presentado, que conservaba el derecho de iniciativa de leyes para el presidente y, por separado, para el presidente del Consejo de Ministros, y que mantenía el veto del Poder Ejecutivo con relación a las leyes del Congreso, se parecía más al modelo semiparlamentario que hoy conocemos como de la Quinta República francesa que al modelo parlamentario de Westminster.

Esta iniciativa se discutió durante varios periodos de sesiones y sus argumentos principales consistían en dar un mayor énfasis al sistema representativo y preservar al presidente de los peligros que resultaban del desgaste político. Después de un tiempo de forzar la discusión de esta iniciativa en diferentes oportunidades, se logró presentar el dictamen correspondiente en 1919. Sin embargo, se expresó que por la falta de experiencia para integrar un "gabinete estable y apto", por el momento no era conveniente cambiar el sistema presidencial por el parlamentario.[7]

En realidad había pocos partidarios del sistema parlamentario, entre ellos estaba Antonio Enríquez, que lo propusieron antes del Congreso Constituyente, posteriormente se publicó una obra bien informada de Manuel C. Cruz, ministro de la Suprema Corte de Justicia.[8]

---

6 PALAVICINI, FÉLIX F. (1938). Historia de la Constitución de 1917. México. pp. 267, 391 y 401.

7 Cámara de Diputados (1919). *Diario de los Debates,* octubre.

8 Véase: Enríquez, Antonio (1913). Dictadura presidencial o parlamentarismo democrático. Imp. México, México, y Cruz, Manuel C. (1918). El gobierno de gabinete y la evolución del parla-

Quizá la obra de mayor influencia en la segunda década del siglo XX fue la de Emilio Rabasa, su análisis contra el sistema parlamentario, presentando argumentos, tales como: el legislativo propende a convertir al gobierno en anarquía congresional, y también señalaba que la fuerza del parlamento es más efectivo en un Estado Unitario, mientras que en un sistema federal darle un poder semejante al Congreso, significaba introducir dos niveles de descentralización del poder que afectaban la posibilidad de un gobierno eficaz.[9] Cabe señalar que cuando escribió Rabasa, todavía no existía alguna experiencia federal con un sistema parlamentario.

Nuevamente en 1921 se presentó otra iniciativa proponiendo cambios en el modelo presidencial, con características semipresidenciales. El Congreso nombraría al presidente, quien por su parte lo podría disolver si contaba con la aprobación de dos tercios del Senado y designar libremente, al jefe de gabinete.[10]

El sistema de gobierno elegido por el Congreso Constituyente de 1917, permitió a Carranza ejercer una presidencia fuerte, recién jurada la Constitución, quedó investido de facultades extraordinarias para legislar. En uso de dichas atribuciones promulgó una ley que suprimía el voto secreto. Antes de terminar el mandato, comenzó con la costumbre de designar al sucesor en la presidencia, aunque en su caso sin éxito, el intento le costó la vida y su candidato no se convirtió en presidente.

Tras el asesinato de Carranza en 1920, Adolfo de la Huerta es designado como presidente provisional. En ese mismo año Álvaro Obregón llega a la presidencia. Sin embargo, antes de terminar su periodo en 1923, enfrenta la rebelión del General de la Huerta, a quien derrota. En 1924, Plutarco Elías Calles tomó posesión como presidente y en 1928 Obregón se presenta como único candidato presidencial y siendo presidente electo fue asesinado ese mismo año. Previamente se había reformado la Constitución para permitir la reelección discontinua y ampliar el periodo presidencial a seis años. [11] Emilio Portes Gil se convierte en presidente interino en 1928.

---

mentarismo en Inglaterra. Imprenta Franco Mexicana, México. citados por Valadés; Diego (2003). El gobierno de gabinete. *Op. cit.* p. 84.

9 RABASA, EMILIO (1912). La Constitución y la dictadura. Revista de revistas, México.

10 Cámara de Diputados (1921). *Diario de los Debates*, noviembre.

11 En 1927 el gobierno del presidente Plutarco Elías Calles, se confirmó que su sucesor sería Álvaro Obregón. En ese año, y después de largas sesiones de deliberación, la mayoría de los miembros de la Cámara de Senadores presentó una iniciativa para reformar el artículo 83 constitucional y restablecer la fórmula gradual de reelección que Porfirio Díaz utilizó para mantenerse en el poder: "El presidente entrará a ejercer su encargo el primero de diciembre; durará en él seis años y nunca podrá ser reelecto para el periodo inmediato", decía el texto propuesto. Con una inusitada velocidad, tres días después se efectuó la lectura al dictamen y, con dispensa de trámites, fue aprobado por unanimidad. Luego de recibir la Minuta enviada por los senadores y haber dictaminado la inicia-

En ese mismo año aparece el Primer Manifiesto del Comité Organizador del Partido Nacional Revolucionario, presidido por Calles. En 1929 se llevó a cabo la Convención que habría de dar lugar al Partido Nacional Revolucionario, antecedente del Partido de Revolución Mexicana y del Partido Revolucionario Institucional. Éste se fue convirtiendo en un partido hegemónico, sobre todo a partir de 1935, cuando el titular del Poder Ejecutivo es a la vez, jefe de Estado y jefe de partido.[12] Habrá que resaltar que posteriormente todos los presidentes fueron candidatos postulados por dicho partido, hasta el año 2000 que se da la alternancia en el gobierno.

II. La Reforma del Estado y el sistema de gobierno

Después de 70 años de régimen de partido hegemónico, y tras doce años de alternancia en la presidencia de la república, a nadie escapa la necesidad de reformar el sistema político. Es prioritario diseñar y construir un sistema con una visión diferente y con sentido de Estado que permita la convivencia de la pluralidad política, en la que el Poder Legislativo pueda ejercer sus facultades para alcanzar un verdadero equilibrio con el Poder Ejecutivo, con pesos y contrapesos constitucionales.

La naturaleza plebiscitaria de la elección presidencial ha sido utilizada como un argumento legitimador del presidencialismo mexicano. En tanto no se configuren mecanismos que hagan compatible el poder que les confiere su legitimidad plebiscitaria con la actual conformación plural del Congreso de la Unión, subsistirá la rigidez del presidencialismo mexicano. Para superar las relaciones de tensión y establecer relaciones de cooperación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo es necesario remontar la idea de que la legitimidad plebiscitaria es condición suficiente para que los presidentes tengan éxito en su gestión.

Un presidente, legatario de una tradición autoritaria y que se considere apoyado por una pluralidad de ciudadanos superior a la de cualquier fracción legislativa, podrá verse tentado a seguir actuando conforme a un patrón de conducta que excluya los acuerdos políticos propios de un sistema abierto. Una idea equívoca de la legitimidad plebiscitaria podría condicionar la disposición presidencial para aceptar que sólo ejerce una parte del poder.

---

tiva por la Comisión encargada, fue votada y aprobada por la Cámara de Diputados. En 1933 se retornó a la prohibición absoluta de reelección presidencial, pero desde hace ya más de ochenta años existe el periodo de seis años para los presidentes. *Ibíd.*, p. 446.

12 LUJAMBIO, ALONSO (2000). *"Del autoritarismo mayoritario a la democracia consensual"*, en Hacia una nueva constitucionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. p. 252.

Es en este contexto que la Cámara de Senadores en el 2007 incluyó como una prioridad en la agenda política nacional, el tema de régimen de Estado y gobierno en el marco de la Ley para la Reforma del Estado.[13] Ésta se concibió como el paso lógico y necesario en el proceso de transición democrática subsiguiente a la alternancia en el poder que se registró en el país, se trata de una etapa ineludible para avanzar en la construcción firme de un sistema de gobierno, que supone rediseñar su entramado institucional y normativo, a fin de adecuarlo a una dinámica de funcionamiento claramente democrática.[14]

En el mismo año se creó la la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos (CENCA),[15] la cual se integró por los Presidentes de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, los coordinadores de cada grupo parlamentario y las presidencias de las comisiones de Reforma del Estado de las dos Cámaras.

Asimismo, en la Comisión Ejecutiva participaron representantes del Poder Ejecutivo, así como las presidencias de los partidos políticos nacionales, quienes asistieron a las sesiones y reuniones de trabajo con derecho a voz, pero sin derecho a voto. De la misma manera, participó un representante del Poder Judicial de la Federación, exclusivamente en cuanto al tema de la Reforma del Poder Judicial.[16]

Los temas sobre los que debieron pronunciarse obligatoriamente el Poder Legislativo, los grupos parlamentarios y los partidos políticos serán: Régimen de Estado y gobierno, Democracia y Sistema Electoral, Federalismo, Reforma del Poder Judicial y Garantías Sociales.

En virtud de lo anterior, la CENCA como órgano rector de la conducción del proceso para la Reforma del Estado en México, convocó a la realización de una consulta pública en el marco de la integración y conformación de propuestas con el tema Régimen de Estado y gobierno.[17] Los partidos políticos, organizaciones

---

13 Véase: Secretaría de Gobernación (2007). Ley para la Reforma del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de abril de 2007 consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2007&month=04&day=13 el 13 de abril de 2007.

14 CANSINO, CÉSAR (2004). El desafío democrático. La transformación del Estado en el México postautoritario. Cuadernos de Metapolítica, México. p. 56.

15 Secretaría de Gobernación (2007). Ley para la Reforma del Estado, *Op. cit.,* Artículo 2.

16 *Ib*id., Artículo 3.

17 Conforme al Reglamento Interno de la CENCA, aprobado el 14 de mayo de 2007, se convocó a las organizaciones civiles, sociales y no gubernamentales; a los congresos estatales; ayuntamientos e instituciones educativas y de investigación públicas y privadas; comunidades y pueblos indígenas; sindicatos; empresarios; medios de comunicación y al público en general, que deseen contribuir con sus propuestas, a participar en la consulta pública, que se efectuó del 7 de junio al 8 de julio de 2007. Véase: Senado de la República (2007). Convocatoria Consulta Pública de la Refor-

civiles y ciudadanos, acudieron al llamado hecho por el Congreso de la Unión y entraron en una dinámica de proposiciones constructivas.[18] Concluido el proceso de consulta pública, se realizó un trabajo de sistematización de las diversas propuestas.[19]

Los trabajos previos fueron la base para que la Comisión para la Reforma del Estado del Senado de la República, con facultades para el análisis y dictamen de las iniciativas de ley o decreto y de las proposiciones que le sean turnadas, diera pauta a la etapa de negociación y construcción de acuerdos, a efecto de lograr los consensos que permitan un mejor esquema de organización y funcionamiento entre los poderes Ejecutivo y Legislativo.[20]

---

ma del Estado, consultado en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/cenca/content/convocatoria/CONVOCATORIA.htm el 28 de mayo de 2007.

18 Los planteamientos presentados corresponden a la Consulta Pública de la Reforma del Estado, foro temático "*Régimen de Estado y gobierno",* convocada por la Subcomisión de Consulta Pública de la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión de la LX Legislatura, llevada a cabo el 26 de junio de 2007. en el Teatro de la República en Querétaro, Qro. En la cual participaron diversas instituciones y ciudadanos con más de un centenar de propuestas relacionadas a encauzar la configuración constitucional en una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo Federal., consultado en http://www.leyparalareformadelestado.gob.mx/comisiones/LX/cenca/content/versiones/docs/queretaro.pdf el 30 de octubre de 2008.

19 La totalidad de propuestas se remitieron al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el propósito de sistematizar la información, misma que se realizó conforme a tres criterios sugeridos por la CENCA: incidencia de las propuestas, idoneidad institucional y viabilidad legislativa. La incidencia indica el número o frecuencia de las propuestas sobre un tema en particular. La idoneidad institucional se refiere a dilucidar la consistencia técnico-jurídico de cada propuesta considerada en su individualidad, así como en cuanto a su coherencia con respecto al arreglo institucional total, valorando las interacciones institucionales previsibles que generen. Por último, el de la viabilidad política contempla la capacidad que cada una reúne para fomentar consensos en torno a su aprobación una vez transformada en iniciativa de reforma constitucional y/o legal. Véase: Senado de la República (2007). Estudio de incidencia, idoneidad institucional y viabilidad política de las propuestas presentadas en la consulta pública sobre régimen de estado y de gobierno (2007). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión para la Reforma del Estado, consultado en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/cenca/content/grupos_trabajo/regimen/regimen1.pdf el 30 de octubre de 2007.

20 El proceso de Reforma del Estado originado al interior del Congreso de la Unión y normado por el Decreto que crea la Ley para la Reforma del Estado, señala que conforme se logren los acuerdos en la Comisión Ejecutiva o se concluya cualquiera de los temas a que se refiere la citada Ley, se elaborarán las iniciativas que expresen estos acuerdos y podrán ser suscritas por los legisladores que la integran que así lo decidan; éstas se presentarán a la Cámara que corresponda. Véase: Secretaría de Gobernación (2007). Ley para la Reforma del Estado. *Op. cit.,* Artículos 10 y 11.

Para facilitar los acuerdos, se aprobó la creación de grupos de trabajo por cada uno de los apartados que comprende la Reforma del Estado, por lo que se refiere al apartado de Régimen de Estado y de gobierno, se dividió en tres subgrupos de trabajo: 1) Régimen político, 2) Participación ciudadana, y 3) Modernización del Poder Legislativo. Este grupo de trabajo tuvo como resultado la aprobación de diversas propuestas de reformas a la Constitución,[21] entre las que destacan las siguientes: la ampliación al periodo de sesiones del Congreso, establecer que el informe presidencial se presentará por escrito, la creación de la pregunta parlamentaria, establecer que el presidente se podrá ausentar del país hasta por 7 días sin permiso del Congreso y la creación de la iniciativa preferente para el Ejecutivo y las legislaturas locales.[22]

III. Las reformas constitucionales

La creciente presencia del Congreso de la Unión en la formación de la agenda del gobierno y en la toma de decisiones políticas nacionales constituye, sin duda, uno de los hechos más importantes dentro de los cambios políticos que ha experimentado nuestro país en los últimos años. La correlación plural de fuerzas políticas que ha caracterizado a ambas cámaras ha convertido la búsqueda de acuerdos y consensos en el eje de la dinámica legislativa, modificando con esto sus relaciones con los demás poderes de la Unión, particularmente con el Poder Ejecutivo.

Al concluir el plazo fijado por la Ley para la Reforma del Estado, se presentaron como resultado de la negociación y construcción de acuerdos, los proyectos de iniciativa, mismas que se turnaron a las comisiones correspondientes para su trámite respectivo[23].

La reforma relativa al cambio en el formato del Informe Presidencial, consiste en que el presidente únicamente presentará un informe por escrito,[24] en el que manifieste el estado general que guarda la Administración Pública del país al Congreso de la Unión y no estará obligado a presentarse al inicio del periodo de sesio-

---

21 Cuando se mencione la palabra Constitución sin otras indicaciones en este capítulo, se deberá entender que está referido a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917. Al mismo cuerpo legal pertenecen los artículos que se citen.

22 Véase: Senado de la República (2008). Informe de actividades de la Comisión de Reforma del Estado del Senado de la República, consultado en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/reformadelestado/content/informe_actividades/Informe2008.pdf el 30 de octubre de 2008.

23 *Ibid.,* p. 12.

24 Véase: Secretaría de Gobernación (2008). Decreto por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2008&month=08&day=15 el 15 de agosto de 2008.

nes. Su presencia en el recinto legislativo solo se podrá dar a invitación del Poder Legislativo.

Por su parte, los legisladores analizarían el informe que reciban del Poder Ejecutivo y tendrán potestades para poder plantearle "preguntas parlamentarias" por escrito al presidente, para solicitarle ampliación de la información, precisión o rectificación de datos, y éste tendrá que responder en un plazo no mayor de 15 días. Asimismo, se aprobó la reforma relativa a que el Poder Legislativo podrá citar a cualquier integrante del gabinete legal o ampliado para que comparezca, bajo protesta de decir verdad, y en caso de falsear información, el servidor público sería sancionado en los términos que establezca la ley.

El Congreso de la Unión aprobó la eliminación del llamado "veto de bolsillo", por lo que el presidente ya no podrá evitar la promulgación o publicación en el Diario Oficial de la Federación de la ley o norma que hayan aprobado los legisladores.[25]

Además, aprobó que el presidente de la República pueda ausentarse del territorio nacional hasta por siete días, informando previamente de los motivos de la ausencia a la Cámara de Senadores o a la Comisión Permanente en su caso, así como de los resultados de las gestiones realizadas. En ausencias mayores a siete días se requerirá permiso de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente.[26]

En resumen, el cambio de formato del informe presidencial, la pregunta parlamentaria y la comparecencia bajo protesta de decir verdad, constituyen mecanismos reales de rendición de cuentas del Poder Ejecutivo para con el Poder Legislativo, para equilibrar la relación entre poderes. En contraparte, el presidente podrá salir del país hasta por siete días sin autorización legislativa.

IV. La iniciativa de reforma política del presidente

El Poder Ejecutivo propuso en diciembre de 2009 una Reforma Política, la cual planteaba que los ciudadanos puedan ser candidatos a cargos de elección popular aunque no estén postulados por ningún partido político, para su registro deben presentar firmas de los ciudadanos residentes en la demarcación corres-

---

25 Véase: Secretaría de Gobernación (2011). Decreto por el que se reforma el artículos 71, 72 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2011&month=08&day=17 el 17 de agosto de 2011.

26 Véase: Secretaría de Gobernación (2008). Decreto por el que se reforma el artículos 88 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2008&month=08&day=29 el 29 de agosto de 2008.

pondiente, por el equivalente al uno por ciento del padrón electoral respectivo; y reconocer el derecho a ciudadano a presentar iniciativas al Congreso.

También contemplaba crear la segunda vuelta para la elección de Presidente del República, en principio, el candidato triunfante debería reunir la mayoría absoluta de la votación; de no cumplirse, se recurre a una segunda votación; la reducción de 500 a 400 diputados federales, de los cuales 240 serán de mayoría relativa y 160 por representación proporcional y de 128 a 96 senadores, eliminando los 32 de representación proporcional; la reelección consecutiva de legisladores federales, alcaldes, regidores y jefes delegacionales hasta por 12 años, e incrementar de 2 a 4 por ciento la votación mínima para que los partidos políticos conserven su registro.

Asimismo, para fortalecer las facultades del gobierno, el presidente podrá presentar en cada periodo ordinario de sesiones del Congreso al menos dos iniciativas preferentes que deberán dictaminarse y votarse en el mismo periodo. En el caso de iniciativas sobre leyes secundarias, si el Congreso no se pronuncia en el plazo indicado, se considerarán aprobadas en los términos en que fueron presentadas (afirmativa ficta). Cuando se trate de reformas constitucionales, si el Congreso no resuelve en dicho plazo, podrán ser aprobadas mediante un referéndum, en el que deberá participar más del 50% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral y aprobar las reformas por las dos terceras partes de los votos válidos emitidos a nivel nacional y con más de la mitad de los votos válidos en la mayoría de los Estados.

Por otra parte, señala que no procede la realización de consultas populares en las siguientes materias: electoral, ingresos y gastos del Estado, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de las Fuerzas Armadas.

De igual manera, proponía la facultad del Ejecutivo Federal para observar, parcial o totalmente, dentro de un plazo de 10 días hábiles, el Presupuesto de Egresos y la Ley de Ingresos. De realizar observaciones a éste la Cámara de Diputados tendrá 10 días hábiles para discutirlo, las observaciones del Presidente solo serán superadas por el voto de las dos terceras partes. Si transcurre este plazo o no se alcanza la mayoría, el proyecto entrará en vigor sólo en la parte que no fuera observada por el Ejecutivo.

Además, contemplaba el veto parcial a las leyes, que faculta al Poder Ejecutivo para publicar las partes de un proyecto avaladas tanto por éste como por el Congreso de la Unión, cuando en alguna de las Cámaras no sean superadas las observaciones del presidente por las dos terceras partes; o a manera de afirmativa ficta: si transcurridos veinte días hábiles no se efectúa la votación respectiva en el Congreso.[27]

---

[27] En opinión de Diego Valadés, la iniciativa de reforma política del presidente Felipe Calderón promueve la concentración del poder. Es un diseño para reforzar el autoritarismo en México y para adicionar obstáculos al equilibrio y a la cooperación entre los órganos del poder. Entre otras

Por último, facultaba a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para presentar iniciativas de ley, en lo que refiere a la Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la de Amparo y la Reglamentaria del Artículo 105 constitucional en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

V. La propuesta de reforma política del Senado de la República

Por su parte, la Cámara de Senadores con el propósito de dar continuidad a los trabajos realizados en la Comisión de Reforma del Estado, los grupos parlamentarios representados en la Senado de la República, así como algunos integrantes en forma individual, elaboraron sus propias iniciativas de Reforma Política.[28] Los autores coincidieron en la necesidad de modificaciones de naturaleza política que atiendan situaciones que están presentes desde hace lustros, así como nuevas problemáticas que han surgido a partir de la alternancia en el ejercicio del Poder Ejecutivo.

En este contexto, el Senado elaboró su propuesta de Reforma Política, que comprendía los siguientes temas: candidaturas independientes, iniciativa ciudadana, reelección de legisladores, iniciativa preferente, consulta popular, observaciones del Poder Ejecutivo al Presupuesto de Egresos de la Federación, reconducción presupuestal, sustitución del presidente en caso de falta absoluta, ratificación de

---

razones argumenta que no es conveniente debilitar a un órgano del Estado para vigorizar otro. Al elevar el porcentaje requerido para conservar el registro de los partidos se estrecharían las opciones para los electores Además, qué legitimidad tendría una ley sin debate parlamentario, la propuesta contenida en la iniciativa del Poder Ejecutivo resulta inaceptable para el Congreso, pues una "afirmativa ficta" implicaría reunir en el propio Ejecutivo dos poderes de la Unión, el suyo y el del Poder Legislativo. ¿Por qué se estimó que es mejor reducir en 100 el número de diputados y no en 75 o 150? ¿Se hizo algún estudio que se mantiene en secreto, o no se hizo estudio alguno? Ambas cosas serían desconcertantes. Véase: Valadés: La iniciativa de reforma política de Calderón refuerza el autoritarismo. Ciro Pérez Silva y Víctor Ballinas, Periódico La Jornada, 26 de enero de 2010. p. 6.

28 Las propuestas de iniciativas del Senado de la República son el resultado de más de dos años de trabajo, de múltiples reuniones de intercambio de ideas; de rico y aleccionador ejercicio de escucharnos unos a otros, y sobre todo de intentar entender lo que los ciudadanos quieren, lo que la sociedad demanda. Además, para la formulación de las propuestas de reforma contenidas en el proyecto de decreto, los grupos de trabajo analizaron las contenidas en las iniciativas, las que en diferentes foros han expresado organizaciones de la sociedad civil, especialistas e interesados en el tema a través del derecho comparado, las normas constitucionales y experiencias que en otras naciones democráticas se han vivido en estas mismas materias. Véase: Senado de la República (2011). Minuta proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/reformadelestado/content/dictamenes/index_dictamenes.htm el 15 de diciembre de 2011.

comisionados de órganos reguladores e integración de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Candidaturas independientes

Su finalidad es abrir nuevos cauces a la participación ciudadana sin condicionarla a la pertenencia a un partido político. A efecto de que el ciudadano pueda competir por cargos de elección popular sin la obligada postulación por un partido político.[29] Desde finales de los años 40 del siglo pasado, el sistema electoral mexicano hizo de los partidos políticos su punto de referencia al otorgarles el derecho exclusivo de postular candidatos a cargos de elección popular.

Existe un evidente deterioro de la valoración social de los partidos políticos, aunque las causas de esa situación son múltiples, cabe reconocer que entre ellas se encuentra el alejamiento de los partidos de la sociedad, que los percibe como organizaciones cerradas, sujetas al control de sus grupos dirigentes que deciden sus asuntos sin consulta a la ciudadanía. Pese a los cambios legales para propiciar la democracia interna y la apertura de los partidos a la participación de la ciudadanía en sus procesos de selección de candidatos a cargos de elección popular, lo cierto es que en la percepción social son los partidos y sus dirigentes los que deciden en esa materia, generando un círculo de desconfianza entre ellos y los ciudadanos, que se ha ensanchado de manera creciente.

La posibilidad de que candidatos independientes les disputen el poder a los partidos, podrá vigorizar el sistema político, expondrá a los partidos a una mayor competencia, los obligará a seleccionar mejor a sus candidatos y presumiblemente a democratizar sus procesos internos.

Iniciativa ciudadana

En México, los ciudadanos no cuentan con ningún mecanismo para incidir de manera directa en la agenda legislativa, los únicos actores que tienen el derecho de iniciar leyes o decretos son el presidente de la República, los legisladores federales y los Congresos locales. Si un ciudadano o un grupo de ciudadanos desean promover un cambio a la legislación, tienen que acudir con algún legislador y pedir su intermediación ante el Congreso.[30]

---

29 *Ibíd.*, la propuesta consiste en reformar los artículos 35 y 116 de la Constitución, que son la base normativa para la existencia y regulación, en la ley secundaria, de las candidaturas independientes, a todos los cargos de elección popular, tanto federales como locales. Además, será necesario realizar adecuaciones en las leyes electorales, tanto federales como locales, producto de una reforma electoral.

30 *Ibíd.,* la propuesta consiste en reformar el artículo 35 de la Constitución, para establecer como derecho de los ciudadanos presentar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen la propia Carta Magna y la Ley del Congreso. En correlación con lo anterior se reforma el artículo 71

Tomando en cuenta dicha situación, la iniciativa ciudadana puede considerarse como una forma más evolucionada de hacer política,[31] ya que implica un compromiso no sólo de la parte gubernamental por llevar a cabo sus tareas, sino que una parte de la ciudadanía se involucra en forma directa en la generación de ideas y propuestas para transformar el sistema legal, al introducir nuevos temas en la agenda legislativa. Las iniciativas, al estar respaldadas por un número importante de ciudadanos -al menos el equivalente al 0.25% de la lista nominal de electores-, cuentan con una legitimidad que difícilmente puede ser ignorada por los legisladores que se encargarán de dictaminarla.[32]

Reelección de legisladores

En México, el impedimento de la reelección inmediata de los legisladores federales y locales fue introducido en la Constitución en 1933, quedando establecida para los presidentes municipales, regidores y síndicos electos. Esa misma reforma determinó, además, la prohibición absoluta de reelección de los titulares de los poderes ejecutivo federal y estatales.

Sin embargo, en las últimas décadas el intenso proceso de cambio político que ha pasado el país ha provocado que por la vía electoral se haya multiplicado el pluralismo e incrementado consistentemente la competitividad política. En un contexto similar, resulta natural plantear la reintroducción de la posibilidad de la reelección de los legisladores tanto en el ámbito federal como en el ámbito de las entidades federativas.[33]

La reelección es un incentivo para la formación de carreras legislativas, la profesionalización del trabajo parlamentario y particularmente, da a los ciudadanos la posibilidad de exigirles cuentas a sus representantes, para una eventual ratificación

---

constitucional para establecer a los ciudadanos como sujetos constitucionalmente legitimados para iniciar leyes o decretos ante el Congreso de la Unión.

31 Se entiende como el procedimiento que permite a los votantes proponer una modificación legislativa o una enmienda constitucional, al formular peticiones que tienen que satisfacer predeterminados requisitos. Véase: Proud´homme, Jean-Francois (1997). "*Consulta popular y democracia directa*", en Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, IFE. México. p. 25.

32 Actualmente 29 entidades federativas consignan en sus cartas fundamentales, la iniciativa popular. Véase: Senado de la República (2011). Minuta proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/reformadelestado/content/dictamenes/index_dictamenes.htm el 15 de diciembre de 2011.

33 Véase: Senado de la República (2011). Minuta proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, la propuesta consiste en reformar el artículo 59 de la Constitución, para eliminar la prohibición de reelección de los legisladores no sólo se limita al plano federal con la propuesta de constitucional, sino que también supone la modificación del artículo 116 para permitir al legislador local determinar lo conducente.

electoral en el cargo, con la limitante, en el caso de los senadores, a solamente un periodo adicional, mientras que los diputados, federales y locales, podrían ser reelectos hasta por dos periodos adicionales cuando regresen a buscar el voto para la reelección.[34]

Iniciativa preferente

En nuestra Constitución se establece la facultad del presidente para iniciar leyes y establece la remisión inmediata a comisiones de las iniciativas. Sin embargo, la reglamentación de trámite legislativo posterior no garantiza que dichas iniciativas se discutan en un periodo determinado o que lleguen siquiera a dictaminarse, es decir, no existe certidumbre respecto de la resolución del proyecto legislativo presentado.

Debido a que el presidente es responsable de la acción del gobierno, se plantea la facultad de presentar dos iniciativas para trámite preferente, con objeto de que éstas sean resueltas por el Congreso de la Unión en un breve lapso.[35] Se trata de prever la atención legislativa de aquellas iniciativas que la ameriten, cuando se trate de asuntos cuya relevancia, trascendencia y urgencia a juicio del titular del Poder Ejecutivo así lo justifiquen.

Es importante resaltar que el carácter de preferente consiste exclusivamente en la obligación del Poder Legislativo de pronunciarse sobre las iniciativas, no limita de modo alguno las facultades de las Cámaras de Senadores y Diputados de modificar o rechazar en su totalidad las propuestas que presente el presidente, sino que simplemente incide en el plazo para el desahogo y resolución de las mismas, es decir, el Congreso de la Unión conserva su potestad de aprobar, modificar o rechazar las iniciativas del Ejecutivo.

Consulta popular

Tiene el propósito de estimular la participación política de los ciudadanos más allá de las elecciones, al permitirles intervenir en la discusión pública de temas de relevancia nacional que ameritan un pronunciamiento explícito.[36] Además,

---

34 *Ibíd.*, en la actualidad México y Costa Rica son las dos únicas democracias del continente americano en prever, por el contrario, la imposibilidad de que quien ha ocupado un cargo de representación popular en los órganos legislativos en un periodo pueda volver a postularse para el periodo siguiente.

35 *Ibíd.,* la propuesta consiste en reformar el artículo 71 de la Constitución, para establecer que el día de apertura de cada periodo ordinario de sesiones, el presidente pueda presentar hasta dos iniciativas para trámite preferente o señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores y estén pendientes de dictamen.

36 *Ibíd.,* la propuesta consiste en reformar el artículo 35 de la Constitución, para promover una mayor participación de los ciudadanos en los procesos de decisión política.

al tratarse de un mecanismo cuyos resultados, de alcanzarse un índice de participación en la consulta -al menos el cuarenta por ciento del total de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores-, resultarán vinculantes conforme lo determine la ley, para el Poder Legislativo en el procesamiento de la decisión que corresponda.

La organización, desarrollo, cómputo y declaración de los resultados de la o las consultas populares que se realicen estarán a cargo del Instituto Federal Electoral. Están excluidas de este procedimiento las materias: electoral, fiscal, presupuestal, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

Observaciones del Poder Ejecutivo al Presupuesto de Egresos de la Federación

Posterior a la promulgación de la Carta Magna de 1917 algunos presidentes observaron el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) y la Cámara de Diputados aceptó y atendió dichas observaciones. A partir de la instauración del presidencialismo, la práctica cayó en desuso y quedó fuera del debate político y legislativo.

Fue hasta que el presidente realizó observaciones al PEF aprobado por la Cámara de Diputados en 2004 y ésta acudió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que finalmente resolvió la controversia a favor del Poder Ejecutivo. Aunque se trata de una sola sentencia, el tema volvió al debate, por lo cual se propone la iniciativa de reforma constitucional para aclarar el tema.[37]

Dado que la aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación es una facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, se plantea que el presidente puede observar, dentro de un plazo improrrogable de diez días hábiles, para que éste sea discutido de nuevo por los diputados en un plazo también de diez días hábiles; si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, volverá de inmediato al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación.

Reconducción Presupuestal

De acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución, si llegado el caso, la Cámara de Diputados no hubiese aprobado el PEF, debe entenderse que el Estado seguirá cubriendo a los servidores públicos la remuneración "fijada en el Presu-

37 *Ibíd.,* la propuesta consiste en reformar el artículo 74 de la Constitución, con el propósito dar claridad al tema del derecho de observación del Poder Ejecutivo al Presupuesto de Egresos de la Federación en un sentido positivo para ambos poderes de la Unión y para beneficio de la sociedad.

puesto anterior, o en la ley que estableció el empleo",[38] lo que es una norma de reconducción presupuestal.

Aceptada que sea la interpretación anterior, queda, sin embargo, vigente la omisión constitucional sobre lo que deberá hacerse respecto de los demás gastos previstos en el PEF, y también lo que deberá pasar si el Congreso de la Unión no aprueba la Ley de Ingresos para el año siguiente. Con las normas constitucionales vigentes, los impuestos, derechos, productos y aprovechamientos que la Ley de Ingresos establece anualmente no podrían ser cobrados; en otras palabras, el Estado quedaría sin ingresos, hasta en tanto se resuelva el diferendo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo.

De igual forma, salvo por el pago de remuneraciones a los servidores públicos, todos los demás gastos del Estado deberán suspenderse, afectando todos los servicios a su cargo, las aportaciones a los organismos de seguridad social y vivienda, las obras públicas de inversión multianual, el pago de la deuda pública, entre otras. Sería una situación dramática para las finanzas del Estado, la economía y la sociedad.

Aunque no hay registro de una circunstancia extrema como la que motiva, no resulta conveniente para la seguridad jurídica de la República, para la buena marcha del Estado mexicano, ni para el interés de la sociedad en su conjunto, mantener la indefinición constitucional que hoy sigue privando en esta delicada y trascendental materia.

Para ello, se plantean las normas que den base a la reconducción presupuestal, estableciendo que si al inicio del ejercicio fiscal no se ha aprobado y promulgado la Ley de Ingresos, mantendrá su vigencia la del año inmediato anterior hasta en tanto el Congreso aprueba la del nuevo año; y en el caso del Presupuesto de Egresos de la Federación, en tanto se aprueba el del año que corresponda, continuará vigente el aprobado por la Cámara de Diputados para el ejercicio fiscal inmediato anterior, únicamente respecto de los gastos obligatorios que la Ley señale.[39]

---

38 Artículo 75 de la Constitución.

39 Véase: Senado de la República (2011). Minuta proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, la propuesta consiste en reformar el artículo 75 de la Constitución, considerando que las siguientes obligaciones son de suma importancia para mantener la estabilidad económica y política del Estado, y es por ello que se contemplan los gastos obligatorios para que puedan ser reconducidos en tanto se apruebe el presupuesto: pago de la deuda pública y los adeudos del ejercicio fiscal anterior; percepciones ordinarias de los servidores públicos, así como las erogaciones de seguridad social y fiscales inherentes a dichas percepciones; previsiones de gasto que correspondan a la atención de la población indígena, en los términos del artículo 2, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

Sustitución del presidente en caso de falta absoluta

Actualmente la Constitución regula el procedimiento de sustitución del titular del Poder Ejecutivo en caso de falta absoluta. Se trata de un mecanismo que requiere la intervención de algún órgano del Congreso, ya sea mediante su constitución como Colegio Electoral, o bien a través de la Comisión Permanente, para nombrar a quien ocupará la Presidencia de la República.

Al no existir un mecanismo de sustitución automática, ni siquiera de manera provisional sin intervención del Congreso, ante la falta absoluta del Presidente de la República, se impone la necesidad de procesar un acuerdo entre dos o más fuerzas políticas representadas en las Cámaras que permita alcanzar la mayoría requerida para el nombramiento.

Es importante resaltar que en un escenario en el que una sola fuerza política contaba con una mayoría absoluta en los espacios legislativos, no representaba ningún riesgo para la estabilidad política del país, pues la condición hegemónica de un partido implicaba, llegado el caso, lograr un consenso para garantizar sin demoras una sucesión en la máxima magistratura del país. Empero, con la presencia de un marcado pluralismo político existe el riesgo que ante la eventualidad de la falta absoluta del Presidente de la República, resulte disfuncional el mecanismo de sustitución existente para mantener la estabilidad institucional y la gobernabilidad democrática en ese escenario extremo, sin duda, indeseable.

En ese sentido, resulta conveniente modificar las normas relativas al procedimiento de sustitución presidencial,[40] para introducir un mecanismo que permita, en automático, que un funcionario del más alto rango en el gabinete presidencial, en orden de prelación para evitar la ausencia del presidente, así sea por un lapso mínimo, que comienza con el Secretario de Gobernación, en primer término; en

---

obligaciones contractuales plurianuales cuya suspensión implique costos adicionales, incluyendo las correspondientes a la inversión pública.

40 *Ibíd.,* la propuesta consiste en reformar artículos 84 y 85 constitucionales. La modificación al artículo 85 constitucional también prevé que, en caso de que al inicio del periodo constitucional se registre la falta absoluta del Presidente, y en tanto el Congreso hace el nombramiento del Presidente interino, ocupará provisionalmente la presidencia de la República el presidente de la Cámara de Senadores. Lo anterior con la finalidad de garantizar que en ningún momento la presidencia estará vacante. De igual forma, habrá que modificar dos artículos constitucionales correlativos al tema antes referido, el artículo 83 constitucional para precisar que el mandato del presidente inicia a partir de las cero horas del día primero de diciembre, sin menoscabo de la obligación que al titular del Poder Ejecutivo impone el artículo 87 de la propia Constitución de rendir ante el Congreso de la Unión la protesta y en el mismo establecer que en el caso de que el titular del Poder Ejecutivo no pueda, por cualquier causa ajena a su voluntad, o a la del Congreso de la Unión, rendir la protesta constitucional ante éste último, lo hará ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

caso de falta absoluta de dicho funcionario sería el Secretario de Hacienda y Crédito Público quien asumiría provisionalmente la Presidencia y, a su falta, el Secretario de Relaciones Exteriores

Lo anterior supone que desaparecería la figura de presidente provisional, cargo que hoy en día requiere el nombramiento de la Comisión Permanente; de forma tal que esa figura, generadora de potenciales conflictos, sería sustituida, conforme a esta propuesta, por la asunción provisional de la Presidencia por alguno de los funcionarios antes señalados. Asimismo, tiene la ventaja de que, en tanto en el Congreso de la Unión se procesa la designación del presidente interino o del presidente sustituto, según sea el caso, el mando que caracteriza al Poder Ejecutivo no se vería suspendido en ningún momento, y brindaría el espacio de reflexión y ponderación necesario para que se realice el nombramiento correspondiente.

Ratificación de comisionados de órganos reguladores

En el proceso de modernización del Estado mexicano y sus instituciones un lugar destacado lo ocupa la creación de órganos estatales, dotados de autonomía de gestión y operación, responsables de la regulación de áreas estratégicas de la actividad económica, o bien de la defensa de la sociedad y los consumidores ante situaciones monopólicas, duopólicas, monopsónicas o de dominancia evidente de un agente en el mercado.

La creación de la Comisión Federal de Competencia Económica antecedió a la de otras comisiones que hoy son parte del ámbito de la regulación estatal, que pretende hacer realidad el mandato constitucional de que el Estado sea rector del desarrollo económico nacional. La Comisión Reguladora de Energía y luego la Comisión Federal de Telecomunicaciones, vinieron a complementar y fortalecer un nuevo esquema para que el Estado mexicano pudiese cumplir sus responsabilidades sociales.

Concebidos originalmente como órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal, los entes reguladores en materia económica evolucionaron hacia un nuevo esquema. Empero, por una deficiente normatividad constitucional, el objetivo de que fuesen órganos del Estado, no del gobierno en turno, no se ha cumplido totalmente, el presidente utiliza su facultad para designar a los comisionados en los órganos reguladores, sin la influencia del Congreso de la Unión. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación al diferendo sobre la facultad del Senado para ratificar a los comisionados de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, advirtió al Poder Legislativo de un problema real en esta materia.

Con el propósito de encontrar una fórmula de equilibrio entre las facultades del Poder Ejecutivo en materia de designación de comisionados y la intervención

del Poder Legislativo en ese ámbito, y contar con un mecanismo de pesos y contrapesos que evite la discrecionalidad del primero y al mismo tiempo evite que la politización partidista marque a los comisionados de los órganos. Se propone que el presidente mantenga la facultad de designación de comisionados y el Senado de la República ejerza la atribución de ratificación de los mismos. Si la Cámara de Senadores no otorga su ratificación, el presidente deberá realizar una nueva designación, sin que opere a su favor límite alguno en el número de rechazos (no ratificación).

Integración de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal

Actualmente la norma constitucional dispone que al partido político que, por sí mismo, obtenga el mayor número de constancias de mayoría y al menos el 30 por ciento de los votos, se le debe otorgar el número de curules suficientes hasta alcanzar la mayoría absoluta en dicho órgano (cláusula de gobernabilidad).

Sin embargo, y por el efecto combinado de la mayor competencia entre partidos y la existencia de "candidatos independientes" a diputados a la Asamblea Legislativa, el partido de mayor número de constancias de mayoría tuviese menos de la mitad de victorias en distritos uninominales (19 o menos) pero que hubiese obtenido el 30 por ciento de la votación; ello daría lugar a una situación inaceptable para propósitos y fines de representación del voto popular; es decir, que con 19 o menos constancias de mayoría, un partido obtenga mayoría de curules en ese órgano legislativo.

Respecto de las iniciativas de instaurar la segunda vuelta en la elección presidencial y reducir el número de legisladores y/o reformar las actuales fórmulas de acceso a las cámaras, no se logró un acuerdo que permitiese obtener la mayoría calificada de votos, para cualquiera de ellas o para una solución alternativa. Por lo tanto, no se aprobó reforma alguna al respecto, por lo que las respectivas iniciativas se consideran dictaminadas en sentido negativo, para concluir con el trámite respectivo.

El 27 de abril de 2011, el Pleno del Senado de la República aprobó el dictamen en sentido positivo con Proyecto de Decreto y el 28 de abril de 2011, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, recibió el Dictamen antes mencionado y la Minuta en materia de Reforma Política, turnándolo para los efectos de ley a las comisiones correspondientes para emitir su opinión.

VI. La reforma política en la Cámara de Diputados

La Comisión de Puntos Constitucionales con el propósito de elaborar el dictamen de los temas contenidos en la Minuta del Senado de la República, efectuó

la realización de diversos foros.[41] La Cámara de Diputados aprobó el dictamen de Reforma Política en lo que se refiere a las candidaturas independientes, la iniciativa ciudadana (con el respaldo del 0.13% de la lista nominal de electores) y la eliminación de la llamada cláusula de gobernabilidad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.[42]

De igual manera, aprobó la iniciativa preferente y la ratificación de comisionados de órganos reguladores del Estado por parte del Senado de la República. Los diputados establecieron que en caso de falta absoluta del presidente, el Secretario de Gobernación asumirá provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo, en tanto el Congreso de la Unión nombra al presidente interino o sustituto en un plazo máximo de 60 días y, en caso de que, por cualquier circunstancia el presidente no pudiera rendir la protesta ante el Congreso de la Unión, lo podrá hacer ante la Comisión Permanente, ante las Mesas Directivas da ambas Cámaras y en última instancia, ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otra parte, los diputados no aprobaron la propuesta de consulta popular y el tema de la reelección de legisladores y alcaldes, así como las relativas a la facultad del presidente para hacer observaciones al Presupuesto de Egresos de la Federación y la reconducción presupuestal.

En atención a las diversas modificaciones realizadas al Proyecto del Senado, fue devuelto el 8 de noviembre del mismo año, a la Cámara de Senadores y se turnó la Minuta a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Reforma del Estado y de Estudios Legislativos, para su estudio y dictaminación.

---

41 Se llevaron a cabo los Foros denominados: *"La Reforma Política, cambio estructural en la vida social de México"*, en el Distrito Federal, Mérida, Durango y Guadalajara; los días 14, 15, 21 y 28 de julio, y 1º. de agosto de 2011, respectivamente; en la que participaron académicos, funcionarios gubernamentales, magistrados, diputados y representantes de organizaciones de la sociedad civil. Posteriormente, elaborado el dictamen final de Reforma Política se realizaron la reunión de trabajo de Comisiones Unidas de Gobernación y Constitucionales para discusión y, en su caso, aprobación, el 12 de octubre de 2011. Véase: Cámara de Diputados (2011). Versión estenográfica de la reunión de trabajo de Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, consultado en http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/010_comisiones-lxi/001_ordinarias/020_gobernacion/017_reforma_politica el 28 de octubre de 2011.

42 El dictamen se aprobó en lo general el martes 25 de octubre de 2011, con 418 votos en pro, 15 en contra y 2 abstenciones; y se aprobó en lo particular en las sesiones del 26 y 27 de octubre, 3 y 4 de noviembre de 2011. Véase: Cámara de Diputados (2011). Dictámenes presentados en el primer periodo ordinario del tercer año de la LXI Legislatura 2011. De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Gobernación, con opinión de la Comisión de Participación Ciudadana, sobre la minuta del Senado de la República con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política. http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Dictamenes/61/gp61_a3primero.html el 5 de noviembre de 2011.

El Senado de la República aprobó el 13 de diciembre de 2011, los cambios a la Minuta en materia de reforma política e insistió con el mismo contenido con el que originalmente la envió a la colegisladora,[43] en el derecho ciudadano a votar en consulta popular, en la reelección inmediata de legisladores, el veto presidencial sobre el presupuesto y la reconducción presupuestal.[44]

Las enmiendas a la Constitución se aprobaron y el dictamen se devolvió a la Cámara de Diputados. En este sentido, la Cámara de Senadores resolvió que en caso de que la colegisladora no avale los cambios planteados, los artículos que ya han sido aprobados por ambas cámaras se remitan a las legislaturas de los estados para su trámite correspondiente.[45] El 19 de abril de 2012, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó por mayoría el acuerdo de enviar a los congresos estatales los temas consensuados entre ambas cámaras sobre la Reforma Política.

Finalmente, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión realizó la declaratoria de de la Reforma Política el 18 de julio de 2012, luego de que la mayoría de los congresos estatales aprobaron el Decreto por el que se reforman y adicio-

43 El panista Ramón Galindo dijo que la Cámara de Diputados les regresó una caricatura de reforma política que no incluía nada de lo importante, por eso ahora el Senado le restituye todas las partes importantes. El perredista Carlos Navarrete afirmó que los diputados le metieron tijera a temas fundamentales de manera equivocada pero en el Senado "sigue habiendo una vocación reformadora", por eso insistirán en temas importantes. Mientras que el priísta Francisco Labastida Ochoa, señaló que esta nueva reforma política lleva toda la intención de que sea avalada por los diputados, "vamos a insistir aunque perdamos". Jiménez, Horacio y Michel Elena. Por segunda vez aprueba Senado reforma política; la reenvía a San Lázaro. El Universal, consultado en http://www.eluniversal.com.mx/notas/816039.html el 14 de diciembre de 2011.

44 Véase: Senado de la República (2011). Gaceta del Senado, año XIV, número 3383, 4 de noviembre de 2011. Votaciones del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Reforma del Estado y de Estudios Legislativos, el cual contiene proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política, consultado en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/nov/20111104.html 9 de noviembre de 2011.

45 Véase: Senado de la República (2011). Acuerdo de la Cámara de Senadores, en relación proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política, consultado en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/3/2011-12-13-1/assets/documentos/Acuerdo_Senado.pdf el 17 de diciembre de 2011.

nan diversas disposiciones de la Constitución, en materia política,[46] el cual fue promulgado el 9 de octubre de 2012.[47]

Es importante señalar que los acuerdos parlamentarios no son fáciles de alcanzar; requieren un trabajo delicado e intenso para conciliar intereses diversos y a veces contrapuestos. Son los partidos los que en última instancia decidirán qué propuestas se aprueban y cuáles no.

Asimismo, habrá que considerar que los cambios institucionales no son neutros políticamente y que las fuerzas políticas, más aún en tiempos de alta conflictividad política, como pueden ser los periodo electorales, evalúan de acuerdo con criterios de poder y cálculo político.

VII. Nueva relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo

El cambio político ha constituido un reclamo de largo duración, de confrontaciones políticas intensas, de la búsqueda de acuerdos entre las fuerzas políticas aspirantes a ocupar el poder, y que también se ha efectuado por medios legales y pacíficos. La democracia ha sido el ámbito ideal que ha permitido el consenso sobre las formas de producir la modificación al sistema político mexicano. Lo cierto es que de un régimen de partido único se ha logrado el reconocimiento y participación de diversos actores en la escena política.

Durante las últimas décadas fue necesario fortalecer el sistema de partidos, lograr la innovación de reglas, instituciones y mecanismos que garanticen la autenticidad de los comicios, cuyo resultado a lo largo de este tiempo ha sido la transformación democrática del país. El proceso de evolución política ha desembocado en un régimen plural, en el cual ninguno de los tres principales partidos políticos alcanza a situarse con la mayoría absoluta del electorado, y cuando uno de ellos ha ocupado la titularidad del Poder Ejecutivo, ha tenido que compartir el Poder Legislativo con los demás partidos. El cambio político no ha culminado, pero sin lugar a dudas ha permitido la alternancia en el gobierno. Asimismo, ha resaltado la importancia y la intensificación del debate sobre el régimen de gobierno.

---

46 Véase: Senado de República (2012). Versión estenográfica de la sesión de la Comisión Permanente, celebrada el 18 de julio de 2012, consultado en http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=3846:version-estenografica-de-la-sesion-de-la-comision-permanente-celebrada-el-18-de-julio-de-2012&catid=52:version-estenografica&Itemid=181 el 24 de julio de 2012.

47 Véase: Secretaría de Gobernación (2012). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución, en materia política, consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5262910&fecha=09/08/2012 el 9 de agosto de 2012.

El presidencialismo parece agotado, sin responder a las necesidades que corresponden a la pluralidad de fuerza políticas que convergen en el Congreso de la Unión, luego entonces se hace necesaria la existencia de mecanismos que permitan establecer una nueva relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, con pesos y contrapesos en el ejercicio del poder y la construcción de acuerdos en beneficio del país.

En este sentido, es relevante la innovación en los mecanismos de interacción entre dichos poderes, por ello, algunos autores, como Giovanni Sartori y Dieter Nohlen[48], han propuesto recrear elementos y prácticas de parlamentarismo y adoptar formas híbridas ajustadas a nuestra pluralidad, de manera que el sistema constitucional de pesos y contrapesos discurra de manera eficaz en beneficio de un quehacer legislativo acorde con los requerimientos de la sociedad. El propósito principal debe ser incrementar la capacidad del gobierno y sus instituciones para diseñar, promover e instrumentar sus propuestas de forma transparente y eficaz en función de las demandas y necesidades de la sociedad y sobre todo, del interés nacional de la gobernabilidad y de la consolidación democrática.[49]

Las reformas constitucionales aprobadas por las Cámaras de Senadores y Diputados tienen la finalidad de establecer una nueva relación y balance entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, incorporando y adoptando elementos de origen parlamentario preservando la estructura básica del sistema presidencial. Estos cambios no significan debilitar el poder gubernamental, por el contrario, lo que se pretende es fortalecerlo, en tanto que las políticas públicas, programas y las decisiones de gobierno podrán contar con el apoyo del Congreso de la Unión en un sistema democrático.

Conclusiones

En el marco institucional de los sistemas políticos, se han distinguido tradicionalmente dos formas de conjugar las instituciones de acuerdo al diseño de un gobierno democrático: el sistema presidencial y el sistema parlamentario. Es decir,

---

48 Véase: Sartori, Giovanni (2003). Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. FCE, México; Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1998). El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América Latina. Nueva Sociedad, Venezuela; y Nohlen, *Dieter (1992).* "*Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas"*, en Dieter Nohlen y Mario Fernández (coords.) (1992). Presidencialismo versus parlamentarismo en América Latina. Caracas, Nueva Sociedad, México.

49 Véase: Thibaut, Bernhard (1993). "*Presidencialismo, parlamentarismo y el problema de la consolidación democrática en América Latina"*, en Estudios Internacionales, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, año XXVI, núm. 102.

se ha optado por una rígida separación de poderes, prácticamente sin conexiones entre el Parlamento y el gobierno; o bien, por interconectar el funcionamiento institucional, a partir de la existencia de un gobierno elegido por el Parlamento.

La diferencia más importante de los sistemas de gobierno está en cómo se genera la autoridad del Poder Ejecutivo y su responsabilidad. En gobiernos presidenciales basados en la doctrina norteamericana de separación de poderes, la autoridad del Poder Ejecutivo está generada directamente por el electorado y, por lo tanto, su responsabilidad es ante ellos. Mientras en los gobiernos parlamentarios de origen inglés que se fueron desarrollando gradualmente en Europa occidental, el Parlamento es quien genera la autoridad del ejecutivo, y por lo tanto el gobierno es responsable ante él.

Es en ese contexto que la democracia se entiende como una forma de gobierno. Lo que en gran medida define a la democracia son las instituciones y mecanismos que ordenan la distribución del poder, la atribución de responsabilidades, la competencia política y la convivencia social, es por ello que el diseño institucional impacta en el desempeño y la calidad de los sistemas democráticos. Al influir sobre la capacidad y eficacia del gobierno, la estructura del sistema político se modifica constantemente, y cada vez son menos frecuentes los modelos ortodoxos y puros, por ello los sistemas mixtos de gobierno han alcanzado la condición de categoría.

México vivió 70 años de presidencialismo con un partido hegemónico. Lo que observamos ahora son gobiernos divididos con un sistema plural de partidos, resultado de un proceso de reformas con un énfasis en materia electoral y de partidos. Sin embargo, las últimas reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de Unión están inscritas en establecer una nueva la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo.

El Poder Ejecutivo ha sido tradicionalmente el poder predominante en el Estado mexicano. La práctica del presidencialismo fue una consecuencia del ámbito jurídico y del partido hegemónico establecido a finales de 1929, donde el presidente, además de ser jefe de Estado y jefe de gobierno, se convirtió en jefe real del partido y éste hecho permeó en las relaciones interinstitucionales y en la cultura política y social del país.

Una característica del sistema presidencial es que genera una legitimidad "dual". Es decir, el régimen comporta dos consultas electorales: una para configurar el Poder Legislativo y la otra, el Poder Ejecutivo. El hecho es que la legitimidad popular es reclamada tanto por el jefe del ejecutivo como por los propios legisladores.

La compleja relación que prevalece actualmente entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, proviene de diversos factores y momentos específicos, como el crecimiento de los partidos de oposición, que desde 1988 impidió al presidente la po-

sibilidad de modificar la Constitución mediante el voto disciplinado de los legisladores del PRI, al perder la mayoría calificada en la Cámara de Diputados.

Desde ese momento, el Poder Legislativo mexicano comenzó a abandonar la etapa en que todo se resolvía por la decisión presidencial, para dar apertura a la pluralidad política y al debate parlamentario. Actualmente la nueva correlación de fuerzas en el Congreso ha dado lugar a un auténtico gobierno dividido, donde el presidente carece de las mayorías necesarias de su propio partido en las Cámaras de Senadores y Diputados para apoyar su programa de gobierno.

Es un hecho que transcurrida poco más de una década desde la alternancia en el Poder Ejecutivo, el actual diseño institucional no favorece la capacidad gubernativa, por lo que ha sido necesario reconocer la utilidad de establecer mecanismos de cooperación e interacción, que propicien una relación más fluida y eficiente entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, y garanticen relaciones equitativas. Se han producido cambios significativos en las normas constitucionales, al adoptar elementos y prácticas de origen parlamentario, como la "pregunta parlamentaria" por escrito al presidente y la comparecencia de los miembros del gabinete bajo protesta de decir verdad, que son mecanismos reales de rendición de cuentas del Poder Ejecutivo hacia el Poder Legislativo, o bien, la iniciativa preferente del presidente, la eliminación del llamado "veto de bolsillo" y la ratificación de comisionados de órganos reguladores por parte del Senado de la República, para equilibrar la relación entre ambos poderes. Así, se registra un ajuste importante en los poderes "metaconstitucionales" del presidente, ahora más acotado a la Constitución y a las leyes.

En las relaciones entre los senadores, diputados y el presidente en los ámbitos legislativo y presupuestario, así como de control administrativo y político, se ha acentuado el potencial de conflicto. Por lo que se requiere construir y diseñar las normas y mecanismos institucionales que incentiven el diálogo y la cooperación entre ambos poderes a fin de avanzar en los grandes temas nacionales y en la consolidación de un régimen democrático.

Los integrantes del Congreso de la Unión y el presidente se hallan en un proceso de aprendizaje de sus roles republicanos de poder y responsabilidad compartidos, por lo que es previsible que habrá más reformas, con el propósito de mejorar esta nueva relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, y hacer funcional nuestro sistema de gobierno.

Las reformas constitucionales aprobadas por el Poder Legislativo son reflejo de un régimen de partidos más competitivo, y están propiciando una transformación sustancial en la correlación de fuerzas políticas tanto en el Poder Legislativo como en el Poder Ejecutivo. Asimismo, se establecen nuevas formas para una mayor participación de la sociedad y de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Finalmente, lo que se pretende es promover la participación ciudadana con nuevas normas para estimular la cooperación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, sin demérito de su necesaria división y equilibrio, a efecto de fortalecer sus facultades y capacidades sin debilitar al Estado, sino por el contrario, establecer nuevas bases para la gobernabilidad democrática en un régimen presidencial que cuente con los debidos controles y contrapesos por parte del Congreso de la Unión.

Bibliografía

Cámara de Diputados (1919). *Diario de los Debates*, octubre.

Cámara de Diputados (1921). *Diario de los Debates*, noviembre.

Cámara de Diputados (2011). Versión estenográfica de la reunión de trabajo de Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, consultado en http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/010_comisioneslxi/001_ordinarias/020_gobernacion/017_reforma_politica el 20 de octubre de 2011.

Cámara de Diputados (2011). Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3383, 4 de noviembre de 2011. Votaciones del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Gobernación, en materia política, consultado en http://gaceta.diputados.gob.mx/ el 5 de noviembre de 2011.

Cansino, César (2004). El desafío democrático. La transformación del Estado en el México postautoritario. Cuadernos de Metapolítica, México.

Cruz, Manuel C. (1918). El gobierno de gabinete y la evolución del parlamentarismo en Inglaterra. Imprenta Franco Mexicana, México.

Enríquez, Antonio (1913). Dictadura presidencial o parlamentarismo democrático. Imprenta México, México.

Linz, Juan (1994). "*Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?"*, documento de trabajo.

Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (comps.) (1994). La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas. Alianza, Madrid.

Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (1998). La crisis del presidencialismo. 2. El caso de Latinoamérica. Alianza Universidad, Madrid.

Lujambio, Alonso (2000). *"Del autoritarismo mayoritario a la democracia consensual"*, en Hacia una nueva constitucionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México.

Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1991). Presidencialismo versus Parlamentarismo en América Latina. Nueva Sociedad, Venezuela.

Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1998). El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América Latina, Nueva Sociedad, Venezuela.

Nohlen, *Dieter (1992). "Sistemas de gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas"*, en Dieter Nohlen y Mario Fernández (coords.) (1992). Presidencialismo versus parlamentarismo en América Latina. Caracas, Nueva Sociedad, México.

Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (1998). El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América Latina, Nueva Sociedad, Venezuela.

Palavicini, Félix F. (1938). Historia de la Constitución de 1917, México.

Proud´homme, Jean-Francois (1997). "*Consulta popular y democracia directa*", en Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, IFE.

Presidencia de la República (2009). Presentación de la Iniciativa de la Reforma Política, consultado en http://www.presidencia.gob.mx/2009/12/con-la-reforma-politica-propuesta-si-es-posible-cerrar-la-brecha-entre-politica-y-ciudadania-afirma-fch/ el 15 de diciembre de 2009.

Rabasa, Emilio (1912). La Constitución y la dictadura. Revista de revistas, México.

Sartori, Giovanni (2003). Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. FCE, México.

Secretaría de Gobernación (2007). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SG. México.

Secretaría de Gobernación (2007). Ley para la Reforma del Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril del 2007.

Secretaría de Gobernación (2008). Decreto por el que se reforman los artículos 69 y 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2008&month=08&day=15 el 15 de agosto de 2008.

Secretaría de Gobernación (2008). Decreto por el que se reforma el artículos 88 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2008&month=08&day=29 el 29 de agosto de 2008.

Secretaría de Gobernación (2012). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución, en materia política, consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5262910&fecha=09/08/2012 el 9 de agosto de 2012.

Senado de la República (2007). Convocatoria Consulta Pública de la Reforma del Estado, consultado en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/cenca/content/convocatoria/CONVOCATORIA.htm el 28 de mayo de 2007.

Senado de la República (2007). Estudio de incidencia, idoneidad institucional y viabilidad política de las propuestas presentadas en la consulta pública sobre régimen de estado y de gobierno (2007). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión para la Reforma del Estado, consultado en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/cenca/content/grupos_trabajo/regimen/regimen1.pdf el 30 de octubre de 2007.

Secretaría de Gobernación (2011). Decreto por el que se reforma el artículos 71, 72 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de agosto de 2008, consultado en http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2011&month=08&day=17 el 17 de agosto de 2011.

Senado de la República (2008). Informe de actividades de la Comisión de Reforma del Estado del Senado de la República, consultado en http://www.senado.gob.mx/comi-

siones/LX/reformadelestado/content/informe_actividades/Informe2008.pdf el 30 de octubre de 2008.

Senado de la República (2011). Minuta proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, consultada en http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/reformadelestado/content/dictamenes/index_dictamenes.htm el 15 de diciembre de 2011.

Senado de la República (2011). Gaceta del Senado, año XIV, número 3383, 4 de noviembre de 2011. Votaciones del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Reforma del Estado y de Estudios Legislativos, el cual contiene proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma política, consultado en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/nov/20111104.html 9 de noviembre de 2011.

Senado de República (2012). Versión estenográfica de la sesión de la Comisión Permanente, celebrada el 18 de julio de 2012, consultado en http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=3846:version-estenografica-de-la-sesion-de-la-comision-permanente-celebrada-el-18-de-julio-de-2012&catid=52:version-estenografica&Itemid=181 el 24 de julio de 2012.

Thibaut, Bernhard (1993). "*Presidencialismo, parlamentarismo y el problema de la consolidación democrática en América Latina"*, en Estudios Internacionales, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, año XXVI, núm. 102.

Valadés, Diego (2007). El gobierno de gabinete. UNAM, México.

Venegas, José Manuel (2009). "*¿Del presidencialismo al parlamentarismo? Hacia un nuevo paradigma en el Diseño Institucional. Caso México."* Jurípolis, México.

Fuentes hemerográficas

Ciro Pérez Silva y Víctor Ballinas (2010). *"Valadés: La iniciativa de reforma política de Calderón refuerza el autoritarismo"*, en Diario La Jornada, enero 26, México.

Jiménez, Horacio y Michel Elena (2011). *"Por segunda vez aprueba Senado reforma política; la reenvía a San Lázaro"*, en Diario El Universal, diciembre 14, México.

Montecristo y los derechos humanos

Juan Ramírez Marín

Sumario: Introducción. 1. Negro gordo. 2. El escenario. 3. Drama inesperado. 4. Una mazmorra por destino. 5. Una Declaración. Texto de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 6. Código Penal Napoleónico. 7. Conjura versus ley. 8. Epílogo. Bibliografía.

Introducción

El conde de Monte-Cristo [1] es una novela clásica de aventuras de Alejandro Dumas padre y Auguste Maquet, quien no figuró en el título, ya que Dumas le pagó para que así fuera. [2] Esta obra, con *Los tres mosqueteros*, se consideran las mejores de Dumas, y a menudo se incluyen entre las mejores de todos los tiempos, aunque lamentablemente hay quien las clasifica como novelas juveniles, como si se tratara de un género menor. *El Conde de Montecristo* se terminó de escribir en 1844, y fue publicado en los periódicos, en 18 partes, durante los dos años siguientes, causando sensación entre sus lectores.

No olvidemos que la cultura de masas hunde sus raíces en el siglo XIX, en Francia, en la "Monarquía de Julio" (1830-1848), donde son perceptibles sus innovaciones: reducir a la mitad el precio de las suscripciones (de 80 a 40 francos anuales), cubriendo la diferencia con "anunciantes," llevando la literatura, por vía de la novela de folletín (precisamente como fue publicada por primera vez *El Conde de Monte-Cristo*), al periódico *La Presse*, de Émile de Girardin, en 1836 (*Año I de la era mediática)*. Dos años más tarde, el editor Gervais Charpentier arrastra a la "librería" en un proceso análogo: crea un nuevo formato y reduce significativamente los precios, con lo que desacraliza al libro, considerado en adelante como unidad mercantil, tanto como producción estética. Paralelamente hay una "ola

[1] Montecristo. Pequeña isla de Italia (10 km), en el mar Tirreno, entre Córcega y Toscana.

[2] Maquet fue un colaborador muy activo de Dumas, llegando a escribir obras enteras, que Dumas rescribía.

ilustrativa", con viñetas, grabados, carteles y la fotografía (cuya patente compra el gobierno francés a sus inventores, Niepce y Daguerre, y la entrega al dominio público). Faltaba todavía un público "masivo", que aparece a partir de 1860 y se consolida en la última década de ese siglo. [3]

Puede afirmarse que una gran novela siempre es progresista y en ese carácter *El Conde de Monte-Cristo* cumple dos funciones: En su época jugó un papel para la distracción del gran público- a la manera actual de los deportes,-y simultáneamente el de una válvula, como los movimientos sociales. De todas las pasiones que atormentan al hombre común: ambición arribista, envidia, es la codicia la que domina, junto con las tiranías sociales. Dumas satisface a sus lectores, haciendo resplandecer una ilusión quimérica: muestra ese poder del dinero, volverse una vez, gracias al genio de un viejo abate y a celo inflamado de Dantés, contra el establecimiento social y por esa (tal vez única) ocasión, ganan los débiles. [4]

La trama del *Conde de Monte-Cristo* tiene lugar en Francia, Italia y varias islas del Mediterráneo durante los hechos históricos de 1814-1838 (*Los Cien Días* del gobierno de Napoleón I, los reinados de Luis XVIII y Carlos X), una intriga vertiginosa, narrada con el ágil estilo con el que Dumas alcanzó la consagración, que trata sobre algunos valores en nuestra civilización, entre ellos justicia, amor y perdón. [5]

Es una historia que gira en torno a la justicia, pero no etérea (como valor universal puro) o impartida por la autoridad, sino impuesta por la mano del hombre agraviado, cuando no tiene otro recurso que hacerla valer por sí mismo. Por este motivo, según algunos críticos, es la historia de venganza más planificada, redonda y leída, de la historia de la novela. Dumas supo darle todos los ingredientes necesarios, y hacerlos girar como un engranaje sin fisuras, alrededor del personaje principal, el marino Edmundo Dantés. La venganza ocupa el sitio supremo de la trama y logra la mayor fascinación que una historia de ese tipo puede ejercer.[6] Pero el amor y el perdón intervienen (como en la vida real) y juegan contra esa

---

[3] Un discurso crítico acompaña estas transformaciones, que estigmatiza como "mala" esa incipiente cultura de masas. Dominique Kalifa. *Crimen y Cultura de masas en Francia, siglos XIX-XX*. 1ª edición, Cuadernos Instituto Mora, México, 2008, pp. 9-10.

[4] ALEJANDRO DUMAS. *El Conde de Monte-Cristo*, 6ª edición. Colección Sepan Cuantos, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 847.

[5] Dumas tomó la idea de las memorias de un hombre, Jacques Peuchet, quien contaba la historia de un zapatero, François Picaud, que vivía en París en 1807 y se comprometió con una mujer rica, pero 4 amigos celosos le acusaron falsamente de ser espía de Inglaterra. Fue encarcelado 14 años y durante ese tiempo, un compañero de prisión le legó un tesoro escondido en Milán. En 1814, Picaud fue liberado, tomó posesión del tesoro, volvió bajo otro nombre a París y dedicó 10 años a vengarse de sus antiguos amigos. La novela no dista mucho del hecho real.

[6] lectum.blogspot.com/2006/11/el-conde-de-montecristo.html

venganza justa, [7] pero inaceptable en un naciente estado de derecho, que queda finalmente atemperada.

Recordemos que es precisamente en esa época, en Francia, cuando surgen los derechos humanos, base fundamental del moderno Estado de Derecho (cuya génesis también es decimonónica, sólo que de origen prusiano). De modo que la novela se inserta entre dos mundos jurídicos diversos: uno que acaba de ser abatido, el Antiguo Régimen, en el que la justicia obedecía a otras razones y el nuevo orden que trajo la Revolución Francesa, con su cauda de derechos que dan al hombre una dimensión distinta y transforman, al menos en Occidente, el sentido de la justicia.

Por eso resulta doblemente atractivo analizar esta novela, en un ejercicio comparativo entre literatura y derecho; en dónde se tocan ambos mundos, en qué goznes se cifra la unión entre ellos; cómo se imbrica la ley terrenal en el mundo fantástico de la creación literaria; como se funden para crear una obra maestra.

La literatura es quizá la única forma en que el derecho, anclado en tierra, para regular la conducta cotidiana de los hombres mortales, puede inscribirse en el mundo fantástico de la imaginación, convertirse en arte y hacerse inmortal.

I. Negro gordo

Marie Césette, esclava negra, fue madre, abuela y bisabuela de tres franceses ilustres: Thomas Álexandre Dumas, hijo que tuvo con el marqués de La Pailleterie, colono de Saint-Domingue (hoy Haití), general en la revolución francesa; Alexandre, su nieto, gran novelista, y Alexandre Dumas (hijo), su bisnieto, también escritor, autor de *La Dama de las Camelias* y otras novelas. No sabemos casi nada más de ella, salvo que, al parecer, murió de disentería, cuando Thomas-Alexandre tenía 12 años. Marie-Cessette procedía de Gabón, al oeste de África central, colindante con Camerún y Guinea Ecuatorial, y el apellido *Dumas*, inicialmente *Dûma*, sería de origen fang, etnia local, que significa *dignidad*. [8] Otros piensan que fue el apellido de los negreros que la capturaron y otra versión afirma que procede de su trabajo, ya que *Dumas* viene de "du Mas" que significa "de la granja". [9]

Alejandro Dumas nació el 24 de julio de 1802 en Villers-Cotterêts. Su padre, apasionado cazador, murió cuando el niño aún no cumplía 4 años. Dada la exigua

[7] www.leergratis.com/libros/aventura-y-romance-en-el-conde...

[8] Según Calixthe Beyala, escritora camerunesa, autora de *Los honores perdidos* (*Gran Prix* de la Academia Francesa) y *Mamá tiene un amante* (Premio de literatura de la África negra).

[9] El futuro general Dumas, al que los austríacos llamaron "el diablo negro", se inscribió en el ejército con el apellido materno, no se sabe si por voluntad propia o por exigencias de su familia paterna.

pensión que dejó a su madre Marie-Louise Elisabeth Labouret, el pequeño recibió muy poca educación escolar y pronto tuvo que trabajar como mensajero, vendedor de tabaco y pasante de un notario. Autodidacta, en 1822 visitó por primera vez París. Fascinado por la ciudad y el teatro, regresó unos meses después, con algunas cartas de recomendación para antiguos amigos de su padre.

En 1823 entró al servicio del Duque de Orléans como escribiente, gracias a la recomendación del General Foy. En 1825 estrenó su primer *vaudeville*, *La caza y el amor* y en 1826 publicó su novela, *Blanca de Beaulieu*. Introdujo el Romanticismo en el teatro francés y con la representación (1830), de *Enrique III y su corte* y *Antony* (1831), logró el éxito. En 1824 nació Alejandro, fruto de su romance con la costurera Marie-Catherine Lebay. El 5 de marzo de 1831 vino al mundo Marie-Alexandrine, producto de su relación con la actriz Belle Krebsamer. En 1832 realizó su primer viaje al extranjero (Suiza). Siguieron Italia (1835), Bélgica y Alemania (1838). Así inició sus diarios de viajes. En 1840 se casó con la actriz Ida Ferrer y aunque no duró mucho el matrimonio, continuaron ligados por asuntos legales y económicos.

En 1846, el ministro de Instrucción Pública, M. de Salvandy, invitó a Dumas, su hijo y varios amigos a un viaje. Recorrieron España y en Cádiz tomaron el barco *La Veloce*, que los condujo a Argelia y Túnez. Alejandro recogió las vivencias de ese viaje en sus libros *De París a Cádiz* y *La Veloce*. Amasó una fortuna que dilapidó en fiestas, cenas y un castillo en Le Port-Marly denominado *Monte-Cristo*. Mantenía a sus hijos, a las madres de ellos y varias amantes. Vivía con lujo y derroche, por lo que siempre estaba endeudado. En 1847 fundó el *Théâtre Historique* que 4 años más tarde fue a la bancarrota.

Participó en la Revolución de 1848 y ese año rompió con Maquet, quien lo demandó. La sentencia obligó a Dumas a pagarle 145,000 francos en 10 años. Asediado por las deudas, huyó a Bruselas (1850). En 1853 regresó a París y fundó diversas empresas, todas ruinosas, incluyendo el semanario *Le Monte-Cristo* (1857-60). En 1858 fue invitado por una familia rusa a San Petersburgo, Moscú, Astrakán, Bakú, Georgia y el Mar Negro. A su regreso, 9 meses después, publicó varios libros sobre el viaje, así como traducciones de autores rusos. En 1859 viajó a Italia y conoció a Giuseppe Garibaldi, para quien compró armas en Marsella, que transportó en su buque *Emma*. Luego se dirigió a Tierra Santa, pero en el camino supo que Garibaldi había desembarcado en Nápoles, por lo que fue a Palermo, donde comenzó sus escritos *Los Garibaldinos*. Después de la victoria, Garibaldi lo nombró Jefe de Excavaciones y Museos de Nápoles, donde vivió hasta 1864, mientras escribía *La San Felice* y nacía su hija Micaela, de su relación con Emilia Cordier. A partir de 1869 trabajó en una recopilación de recetas de cocina de los países que había visitado, obra que se terminó póstumamente (1873), como *Gran Diccionario de Cocina*. En 1870 se refugió en la casa de campo de

su hijo en Puys, imposibilitado de regresar a la capital por su estado de salud y la guerra con Prusia. Murió de un ataque al corazón el 5 de diciembre, día en que los prusianos entraban al pueblo. [10]

Dumas fue despreciado por el color de su piel. [11] *El grueso negro (negro gordo)* era el apodo usado por envidiosos y rivales para denostarlo. Una vez alguien trató de insultarlo y respondió: "Es cierto. Mi padre era mulato, mi abuela era negra, mis abuelos eran monos. En suma, señor, mi pedigrí comienza donde el suyo termina." Ese mulato admirable publicó cerca de 300 obras y numerosos artículos, incluidas algunas de las novelas más famosas del mundo. [12]

Fue sepultado en su pueblo natal, hasta que el 30 de noviembre de 2002, el Presidente Jacques Chirac ordenó fuera inhumado en el Panteón de París, ceremonia en la que reconoció que no se había llevado a cabo antes, por el racismo que prevalecía en Francia, que ha tenido muchos escritores ilustres, pero ninguno tan leído como Dumas, cuyas obras se han traducido a más de 100 idiomas. [13]

En la literatura, bien sabemos, la ficción se nutre de la realidad, aunque en ocasiones la segunda supera a aquella; comencemos pues.

II. El escenario

En el Antiguo Régimen galo la administración central tenía un sólo agente para cada provincia; un intendente que llevaba las riendas del gobierno, casi siempre joven de origen humilde que deseaba labrarse una fortuna, elegido entre los miembros menores del Consejo de Estado (cuerpo administrativo cercano al trono). Era comisario delegado, administrador y juez, y designaba en cada cantón un subdelegado. Sin embargo, estos funcionarios poderosos eran eclipsados por el

---

[10] Basado en las *Memorias de D´Artagnan*, obra de Gatien Courtilz de Sandras, Dumas dio forma a la novela *Los tres mosqueteros* (Auguste Maquet investigó el trasfondo histórico y publicó poco después su propia versión).

[11] Dumas no dejó una autobiografía, ni escritos sobre su abuela (aunque intentó encontrar sus huellas en Haití), pero escribió una novela en la que se encuentran algunos datos sobre su condición mestiza: *Georges* (1843) cuenta las humillaciones y revancha de un mulato que-como su padre (el general Dumas), nace en la isla Mauricio (África Oriental, en el océano Índico), va a estudiar a Francia y a su vuelta impulsa una revuelta de esclavos (como la ocurrida en Haití).

[12] Alejandro Dumas hijo fue también menospreciado, por ser hijo natural y por su origen y estas experiencias marcaron su obra. Jacobo Valcárcel. *Una esclava negra, Marie-Césette Dumas*. Las Palmas de Gran Canaria 02/03/2010. Versión en línea. www.guinguinbali.com/index.php?lang=es&mod=news&task= (acceso el 30/04/2012).

[13] Tiene un monumento en la Plaza de Malesherbes de París, inaugurado en 1883, diseñado por Gustave Doré, y junto a la imagen en bronce del escritor, aparece su personaje más destacado, el famoso mosquetero D'Artagnan. es.wikipedia.org/wiki/Alexandre_Dumas_(padre).

brillo y riqueza de la antigua aristocracia feudal. [14] El gobierno central se encargaba del orden público en las provincias. La gendarmería se distribuía por el reino en pequeñas brigadas, bajo la dirección de los intendentes. [15] Para el siglo XVIII el gobierno municipal de las ciudades había degenerado en una pequeña oligarquía.[16]

La Revolución marca el fin del Antiguo Régimen. Francia era el país más poblado de Europa Occidental, el más próspero y el de mayor prestigio intelectual, como centro del Siglo de las Luces. [17] Pero la sociedad francesa era estamental. La nobleza y el clero apenas suponían el 1% de la población, y detentaban el poder político y social. En el Tercer Estado había grandes diferencias. La burguesía, enriquecida por el desarrollo del capitalismo, compraba cargos y títulos nobiliarios, y aspiraba a intervenir en el gobierno, alentada por las ideas ilustradas y el ejemplo de la Independencia norteamericana. Los campesinos (80% de la población), vivían agobiados por los impuestos, derechos feudales y el diezmo a la Iglesia.

Desde 1763 hubo crisis económica, motivada por guerras y mala administración, pero en 1788 las malas cosechas provocaron escasez de alimentos, hambre, y descenso de los precios agrícolas, que la nobleza terrateniente intentó compensar aumentando los tributos, lo que generó disturbios. A ello se sumaron las críticas de los pensadores (Montesquieu, Voltaire, Rousseau y los enciclopedistas) al absolutismo y la Iglesia. Para 1783 las finanzas estaban en situación crítica, debido a los gastos de la Corte, la *Guerra de Siete Años* y el pago de intereses de la deuda por los préstamos a los colonos británicos en la Independencia de EUA (1775-1783), pero la nobleza y el clero hicieron fracasar los intentos de los sucesivos ministros de hacienda (Turgot, Necker, Calonne y Brienne), para eliminar privilegios fiscales. [18]

En Versalles (febrero de 1787), Calonne trató sin éxito, de convencer a una Asamblea de Notables de que aceptasen un impuesto territorial universal, reducir las cargas campesinas y abolir las aduanas interiores. Su sucesor, Brienne, lo intentó nuevamente, pero los notables reclamaron una reunión de Estados Generales, cuerpo consultivo representante de los tres estamentos, reunidos por última vez en 1614. En julio de 1788 Luis XVI decidió convocar los Estados Generales. Los diputados designados por los electores redactaron unos Cuadernos de Quejas,

---

[14] ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución.* 1ª edición, FCE, México, 1996, pp. 121, 122.

[15] ALEXIS DE TOCQUEVILLE. Ob. Cit., p. 125.

[16] ALEXIS DE TOCQUEVILLE. Ob. Cit., p. 131.

[17] DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico.* Versión en línea. Monografías. com. (acceso el 30/04/2012).

[18] La Revolución Francesa y el Imperio napoleónico**.** www.educared.org/wikiEducared/index.php?title (acceso el 2/05(2012).

pero manifestaban lealtad al rey. El clero y la nobleza defendían sus privilegios, mientras el Tercer Estado, solicitaba un cambio político (opinión de la burguesía) y[19] finalmente logró que Luis XVI aceptara duplicar el número de sus representantes.

El 5 de mayo de 1789 se reunieron en Versalles los Estados Generales y [20] el 17 de junio, a propuesta de Sieyès, los diputados decidieron constituirse en Asamblea Nacional. Luis XVI ordenó cerrar la sala de reuniones y los diputados se refugiaron en la Sala del Juego de Pelota. Dirigidos por Mirabeau juraron no separarse hasta elaborar una Constitución, que significaba el triunfo del principio de soberanía nacional y el fin de la monarquía absoluta (Monarquía constitucional, 1789-1792).

El recelo popular contra la reina María Antonieta, en comunicación con su hermano Leopoldo II, emperador del Sacro Imperio Romano Germánico quedó confirmado cuando la familia real fue detenida intentando huir a Varennes, el 21 de junio. El rey fue privado de sus poderes, pero la mayoría moderada de la Asamblea lo restituyó, para frenar el creciente radicalismo y evitar una intervención de las potencias extranjeras.

El 9 de julio, la Asamblea se transformó en Constituyente (1789-1791), pero Luis XVI, mal aconsejado por María Antonieta y otros miembros de su Corte, se opuso, destituyó a Necker y concentró varios regimientos extranjeros en París y Versalles. El 14 de julio el pueblo asaltó La Bastilla, prisión que simbolizaba el despotismo de los Borbones. La burguesía parisina, temerosa de la muchedumbre, estableció un gobierno provisional y organizó una milicia popular (Guardia Nacional), dirigida por La Fayette, y pronto se constituyeron en toda Francia gobiernos provisionales locales y unidades de la milicia. [21]

Aunque el rey retiró las tropas y volvió a llamar a Necker, se desencadenaron disturbios en todo el país *(el Gran Miedo*). La noche del 4 de agosto la Asamblea Nacional, abolió el régimen feudal (pero otorgó compensaciones a la nobleza propietaria), suprimió el diezmo; prohibió la venta de cargos públicos y la exención tributaria de los estamentos privilegiados.

El 26 de agosto la Asamblea aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyos principales inspiradores fueron Mirabeau y Sieyés, que

---

[19] Gracias a la suspensión de la censura, se distribuyeron numerosos panfletos, el más difundido fue el del abate Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado?* que afirmaba que el estado llano era la nación.

[20] 270 diputados de la nobleza, 291 del clero y 578 del Tercer Estado, los que reclamaron el voto por cabeza.

[21] El estandarte de los Borbones fue sustituido por la escarapela tricolor (azul, blanca y roja), símbolo revolucionario, que pasó a ser la bandera nacional. Diego Castro. *Ob. Cit.*

fue el preámbulo de la Constitución.[22] Luis XVI se negó a sancionar la Declaración y los decretos aprobados el 4 de agosto y estalló una nueva revuelta. El 5-6 de octubre, la población parisina, especialmente mujeres, marchó hacia Versalles y sitió el palacio real. Luis XVI y su familia fueron rescatados por La Fayette, quien les escoltó hasta París. [23]

Para enfrentar los problemas financieros, la Asamblea nacionalizó los bienes de la Iglesia, comprometiéndose a sostener el culto y el clero. Estos bienes respaldaron la emisión de papel moneda, que pronto empezó a depreciarse. Las tierras nacionalizadas fueron subastadas, para facilitar a los campesinos el acceso a la propiedad, pero fueron los burgueses y los nobles quienes se beneficiaron.[24]

La Asamblea aprobó la Constitución de 1791 que establecía una Monarquía Constitucional y consagró la soberanía nacional, con división de poderes: el rey detentaba el poder ejecutivo, nombraba y destituía a sus ministros, se le reconocía derecho al veto suspensivo durante 4 años para un decreto votado por la Asamblea. El poder legislativo residía en una Asamblea, elegida cada 2 años por ciudadanos mayores de 25 años, que pagasen un impuesto directo equivalente como mínimo a 3 días de jornal (ciudadanos activos). [25] Se proscribieron los títulos hereditarios. El poder judicial residía en los jueces, siendo el Tribunal Supremo la institución más alta y se crearon los juicios penales con jurado.

La Asamblea inició una reforma administrativa que suprimió la división provincial y estableció departamentos en todo el país, con organismos locales elegibles y una legislación económica liberal: libertad de propiedad, comercio, producción y trabajo. Los gremios fueron abolidos y la ley *Le Chapelier* (1791) prohibió asociaciones de trabajadores. Esta liberalización económica provocó hostilidad popular. Se confiscaron los bienes de la Iglesia católica; se dictó que sacerdotes y obispos fueran elegidos por los votantes, recibieran una remuneración estatal, prestaran juramento de lealtad al Estado y se disolvieran las órdenes monásticas. La Asamblea tenía el control de la política exterior.[26]

---

[22] Los ideales revolucionarios fueron sintetizados más tarde en 3 principios (Libertad, Igualdad, Fraternidad).

[23] DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico*. Versión en línea. Monografías. com. (acceso el 30/04/2012).

[24] En febrero de 1790 la Asamblea suprimió las órdenes religiosas excepto las dedicadas a enseñanza y hospitales. El 12 de julio aprobó la Constitución civil del clero, que establecía la separación Iglesia-Estado. Obispos y curas serían elegidos como los demás funcionarios. Se exigió al clero juramento de fidelidad al rey, a la nación y a la Constitución. La Revolución Francesa y el Imperio napoleónico. www.educared.org/wikiEducared/index.php?title (acceso el 2/05(2012).

[25] El *sufragio censitario*. Los ciudadanos pasivos y las mujeres fueron excluidos.

[26] DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico*. Versión en línea. Monografías. com. (acceso el 30/04/2012).

Los pocos aristócratas conservadores (*negros)*, defensores del antiguo orden, se sentaban a la derecha en la cámara. Los *patriotas*, la mayoría, monárquicos moderados (*constitucionales)* al centro*,* los radicales, como Barnave y Robespierre, a la izquierda. El 14 de septiembre, el rey juró respetar la Constitución. [27]

La Asamblea Legislativa (1791-1792) inició sus sesiones en octubre.[28] Luis XVI ejerció su derecho a veto sobre 2 decretos contra los curas refractarios y los emigrados, provocando una crisis parlamentaria, que llevó al poder a los girondinos, quienes querían declarar la guerra a Austria y Prusia, que ayudaban a los contrarrevolucionarios, aunque los jacobinos se oponían, pensando que antes había que liquidar la contrarrevolución interna. Luis XVI anhelaba la guerra, porque pensaba que la ayuda de los otros soberanos le permitiría recobrar su poder.

En abril de 1792 la Asamblea declaró la guerra a Austria y Prusia. Las derrotas del desorganizado ejército francés, se interpretaron como resultado de un complot de la Corte y el clero. Hubo manifestaciones y protestas de los *sans-culottes* (artesanos, tenderos, pequeños industriales y peones), agitados por los jacobinos. El duque de Brunswick, jefe del ejército prusiano, publicó un manifiesto en el que amenazaba a los parisinos si hacían daño al rey, lo que convenció al pueblo de que el monarca era cómplice de los enemigos. Los *sans-culottes* destituyeron al Ayuntamiento de París, formaron una Comuna y asaltaron el palacio de las Tullerías (10 de agosto de 1792). Luis XVI fue destituido y encarcelado. La Asamblea fue sustituida por una Convención Nacional. El 2 de septiembre la fortaleza de Verdun cayó en manos prusianas. Corrió el rumor de un complot contrarrevolucionario y más de 1,200 sospechosos fueron asesinados por la turba en Paris, Reims, Lyon y otras ciudades.

El 20 de septiembre, el general Dumouriez, al frente del ejército, consiguió la primera victoria sobre los prusianos en Valmy. Al día siguiente se reunió en París la Convención Nacional recién elegida, dominada por la burguesía y su primera decisión fue abolir la monarquía. [29] El 6 de abril, creó el *Comité de Salvación Pública*,

---

[27] Eran miembros del Club de los Jacobinos, que se reunía en el convento de la calle Saint Honoré de París. Otro fue el Club de los Cordeleros, dirigido por Danton.

[28] Compuesta por 745 diputados, divididos en monárquicos constitucionales (264), a la derecha, una izquierda republicana (136), compuesta mayoritariamente por moderados girondinos, y extremistas jacobinos. El centro, «La Llanura» (345 diputados), sin orientación política definida, que oscilaban a uno u otro lado según convenía.

[29] La Convención Nacional con 749 diputados burgueses (sólo había 2 obreros), defendía el liberalismo y la propiedad privada. Dividida en 3 grupos: a la derecha, girondinos (160), alta burguesía de Burdeos, capital de la Gironda, y otros puertos; partidarios de la descentralización y el federalismo. A la izquierda, jacobinos «La Montaña» (140), burguesía media y baja, cuyos dirigentes, Robespierre, Danton y Marat, buscaban aliarse con los *sans-culottes* para resistir la invasión extranjera. «La Llanura» centro, burgueses y republicanos moderados.

órgano ejecutivo, y reestructuró el Comité de Seguridad General y el Tribunal Revolucionario. El 24 de junio, la Convención promulgó la nueva Constitución republicana. Los poderes del Comité fueron renovados mensualmente por la Convención (abril de 1793-julio de 1794), período que se denominó *Reinado del Terror*. La Convención pasó por tres etapas: [30]

En la etapa girondina (1792-junio de 1793), los jacobinos se impusieron por un voto, para condenar a muerte a Luis XVI y ejecutarlo en el cadalso (21 de enero de 1793). El peligro que suponía la política expansionista girondina alarmó a las potencias europeas, que formaron una Primera Coalición (Inglaterra, Austria, Prusia, Piamonte-Cerdeña y España). [31] Una serie de derrotas sufridas por el ejército francés, compuesto por batallones improvisados, provocaron la invasión de Francia. Para hacerle frente, la Convención realizó una impopular leva de 300,000 hombres.

Uno de esos girondinos, de apellido Nortier, que no votó por la muerte del rey, fue desterrado y se reincorporó como bonapartista. Bajo las águilas imperiales llegó a conde y fue senador; ya viejo, cayó en desgracia con Napoleón. Nortier tuvo un hijo, Villefort (poco mayor que Dantés), quien para 1815 era un joven magistrado realista y ambicioso. [32]

En marzo de 1793 se produjo una insurrección campesina en La Vendée, Bretaña, respaldada por la nobleza y el clero. En París los *sans-culottes*, agobiados por la carestía, reclamaban alimentos y medidas contra los especuladores. Los problemas inclinaron a los moderados de *La Llanura* hacia los jacobinos y en junio de 1793, desplazaron a los girondinos, detuvieron y ejecutaron a sus líderes. [33]

La etapa jacobina (junio 1793-1794) fue la más radical. La Convención aprobó una nueva Constitución democrática (junio de 1793). Establecía la soberanía popular. El poder se confiaba a una Asamblea elegida por sufragio universal masculino directo y un Consejo elegido. Reconocía derechos sociales, como atención a los indigentes, derecho al trabajo y a la instrucción. Pero esa constitución nunca entró en vigor. Los jacobinos establecieron un gobierno centralizado, con dos comités dictatoriales:

1. Salud Pública, integrado por 6 miembros y presidido por Robespierre;
2. Seguridad General, encargado de la policía política.

---

[30] La Revolución Francesa y el Imperio napoleónico. www.educared.org/wikiEducared/index.php?title (acceso el 2/05(2012).

[31] Francia había ocupado Bélgica, Holanda, Renania y Saboya y los girondinos declaraban su deseo de llevar a Francia a sus «fronteras naturales».

[32] ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, p. 35.

[33] La Revolución Francesa y el Imperio napoleónico. www.educared.org/wikiEducared/index.php?title (acceso el 2/05(2012).

En los departamentos actuaban delegados del *Comité de Salud Pública*, que Proclamaron el Terror institucionalizado. La *Ley de Sospechosos* ordenaba arresto inmediato de los enemigos de la Revolución. En todos los ayuntamientos se crearon comités de vigilancia. Los sospechosos eran juzgados por un Tribunal Revolucionario que aplicaba justicia expedita. La guillotina se convirtió en símbolo de la violencia revolucionaria. María Antonieta fue ejecutada el 16 de octubre. El número de víctimas llegó a 40,000 (70% trabajadores o campesinos acusados de eludir el reclutamiento, deserción, acaparamiento, rebelión u otros delitos). Se abolió el calendario juliano (octubre de 1793), reemplazado por uno republicano.[34]

Los jacobinos aplastaron la oposición, incluyendo el movimiento de la Vendée. Para aplacar a los *sans-culottes*, radicalizados tras el asesinato de Marat por una girondina, impulsaron reformas sociales y económicas (precio máximo de artículos de primera necesidad, persecución de especuladores, redención de la tierra, educación primaria gratuita). Se realizó otra leva, se reorganizó el ejército y así consiguieron una serie de victorias, que detuvieron la invasión extranjera (fines de 1793). Los moderados como Danton, querían acabar con el Terror. Hébert, líder de los *sans-culottes*, quería medidas más radicales. En el centro, Robespierre logró deshacerse de sus enemigos y establecer una dictadura. En abril, Hébert, Danton y sus seguidores fueron guillotinados. En junio de 1794, el ejército francés derrotó a los austriacos en Fleurus. El 9 Termidor (27 de julio) jacobinos moderados y miembros de *La Llanura* se unieron contra Robespierre, guillotinado al otro día.

La etapa termidoriana (1794-1795) fue un giro a la derecha. La burguesía moderada, representada por diputados de *La Llanura*, regresó al liberalismo. Pero una inflación galopante, hambre y miseria llevaron a una insurrección popular, sometida por el ejército. Comenzaron persecuciones y matanzas de jacobinos y *sans-culottes* en todo el país. En 1795 se aprobó una **nueva Constitución** (del Año III), que suprimió el sufragio universal masculino y volvió al voto censitario. El poder legislativo se dividió en dos asambleas: el Consejo de los Quinientos y el Consejo de Ancianos. El poder ejecutivo se confió a un Directorio de cinco miembros.

El nuevo régimen (1795-1799), fue una República conservadora (Directorio), que sólo permitió la participación política a la burguesía adinerada, por lo que fue muy impopular. Ante el peligro de una revuelta, recurrió al ejército, para detener a la izquierda jacobina, a la *Conjura de los Iguales* de Babeuf, que intentó establecer el comunismo, y a la derecha monárquica (nueva insurrección de la Vendée). En las campañas de Italia contra los austríacos, destacó un joven general, Napoleón Bo-

[34] DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico*. Versión en línea. Monografías.com. (acceso el 30/04/2012).

naparte, que ya se había distinguido en el cerco de Tolón y firmado el Tratado de Campoformio (1797). Dirigió también una campaña en Egipto para cortar la ruta inglesa a la India, que resultó desastrosa pero le dio enorme popularidad.

En 1796, casi seguramente en Marsella, en el seno de una modesta familia trabajadora, nació un niño, a quien pusieron por nombre Edmundo. No sabemos mucho de su madre, pero posiblemente heredó al pequeño unos hermosos ojos negros, cabellos color ébano y una figura alta y esbelta. Los primeros años de ese niño transcurrieron entre los avatares de la época, pues ya desde muy joven, Edmundo Dantés revelaba ese aire característico de calma y tranquila energía, privativa de los hombres habituados desde su infancia a luchar con el peligro [35]

Una Segunda Coalición (1798) entre Inglaterra, Austria y Rusia, hizo peligrar al Directorio. Los tres golpes de Estado que se produjeron en este periodo, reflejan el reagrupamiento de las facciones burguesas. El descontento popular aumentaba. Sieyès, Fouché y Talleyrand, prepararon el golpe de Estado del 18 Brumario (9 de noviembre de 1799), a favor de Bonaparte, que derrocó al Directorio y cerró el ciclo revolucionario iniciado en 1789, que acabó con la monarquía absoluta; los privilegios de la aristocracia y el clero; abolió la servidumbre, derechos feudales y diezmos; disgregó las propiedades e introdujo el principio de distribución equitativa en el pago de impuestos. Las libertades de culto y expresión, enunciadas en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, condujeron a la libertad de conciencia y a derechos civiles para protestantes y judíos. Se inició la separación Iglesia-Estado. [36]

La Revolución (Francesa) derribó simultáneamente todas las instituciones y usos que hasta entonces habían conservado una jerarquía social, y tal vez por eso llegó a considerarse de anárquico, sin embargo, no fue así. [37] Si el primer impulso de la Revolución destruyó la monarquía, ésta fue restaurada en 1,800. No fueron, los principios de administración de 1789 los que triunfaron, sino todo lo contrario, se pusieron de nuevo en vigor los del Antiguo Régimen. [38] Podríamos decir que la contrarrevolución lanzó las tentativas para desviar a los franceses de seguir los principios de la Declaración de Derechos. [39]

El Consulado (1799-1804) respondió a la burguesía que buscaba estabilidad bajo un hombre fuerte y competente. Napoleón prometió restablecer el orden,

---

35 ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, 1995, p. 3.

36 DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico.* Versión en línea. Monografías.com. (acceso el 30/04/2012).

37 ALEXIS DE TOCQUEVILLE. *El Antiguo Régimen y la Revolución.* 1ª edición, FCE, México, 1996, p. 93.

38 ALEXIS DE TOCQUEVILLE. Ob. Cit., p. 145.

39 ALFRED AULARD, citado por Carlos Sánchez Viamonte, en *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa.* Facultad de Derecho, UNAM, México, 1956, pp. 60-61.

respetar la propiedad, institucionalizar los logros revolucionarios y lograr la paz exterior. La Constitución del año VIII (1799) establecía un poder legislativo débil, dividido en 4 asambleas, y dejaba el poder ejecutivo en manos de 3 Cónsules, designados para un periodo de 10 años, renovables indefinidamente: Sieyés, Ducros y Bonaparte, quien fue nombrado Primer Cónsul, concentró los poderes: nombraba senadores, diputados, ministros y funcionarios, tenía derecho de iniciativa, no era responsable ante las asambleas y podía elegir sucesor. [40] Se mantuvo el sufragio universal, pero sólo tenían derecho al voto los ciudadanos incluidos en unas listas previas.

Napoleón concedió amnistía a los realistas y deportó a los líderes jacobinos. En 1801 firmó un Concordato con el papa Pío VII. La religión católica fue declarada mayoritaria (no oficial); se comprometió a sostener el culto y a los sacerdotes (a cambio el Papa aceptó la nacionalización de los bienes del clero). Realizó una centralización administrativa, con departamentos asistidos por un prefecto. Reorganizó el sistema financiero, creó el franco, el Banco de Francia y una reforma judicial que unificó las leyes mediante el Código Napoleónico (1804), consagró la libertad económica y personal, la igualdad ante la ley, la propiedad, y el concepto romano de familia.

Bonaparte, de extraordinaria memoria y capacidad de trabajo, fue hábil gobernante. Derrotó a Austria (Marengo, 1800) y firmó el Tratado de Luneville (1801), por el que toda Italia, excepto Venecia, quedó en manos de Francia; después selló la Paz de Amiens con Inglaterra (1802) y aprovechando el entusiasmo popular, se hizo nombrar cónsul vitalicio mediante un plebiscito. Durante el Consulado, consolidó las reformas. Estableció el *habeas corpus* y disposiciones para la celebración de juicios justos. Estableció un tribunal y un jurado en las causas penales, y respeto a la presunción de inocencia del acusado, quien recibía asistencia letrada.[41]

En 1803 se reanudaron hostilidades con Gran Bretaña. En 1804, tras descubrir una conspiración para asesinarlo, Napoleón se nombró Emperador, con respaldo de otro plebiscito. La coronación tuvo lugar ante el Papa Pío VII, en Notre Dame, el 2 de diciembre. Napoleón se rodeó de familiares y una nueva nobleza imperial. La nueva Constitución del año XII concentró los poderes en el emperador, con censura interna y una policía poderosa en manos de Fouché. Francia vivió una expansión económica, iniciando la industrialización, aunque las guerras frenaban el comercio. Napoleón construyó un Imperio que se extendía por casi

---

[40] MARCO ANTONIO GÓMEZ PÉREZ. *Napoléon, vida, conquistas, aportaciones y ocaso*. 1ª edición. Grupo Editorial Tomo, México, 2002, p. 69.

[41] DIEGO CASTRO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico*. Versión en línea. Monografías. com. (acceso el 30/04/2012).

toda Europa y difundió las ideas de la Revolución Francesa, gracias a un ejército disciplinado, muy ligero y fácil de avituallar, con tácticas nuevas, maniobras envolventes y ataques frontales.

En 1805, Nelson al mando de la flota de la Tercera Coalición (Gran Bretaña, Austria y Suecia), derrotó en Trafalgar a la armada franco-española, pero el ejército francés, dirigido por el mariscal Soult venció a los austriacos en Ulm y Austerlitz. En 1806 Napoleón colocó a sus hermanos Luis y José como reyes de Holanda y Nápoles y creó la Confederación del Rhin. Se formó una Cuarta Coalición, integrada por Inglaterra, Rusia y Prusia. Napoleón derrotó a Prusia en Jena, dando a su hermano Jerónimo el trono de Westfalia. Rusia fue vencida en Eylau y el zar Alejandro firmó la Paz de Tilsit (1807). Napoleón trató de someter a Inglaterra mediante un bloqueo, pero el contrabando lo impidió. Portugal rechazó unirse al bloqueo, lo que llevó a Napoleón a ocupar España (1808) y Portugal. La guerra en la Península Ibérica, en la que intervino Inglaterra, duró 6 años.

En 1808, en condiciones oscuras, un erudito abate italiano apellidado Faria es encarcelado en la fortaleza de Fenestrelles y tres años después (1811) es enviado a Francia y recluido en el castillo de If.[42]

La Quinta Coalición (Austria e Inglaterra), nació en 1809. Austria fue vencida en Wagran y Napoleón se casó con María Luisa de Austria para entroncar con la casa Habsburgo. Pero los problemas económicos derivados del bloqueo (escasez, inflación) y las luchas incesantes lo hundieron lentamente, tras la desastrosa campaña de Rusia, donde el ejército francés, castigado por el duro invierno, se vio forzado a retirarse.

Se formaron una Sexta (1812) y Séptima Coalición (1813) integradas por Inglaterra, Austria, Prusia, Rusia y Suecia, que derrotaron a los franceses en Leipzig. Francia fue invadida. Napoleón abdicó y fue desterrado en la isla de Elba (1814). Francia quedó reducida a sus fronteras de 1792 y los Borbones fueron restaurados (Tratado de París). Luis XVIII, hermano de Luis XVI, ocupó el trono. Cuatro meses más tarde Napoleón, creyendo que los franceses no deseaban la restauración borbónica, escapó y regresó al poder en el Imperio de los *Cien Días*. "El usurpador abandonó la isla de Elba el 26 de febrero y ha desembarcado el 1º de marzo…en Francia…en una ensenada cerca de Antibes, en el golfo Juan", informó el jefe de policía a Luis XVIII, en presencia de Villefort. [43] Una coalición de Rusia, Austria, Prusia y Gran Bretaña, bajo el mando de Wellington, lo derrotó definitivamente en Waterloo (1815), y fue enviado al destierro a la remota isla de Santa Elena, donde murió en 1821.[44]

---

[42] ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, p. 102.

[43] ALEJANDRO DUMAS. Ob. Cit., p. 102.

[44] La Revolución Francesa y el Imperio napoleónico**.** www.educared.org/wikiEducared/index.php?title (acceso el 2/05(2012).

La Europa de la Restauración abarca un periodo corto, desde la caída de Napoleón (1814), hasta las revoluciones europeas (1830). Durante estos 16 años los gobiernos trataron de reaccionar frente a los vientos de cambio que impulsaba la Revolución Francesa y volver al Antiguo Régimen, pero ya no fue posible.

Luis XVIII al subir al trono francés (1814) promulgó una Carta Otorgada, emanada de su autoridad real, pero reconocía los derechos del pueblo y respetó, en su mayoría, las instituciones revolucionarias y napoleónicas. Esa Carta constitucional establecía dos cámaras legislativas limitadas, pues carecían de poder de iniciativa y podían ser disueltas por el monarca en cualquier circunstancia. La cámara baja (diputados), se elegía a través de voto censitario e indirecto. El rey puso en marcha una política conciliadora, pero tuvo que hacer frente a serios problemas, sobre todo inicialmente, como vimos, por el intento napoleónico de los *Cien días*, pero las reformas y el éxito militar de *Los Cien Mil Hijos de San Luis* restablecieron el nuevo orden en Francia.[45]

En ese imperio de los *Cien Días*, Napoleón "hubiera sin duda destituido a Villefort, de no haber mediado la protección de Nortier. Pero después, en la Restauración, quien cayó fue el procurador del rey y Villefort quedó en su puesto."[46]

Así las cosas, el 24 de febrero de 1815, el vigía de *Nuestra Señora de la Guardia*, en el puerto de Marsella, "avisó la llegada del *Faraón*, buque de tres palos que procedía de Esmirna, Trieste y Nápoles" [47] y sólo 4 días después, el 28 de febrero es injustamente encarcelado Edmundo Dantés, en la célebre prisión del castillo de If.[48]

Las fuerzas políticas del Antiguo Régimen intentaron mantener el *statu quo*, mientras la burguesía pugnaba por mayor poder. Hacia fines de la década de 1820, la burguesía logró un peso importante en la Cámara de Diputados, al tiempo que el rey borbón, Carlos X, concentraba el poder. En 1829 las elecciones conformaron una cámara baja integrada por una mayoría liberal. Carlos X decide disolverla y proclama 4 ordenanzas: reduce el número de diputados y alarga su mandato; restringe aún más el derecho a voto, y suprime la libertad de prensa.

París no tardó en responder al desafío del monarca, con una insurrección general que se prolongó tres jornadas (las "tres gloriosas"). El ejército real fue vencido y Carlos X abdicó (Revolución de 1830). Subió al trono Luis Felipe de Orleans, "rey de las barricadas". Pero la mayoría liberal de la cámara, las altas finanzas y el nuevo rey, pronto se coaligaron para excluir al pueblo. Por lo tanto, esa revolución no produjo mayores cambios, salvo en las capas sociales dirigentes:

---

45 LAURA RUIZ CÓRDOBA. *La Europa de la Restauración*. Versión en línea. http://www.liceus.com/cgi-bin/gba/100731.asp# (acceso el 8/05/2012).

46 ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, p. 75.

47 ALEJANDRO DUMAS, Ob. Cit., p. 3.

48 ALEJANDRO DUMAS. Ob. Cit., p. 97.

la gran burguesía sustituyó a la nobleza en los puestos clave, y el soberano legítimo fue sustituido por el rey burgués".[49]

El peso político de la burguesía se expresó en la ampliación del voto, suprimió el derecho del monarca de promulgar leyes o decretos de emergencia y concedió a las cámaras el derecho de iniciativa para legislar. La monarquía restringió, a través de artimañas, algunos derechos democráticos, como la libertad de prensa, al encarecer los periódicos y hacerlos inaccesibles para amplios sectores sociales. El poder se concentró en una reducida élite de las altas finanzas y la nobleza liberal. Luis Felipe y su camarilla intentaban negociar, procurando mantener el equilibrio con los otros sectores sociales. De allí que se llamara a este régimen del "justo medio".

El 27 de febrero de 1829, exactamente 14 años después de haber sido injustamente encarcelado, Edmundo Dantés logra huir de prisión. Habíuendo sido prendido cuando tenía 19 años, tenía en ese momento 33 cumplidos. [50] Meses después, las revoluciones liberales de la década de 1830 empezarían a sacudir Europa. La restauración, instituida en el Congreso de Viena, no se pudo mantener. En realidad, la burguesía nunca compartió con el proletariado las ideas revolucionarias; su pugna contra los derechos civiles comenzó en la misma Revolución y para 1831 el *Journal des Débats* reconocía: "cada empresario vive en su fábrica como un dueño de plantación entre sus esclavos". [51] Así, apareció una nueva tendencia política en Francia: la socialista. Aunque se trataba, en su mayoría, de un socialismo premarxista, se dirigía a los sectores populares y pequeño burgueses. En 1839 se inventó el daguerrotipo, que cambió nuestra forma de ver el mundo.[52] Se esbozaban así el conjunto de elementos que conducirían a la revolución de 1848.[53]

III. Drama inesperado

Como no se trata aquí de resumir la trama de *El Conde de Monte-Cristo*,[54] ni dar demasiadas pistas sobre todos los hilos de la compleja historia, para evitar que al-

---

[49] BERGERON *et al. La época de las revoluciones europeas*, *1780-1848*. México, Siglo XXI, 1991. p. 260.

[50] ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, 1995, p. 144.

[51] WALTER BENJAMIN. *París, capital del siglo XIX*. Librería Madero S. A., México, 1971, p. 52.

[52] WALTER BENJAMIN. *París, capital del siglo XIX*. Librería Madero S. A., México, 1971, p. 22.

[53] ELISA MORALES. *La revolución de 1830 en Francia: historia del siglo XIX*. elisa-morales.suite101.net/la-revolucion-de-1830-en... (acceso el 9/05/2012).

[54] JEAN-PAUL BENDIT, Conde de Monte-Cristo (1751-1785), noble francés que, en 1789, defendió la Revolución. Colaboró en la redacción de la Constitución (1791); detenido (1792), acusado de traición, puesto en libertad, por falta de pruebas y asesinado con ácido sulfúrico, bajo pretexto de una limpieza bucal, método frecuente en la época. Dumas conoció a Fray José Custodio de Faria,

gún lector de estas líneas, que no haya leído la novela, pierda interés en ella, se brinda a continuación un apretado resumen de la primera parte, sólo el mínimo necesario para el desarrollo de este trabajo:

Aunque Dumas no lo relata al principio de su novela, pocas páginas después nos enteramos que, durante el viaje que recién había terminado, al salir de Nápoles, había caído enfermo el señor Leclerc, capitán del *Faraón*, y antes de morir pide a Dantés, joven marino, que era su segundo, como un favor especial, que desembarque en Elba, se entreviste con el emperador en desgracia y le entregue una carta (recordemos que Napoleón derrotado, está exiliado en esa isla, desde donde conspira para regresar al poder, lo que logrará fugazmente en *El Imperio de los 100 días*). El capitán Leclerc muere poco después, Dantés se hace cargo del buque y cumple con la orden. Pero el emperador le entrega otra carta y le pide que la lleve personalmente a París, al domicilio de un hombre que Dantés no conoce. [55]

Sabemos que después de esa larga y azarosa travesía, Dantés regresa a Marsella, donde lo esperan su anciano padre, su empleador Pierre Morrel (quien trata a Dantés con amabilidad e intercede por él cuando es capturado) [56] y sus amigos. Dantés está a punto de recibir la promoción a capitán de navío, y casarse con Mercedes Herrera, una bella joven española. [57]

Sin embargo, Edmundo no se percata de cómo su felicidad y su buena fortuna molestan a quienes considera sus amigos. Danglars, contador del buque, envidia que vaya a ser capitán; Fernando Mondego, primo de Mercedes, secretamente enamorado de ella, odia a Dantés por ser el amado de la hermosa catalana.

En una taberna, bajo la débil luz de una linterna y al calor del alcohol, Danglars, Fernando y Gaspar Caderousse**,** sastre y hostelero deshonesto donde viven Dantés y su padre, fraguan la traición, que Danglars ejecuta redactando con la zurda la carta anónima que acusa a Edmundo de agente bonapartista. [58]

Por esa calumnia, Edmundo es arrestado el día de su boda y llevado ante Gerard de Villefort, joven y ambicioso sustituto del procurador del rey. Aunque Villefort se convence enseguida de la inocencia del joven marino, cuando está a punto de liberarlo, descubre que el destinatario de la carta de la que era portador Edmundo, no es otro que el propio padre del magistrado: Nortier, el viejo bonapartista. Sin embargo, dado que Villefort, poco escrupuloso, ha denunciado a su propio padre para mejorar sus relaciones con el actual régimen realista,

---

monje indo-portugués, uno de los pioneros del estudio de la hipnosis, representado por el personaje del monje 'loco' (abate Faria).

55 ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, p. 45.

56 sites.google.com/site/analisiscondemontecristo

57 novelasdeaventuras.blogspot.com/2009/11/el-conde-de...

58 ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, pp. 20-24.

y teme que una nueva duda sobre su verdadera lealtad pudiera dañar su carrera y evitar su inminente boda con la señorita Renée de Saint-Méran, heredera de una familia aristócrata, decide enterrar este secreto, y sin piedad, envía preso a Dantés al Castillo de la isla de If.[59]

IV. Una mazmorra por destino

Marsella, bulliciosa ciudad porteña en la costa azul, fue anexionada a Francia en 1481, conservando el privilegio de auto-defenderse. [60] Por eso, se edificó después el castillo en la isleta de If, situada justo frente al puerto. En 1516 hizo escala en la isla una nao portuguesa que transportaba de Lisboa a Roma al célebre rinoceronte indio que el rey Manuel I de Portugal ofrecía al papa León X. Fue el primer animal de este tipo que se veía en el continente europeo desde el año 248. Tras la victoria de Marignan, Francisco I de Francia, con su corte, se desplazó

[59] ALEJANDRO DUMAS. Ob. Cit., pp. 40-48.

[60] Segunda ciudad más poblada de Francia, con 859,543 habitantes y puerto comercial más importante del país, con actividad en petroquímica, refinación de petróleo, construcción naval e industria; sede de un arzobispado y centro universitario. Se han encontrado pinturas rupestres paleolíticas en la cueva submarina de Cosquer, (27,000-19,000 a. C). En la colina de Saint-Charles, hay restos de viviendas de ladrillo del neolítico. Hacia el VI milenio a. C., navegantes introdujeron la agricultura, ganadería, alfarería y el pulido de piedra. Según Tucídides, griegos de Focea (península de Anatolia), fundaron el establecimiento comercial (*emporion)* de *Massalia* hacia el 600 a. C, para remontar el Ródano hacia el nacimiento del Danubio, donde comerciaron con tribus celtas. La colonia prosperó gracias al comercio entre Roma y los galos, facilitando el intercambio de bienes, esclavos y vino, cuya elaboración en Marsella se remonta al siglo IV a. C. En el 49 a. C., fue anexionada a Roma por Julio César, adoptando el nombre latino de *Massilia*. Los romanos construyeron el primer alcantarillado público. En el siglo V, fue gobernada por los visigodos, que la cedieron a los ostrogodos tras la Batalla de Vouillé (507), para evitar, sin éxito, que cayera en manos de los francos. En la primera mitad del siglo IX, fue saqueada 2 veces por tropas musulmanas de Al-Ándalus (838 y 846). En 1262, la ciudad fue sometida por Carlos I de Sicilia y Nápoles. En 1347, la peste negra, mató casi 50,000 de sus 90,000 habitantes. La ciudad fue saqueada en 1423 por la flota de Alfonso V de Aragón. Fue usada por el duque de Anjou en la reconquista de Sicilia. Marsella se unió a Provenza (1481). Hacia fines del siglo XVI sufrió otro brote de plaga. Un siglo más tarde Luis XIV acudió a sofocar el levantamiento contra el gobernador. En 1720, la Gran Peste provocó 100,000 muertes en la ciudad y provincias limítrofes. La población local abrazó con entusiasmo la Revolución francesa y 500 voluntarios marcharon a París (1792), cantando una canción, *La Marsellesa*, hoy himno nacional francés. Durante el siglo XIX las instalaciones portuarias se extendieron y se instalaron muchas fábricas. En la 2ª Guerra Mundial, fue ocupada por la Wehrmacht (noviembre/1942-agosto/1944). En 1962 hubo una gran inmigración después de la independencia de Argelia, que incluyó unos 150,000 *Pieds-Noir*s, que han dado a la ciudad un vibrante barrio africano, con un gran mercado. es.wikipedia.org/wiki/Marsella (acceso el 18/06/2012).

hasta la isleta para poder verlo (más tarde el animal reemprendió su viaje, aunque lamentablemente naufragó frente a la costa de Liguria).

Francisco I ordenó la construcción de una fortaleza sobre la isla. Ocho años después (1524), tropas de Carlos V intentaron sitiar Marsella, todavía indefensa. El comisario del rey Mirandal logró rechazar a los asaltantes, pero este episodio demostró la urgencia de fortificar la entrada del puerto y ese mismo año se construyeron los primeros muros del castillo. Los marselleses no apreciaban entonces la fortaleza, que denominan *"vecina inoportuna"* y cuando 200 soldados y 22 piezas de artillería se instalaron en la isla, la consideraron símbolo del poder central sobre su territorio. Sobre la construcción, hay otra hipótesis, que da la razón a los marselleses: Francisco I la habría hecho construir para vigilar a la ciudad, incorporada a la Corona francesa tan sólo 35 años antes, por lo que las supuestas amenazas españolas no fueron sino un pretexto. Efectivamente, el alcance de aquellos cañones no habría permitido detener a hipotéticos sitiadores en tierra, además la debilidad constructiva del castillo, no representaba gran resistencia. Sin embargo, impedía las salidas y entradas de buques (y las naves fondeadas quedaban bajo el tiro de sus cañones), a la vez que podía bombardear las fortificaciones de la ciudad, en apoyo de tropas de sitio de la misma.[61]

Debido a la hostilidad de los marselleses, la construcción se hizo parcialmente, reutilizando piedras de iglesias y conventos en ruinas, así como sillares extraídos de una cantera cercana, donde hoy siguen visibles las marcas de las herramientas de los canteros. También se aprovecharon restos de la destrucción provocada por el sitio de los ejércitos españoles. La construcción del castillo finalizó en julio de 1531 y cuando Carlos V atacó Marsella (1536), la fortaleza hizo fracasar su ofensiva.

Encaramado sobre el islote calcáreo de 3 hectáreas, el castillo forma un cuadrado de 28m de lado, rodeado de 3 torres cilíndricas, con amplias troneras. La torre más alta, *San Cristóbal*, en el noroeste, domina el mar desde lo alto de sus 22m. Construida entre 1524-1527, su torreón data de 1529. Las otras dos torres, *San Jaume* y *Maugouvert*, situadas respectivamente al nordeste y sudeste, están frente a la ciudad. Las 3 torres, unidas por una amplia terraza que domina un patio estrecho y profundo sobre el que se abren dos niveles–vivienda y cocina en planta baja, casamatas en el primer piso–concentraban una potencia de fuego considerable que la hacía una ciudadela temible. En 1702, Vauban (1633-1707) ordenó la

61 *Castillo de If, la fortaleza de Marsella.* locuraviajes.com/.../castillo-de-if-la-fortaleza-de-marsella (acceso el 7/06/2012).

construcción del edificio del cuerpo de guardia denominado "cuartel Vauban", a la derecha de la fortaleza.[62]

El castillo empezó a ser utilizado como prisión a mediados del siglo XVI (algunos años después de concluida su construcción), ya que su situación geográfica y su arquitectura, lo hacían una cárcel ideal, de donde parecía imposible escapar. El primer prisionero fue el caballero Anselmo (1580), acusado de complot contra la monarquía. Murió estrangulado en su celda. Tras la revocación del *Edicto de Nantes*, las mazmorras de If albergaron 3,500 protestantes, entre ellos Jean Serres y Elie Neau. Entre sus muros vivió Juan Bautista Chataud, capitán del Gran Saint-Antoine, responsable de la peste de Marsella en 1720. También fueron encarcelados ahí, mediante carta con sello real, hijos de buenas familias, como Mirabeau, encerrado en 1774 a petición de su padre, aunque su estancia fue agradable, alquiló una celda, engatusó al comandante y sedujo a la cantinera. Cuando fue repatriado a Francia, el féretro del general Kleber, después de ser asesinado en el Cairo (1800), permaneció 18 años en el castillo. Tras los motines de junio de 1848, 120 personas fueron encerradas en las celdas, y 304 opositores republicanos fueron amontonados en los calabozos tras el golpe de estado del 2 de diciembre de 1852, esperando su deportación a Argel y Guayana. En 1870, durante la caída del Segundo Imperio, tras el anuncio de la independencia de París, Gastón Crémieux encabezó un movimiento que se apoderó de la prefectura. La Comuna aplastada y Crémieux enviado a If y fusilado (1871). Otros famosos prisioneros, fueron por supuesto, Edmundo Dantés y su viejo y sabio compañero de reclusión, José Custodio, abate de Faria, nacido en Roma, secretario del cardenal Rospigliosi por más de 20 años y detenido sin saber la causa, desde comienzos de 1811.[63]

El castillo de If fue declarado monumento histórico por decreto del 7 de julio de 1926 y atrás quedaron los años, en que una visita podía tomar toda una vida a la sombra. Hoy lo disfrutan unos 90,000 turistas al año, que recorren sus celdas oscuras, contemplan Marsella bajo el sol y retornan al puerto a refrescarse un buen vaso de vino, o tal vez una cerveza helada.

V. Una Declaración

Recordemos que el 6 de julio de 1789 la Asamblea Nacional francesa había nombrado una comisión encargada de elaborar un proyecto constitucional, que tres días después entregó un informe en el que recomendaba que la nueva Ley

---

62 Arquitectura del Castillo de If en Marsella. tepatoken.com/historia/el-castillo-de-if-arquitectura (acceso el 7/06/2012).

63 ALEJANDRO DUMAS. Ob. Cit., p. 85.

Fundamental incluyera, como preámbulo, una exposición general de los **principios universales** que se pretendían consagrar en la misma. El marqués de La Fayette, con la colaboración de Thomas Jefferson (autor de la Declaración de Independencia de los EUA y embajador en París en aquel tiempo), presentó un borrador el 11 de julio, criticado por los reformistas moderados, quienes consideraron que la naturaleza de sus principios provocaría la abolición de la monarquía y el caos social, temor que se extendió y generó una espiral de violencia.

El debate se reanudó a comienzos de agosto. Los reformistas, influidos por la legislación británica y las obras de Charles-Louis de Montesquieu, opinaban que la declaración debía enumerar los deberes y derechos de los ciudadanos y servir únicamente como una enmienda a leyes anteriores. Los radicales, defensores de las teorías de Jean-Jacques Rousseau y del modelo constitucional de EUA, insistían en que era necesaria una declaración abstracta de principios con respecto a la cual pudiera ser evaluada y contrastada la nueva Constitución, que finalmente fue aprobada.

La Declaración consta de una *exposición de motivos* y 17 artículos, que definen los derechos que sus autores consideraron *naturales e imprescriptibles* como la libertad, propiedad y seguridad. Reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y afirma el principio de la separación de poderes. Lo que sorprende es la contradicción entre el éxito histórico del texto y las difíciles condiciones de su producción, así como su carácter inacabado. [64]

Luis XVI la ratificó el 5 de octubre de 1789, bajo presión de la Asamblea y el pueblo, que había acudido a Versalles y efectivamente, el texto sirvió de preámbulo a la primera Constitución Francesa (1791). Sin embargo, pronto surgió una contradicción evidente entre una revolución que basaba su justificación en la idea de la igualdad natural y política de los seres humanos, pero negaba el acceso de mujeres, a los derechos políticos, lo que significaba negar su libertad e igualdad. [65]

Por eso la autora teatral y activista revolucionaria Olimpia de Gouges (1748-1793) publicó en 1791 la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), una calca de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Olimpia denunciaba que la Revolución había olvidado a las mujeres. Afirmaba que "la mujer nace libre y debe permanecer igual al hombre en derechos" y "la Ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las ciudadanas y ciudadanos deben contribuir, personalmente o por medio de sus representantes, a su formación". Reclamaba libertad, igualdad y derechos políticos, especialmente

---

[64] CHRISTINE FAURÉ. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. CNDH-FCE, México, 1995, p. 15.

[65] Condorcet comparaba la condición social de las mujeres de la época con la de los esclavos.

el derecho de voto femenino. Lamentablemente el texto de Olimpia no pasó de propuesta. [66]

En el transcurso de la Revolución Francesa fueron aprobadas otras dos Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano (1793 y 1795). Posteriormente, fue aprobada una más (1848). Esas Declaraciones son sólo actualizaciones que corrieron con fortuna diversa. [67]

La Declaración de 1793 tuvo carácter más democrático (defendía el derecho a la sublevación frente a la tiranía y prohibía la esclavitud) y precedió a la Constitución de 1793. Hace énfasis en el trabajo y la solidaridad a favor de los ciudadanos desposeídos. [68] Pero esa Constitución nunca entró en vigor.

La Declaración del 5 Fructidor del año III (22 de agosto de 1795), más próxima a la de 1789, reafirma un principio de soberanía ciudadana. [69] También se incluyó en el preámbulo de la Constitución del año III.

En esencia, la Declaración, junto con el Decreto de abolición de los derechos feudales, redactada por la Asamblea Constituyente francesa, representan el final del Absolutismo y el triunfo de la revolución liberal. El texto es una selección de los principios del liberalismo político, fundamento de los sistemas democráticos actuales, basado en la *Virginia Bill of Rights* redactada por Jefferson, que sirvió de inspiración a la Constitución norteamericana (1787). Así, esta nueva teoría política se concretó en EUA, después en Francia y luego se extendió al resto del continente europeo y Occidente. [70] Estas revoluciones políticas liberales, con fundamento en la Ilustración, dieron lugar a nuevas formas de gobierno, basadas en la voluntad mayoritaria, la igualdad ante la ley, la libertad individual y un derecho racionalista. Así, la sociedad estamental (feudal) se transformó en una de clases burguesa (capitalista).

Con el tiempo, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* fue uno de los mayores logros de la Revolución Francesa y un modelo para todo el mundo. Garantiza la protección legal del ciudadano contra el poder del Estado y el abuso de quienes detentan el poder. Un listado de preceptos que favorecen al ciudadano, para ser tratado con dignidad e igualdad. Con sus aciertos y errores, limitada en su ámbito de aplicación, y expresión de un sector social adinerado, deseoso de ocupar cargos políticos, es preciso reconocer, sin embargo, que a partir de ella, el

---

[66] www.slideshare.net/Traviata2000/declaracin-de-los...(acceso el 3/04/2012).

[67] CHRISTINE FAURÉ. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. CNDH-FCE, México, 1995, p. 18.

[68] CHRISTINE FAURÉ. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. CNDH-FCE, México, 1995, p. 26.

[69] CHRISTINE FAURÉ. Ob. Cit., p. 27.

[70] La Declaración tuvo gran repercusión en España y sus colonias americanas.

concepto de democracia griega resurgió, luego de siglos de olvido: El poder es del pueblo y no de quien lo detenta en su nombre. [71]

El ideario de la Declaración está presente en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la ONU (1948), en la Convención Europea de los Derechos Humanos, firmada en Roma (4 de noviembre 1950) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, de 1969), entre otros documentos.

Texto de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano[72]

> "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo en cada instante ser comparados con el objetivo de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios simples e indiscutibles, redunden siempre en el mantenimiento de la Constitución y la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.

Artículo 2. El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a un tercero; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.

Artículo 5. La ley no tiene derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

---

[71] www.laguia2000.com/francia/la-declaracion-de-los... (acceso el 3/04/2012).

[72] www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/RevFraDchosH.htm (acceso el 3/04/2012).

Artículo 6. La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir personalmente, o por medio de sus representantes, a su formación. La ley debe ser idéntica para todos, tanto para proteger como para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, si no es en los casos determinados por la ley, y según las formas por ella prescritas. Los que solicitan, expiden, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o designado en virtud de la ley, debe obedecer en el acto: su resistencia le hace culpable.

Artículo 8. La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9. Todo hombre ha de ser considerado inocente mientras no sea declarado culpable, y si se juzga indispensable el detenerlo, todo rigor que no fuere necesario para asegurarse de su persona será severamente reprimido por la ley.

Artículo 10. Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.

Artículo 11. La libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre. Todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, salvo la obligación de responder del abuso de esta libertad en casos fijados por la ley.

Artículo 12. La garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza queda instituida para el bien común y no para utilidad particular de aquellos a quienes está confiada.

Artículo 13. Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de administración, es indispensable una contribución común. Esta contribución debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos, según sus facultades.

Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen derecho de comprobar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, vigilar su empleo y determinar su cuantía, su asiento, cobro y duración.

Artículo 15. La sociedad tiene derecho de pedir cuentas de su administración, a todo agente público.

Artículo 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, si no es en casos en que la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una indemnización justa."

En 1815 estaba en vigor la Declaración y como puede observarse claramente, reconoce varios derechos fundamentales relativos a la justicia penal, que fueron atropellados por Villefort, sustituto del procurador real, en perjuicio de Edmundo Dantés, en el momento de ser detenido y cuando es enviado, sin razón alguna a prisión, en específico los preceptuados en los artículos 2, 4, 7, 8 y 9, que no repetimos aquí en obvio de tiempo y espacio.

Villefort, quien era autoridad encargada de hacer valer los derechos fundamentales prescritos en la Constitución francesa, actuó exactamente en sentido contrario a lo que dichos principios preceptuaban, motivado por un mezquino temor e interés propio y en perjuicio de un ciudadano inocente: Edmundo Dantés, lo cual nos indigna, por la arbitrariedad manifiesta en la conducta del procurador del rey.

VI. Código Penal Napoleónico

Históricamente la **solución** de los **conflictos penales,** al menos en Occidente, ha pasado por 3 etapas:

1. Autotutela; una de las partes (ofendido) toma por su cuenta la solución del conflicto e infiere el mismo daño a la otra, como la Ley del Talión (venganza justa). Desafortunadamente esta forma de solución persiste entre naciones, como *retaliación*.

2. Autocomposición, la solución del conflicto con participación de ambas partes, ofendido y ofensor.

3. Heterocomposición, aparece un tercero (el Estado) que busca la solución del conflicto. Este monopolio de la acción penal aparece precisamente en la Revolución Francesa, como forma democrática de solucionar un conflicto entre particulares.

Recordemos que en Derecho medieval europeo la pena tenía un papel infamante e intimidatorio; la tortura era la forma de extraer la confesión; surgieron calabozos, jaulas de hierro o madera, horca, azotes, la rueda, las galeras, la picota (en un pilar se sujetaba de manos y cabeza a un sujeto de pie), descuartizamiento por caballos, y la marca infamante con hierro candente. Se sancionaba a capricho de los monarcas, y esto continuó, hasta el surgimiento del Iluminismo.[73]

A partir del siglo XVIII el Derecho Penal empieza a humanizarse, bajo influjo de los enciclopedistas (Hobbes, Spinoza, Locke, Bacon, Rousseau, Diderot, D'Alambert, Voltaire), con nuevas ideas sobre el ser humano y las instituciones

[73] RAÚL CARRANCA Y RIVAS. *Historia Universal del Derecho Penal.* En Introducción al Derecho Penal. Versión en línea (acceso el 28/05/2012).

políticas, que repercutieron en las ideas jurídicas (Grocio, Pufendorf, Montesquieu). Esos pensadores denunciaron el arbitrario ejercicio del poder con ejemplos de "fría atrocidad"; en Rusia, Toscana, las Sicilias, Prusia y Austria, para finalmente consagrar la cancelación de abusos medievales, con la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francesa, que ya hemos visto.

Cesar de Bonezana, *marques* de la Brede y de Beccaria (nacido en Milán, 1735), en su famosa obra *Dei delitti e delle pene* (Tratado de los delitos y las penas), publicada pocos años antes del nacimiento de Edmundo Dantés (1764), había establecido:

1. El *jus puniendi* se origina en la cesión de una parte de la libertad del individuo.
2. Sólo el Poder Legislativo como representante social puede definir delitos y penas, con respeto al Principio de Legalidad y la División de Poderes.
3. Las leyes deben ser claras y sencillas.
4. El individuo debe ser juzgado por tribunales imparciales.
5. Señala Garantías Procesales y Penales.
6. La responsabilidad penal debe medirse por el daño causado a la sociedad y no por la intención del autor.
7. Debe desaparecer el Arbitrio Judicial sin marco legal. El juez no debe decidir cual ley aplicar.
8. La pena debe ser proporcional al delito cometido. Debe desaparecer la pena capital, porque el hombre no puede autorizar al Estado que lo maten.
9. El fin de la pena es la prevención, no la venganza. Las penas deben mantener el orden social.
10. Concilia humanismo y utilitarismo.

En Inglaterra, John Howard en *State Of Prisons* (Situación de las Cárceles) sentó las bases de la Escuela Clásica Penitenciaria, nutrida por el estupor y vergüenza que provocaban las cárceles europeas, que eran lugares de contagio criminal. El solo hecho de estar ahí ya era tortura y el delincuente no se corregía. Para humanizar las prisiones era necesario:

1. Un adecuado régimen alimentario, laboral y de higiene;
2. Educación moral y religiosa para que los internos rectifiquen su conducta;
3. Separación de los reclusos por sexo y edad;
4. Un Sistema Celular dulcificado: aislamiento nocturno y diurno en celdas individuales sin permitir comunicación entre internos. [74]

[74] El sistema celular es económico y previene la evasión, pero facilita el onanismo (Onan, Biblia, No quería casarse con la viuda de su hermano, como era costumbre). Siglo XVIII. Época de Luces y el Derecho Penal. Historia del Derecho Penal. www.robertexto.com/archivo12/hist_der_penal.htm (acceso el 28/05/2012).

No olvidemos que en aquella época, los encarcelamientos arbitrarios eran una realidad que hoy parece aberrante, pues algunas familias, para deshacerse de alguno de sus miembros, utilizaban este medio, permitido por la monarquía. El Estado ponía a disposición del jefe de familia medios represivos extremos, en especial, la carta con sello real que exigía el encarcelamiento de una persona, para poner fin, en "interés del grupo", al desorden de algún hijo. Aquí podemos observar con nitidez, que lo que acontece con Edmundo Dantés, con otras características, era práctica común todavía en la época de la Restauración, pese a que en la Declaración del año III se había producido un cambio, pues el artículo 4 de los deberes señala (sin aludir a la familia): "Nadie es un buen ciudadano, si no es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo." [75]

La primera legislación penal que recogió los requisitos que, a partir de la Ilustración, fueron considerados para crear un cuerpo legislativo moderno, fue el Código Penal francés (Código Penal Napoleónico), promulgado en 1810 para dar coherencia a un sistema jurídico casi indescifrable por la multitud de normas dispersas. Luego la codificación penal se fue extendiendo por Europa (sobre todo en los países de Derecho continental) y por todos los territorios donde esos Estados tenían influencia.

Esos códigos típicamente liberales, proporcionaron seguridad jurídica y favorecieron los intercambios comerciales. Además, el Código Penal otorga a los ciudadanos dos ventajas fundamentales:

- Facilita el conocimiento del Derecho penal, lo que tiene gran importancia, dado que esta rama jurídica es la que limita más gravemente los derechos y libertades ciudadanas y puede imponer las penas (sanciones) más graves, y
- Facilita la práctica jurídica, y dota de mayor coherencia al conjunto de normas penales vigente.[76]

Sin embargo, el proceso de codificación no fue fácil, requirió una técnica jurídica muy avanzada y cuidadosa para sistematizar todas las normas, sin conflictos y lagunas.

El Código Penal Francés de 1810 (vigente a partir del 1° de enero de 1811) recoge los principios liberales de la Revolución Francesa, basado en los principios utilitaristas de Jeremy Bentham, que mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto. El Código Penal Napoleónico se guía por principios hoy universalmente aceptados, como:

---

[75] CHRISTINE FAURÉ. *Ob. Cit.*, p. 30. Luego, la Declaración de 1848 verá en la familia una de las bases de la República.

[76] Código Penal. es.wikipedia.org/wiki/Código_penal (acceso el 28/05/2012).

- *Igualdad ante La Ley*. En plena Revolución Francesa, la Ley del 21 de febrero de 1790 ordena: "Los delitos del mismo género serán sancionados por el mismo género de penas, cualesquiera que sea el rango y estado del imputado". Las partes en un proceso tienen idéntica posición y facultades para ejercer sus respectivos derechos. En el fondo, la igualdad, es la proporcionalidad de delitos y penas.[77]
- *Legalidad del Delito*. "*Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege*" (no hay delito sin ley escrita, cierta y previa). Ningún acto u omisión es considerado delito, sin que una ley escrita, cierta y anterior lo haya previsto como tal. No existe delito sin ley positiva previa que lo defina.
- *Elimina el Arbitrio Judicial*. En caso de lagunas legales los jueces pueden interpretar la ley, pero jamás salirse del marco legal. Otorga al juez facultad para elegir el tratamiento descrito en la ley adecuado al delincuente y gravedad del delito.
- *Elimina el tormento*. Sistema inhumano para obligar por sufrimiento a declarar a testigos reacios o a confesar a sospechosos y acusados. Ciertamente el tormento fue excluido de la ley, pero no en los hechos.
- *Mide la pena por la peligrosidad,* no por la moralidad del acto.
- *Suaviza la pena capital,* que debe ejecutarse por medios que no causen dolor, por ejemplo la guillotina, máquina inventada en Francia para decapitar.
- *Desaparece* el Principio de Juzgado, axioma de desigualdad de las personas, en virtud del cual cada uno debe ser juzgado por sus iguales (cada clase social tenía un tribunal que lo juzgaba).[78]

El movimiento de Codificación penal europea (siglo XIX) proviene entonces de tres troncos comunes:

1. El Código Penal francés (1810), que puso orden en las caóticas legislaciones de los países conquistados por Napoleón;

2. El código penal de Feuerbach (1813), que siguieron los países enemigos de Bonaparte, de mejor técnica y estructura, que introdujo el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pero que no suavizó las penas, y,

3. El código de Toscana (1853), mucho más benigno, influido por el humanismo de lo que luego se llamaría *escuela clásica*.[79]

---

[77] Tiene origen en el Cristianismo, que postula que todos los hombres son iguales, porque son hijos de Dios.

[78] B. y J. MACHICADO. *La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal*. jorgemachicado.blogspot.com/2010/11/rfdpl.html (acceso el 28/05/2012).

[79] *Introducción al Estudio del Derecho Penal. ¿Es una ciencia?* www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenalVol...

Cabe hacer notar que actualmente, es infrecuente que la totalidad de legislación penal de un país se encuentre en el Código Penal, siendo usual la existencia de leyes penales especiales u otras leyes, no penales, que tienen algún contenido penal; incluso en países, como Francia, España o México; la utilización de la técnica legislativa conocida como "ley penal en blanco" obligan a complementar la codificación penal con normas penales en leyes de otras materias. [80]

VII. Conjura versus ley

Ahora bien, es indudable que Edmundo Dantés fue víctima de una conjura, en la que fueron cómplices de haberlo acusado sin razón, ni fundamento, Caderousse, Danglars y Fernando de Montego, según lo prevenía el Código Penal de 1810 [81] en sus siguientes numerales:

Artículo 367. Será culpable del delito de calumnia, quien, en lugares o reuniones públicas, en un acto público o en un impreso o escrito que ha sido mostrado, vendido o distribuido, impute a un individuo cualquier hecho que, de ser cierto, lo expondría al penal o fiscal correccional o incluso podría exponerlo sólo al desprecio o el odio de los ciudadanos.

Esta disposición es aplicable a hechos que la ley autoriza su publicación, o el autor del mensaje, por la naturaleza de sus funciones y deberes, deba revelar o suprimir.

Artículo 368. Se considerará falsa, toda imputación respecto de la cual no haya prueba legal. En consecuencia, al autor de la publicación no le será admitido, para su defensa, que pida que se hagan las pruebas: no puede aducirse como excusa que las piezas o hechos son bien conocidos, o las imputaciones que dan lugar a la acusación se copian o extraen de documentos extranjeros, u otros escritos o impresos.

Por esa razón Danglars y sus cómplices debieron ser sujetos a las siguientes penas:

Artículo 371. Cuando la evidencia legal no se informó, el calumniador será castigado con las penas siguientes:

Si el presunto hecho merece la pena de muerte, trabajos forzados a perpetuidad o deportación, el culpable será castigado con pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 200 a 5 mil francos.

---

[80] *Código Penal.* www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/278108 (acceso el 28/05/2012).

[81] Code Pénal de 1810 (Texte intégral - État lors de sa promulgation en 1810). Versión en línea. ledroitcriminel.free.fr/.../code_penal_de_1810.htm (acceso el 12-14/06/2012).

En los demás casos, la prisión será un mes a 6 meses y multa de 50 a 2 mil francos.

Artículo 373. Quien escriba a la justicia o agentes de la policía administrativa o judicial, una denuncia calumniosa contra uno o más individuos será sancionado con prisión de un mes a un año y una multa de 100 a 3 mil francos.

Artículo 374. En todos los casos, el calumniador, a partir del día que se dicte sentencia tendrá suspendidos los derechos mencionados en el art. 42 de este código, de 5 años a 10 años.

Artículo 59 Los cómplices de un crimen o delito serán castigados con la misma pena que los autores del mismo, excepto en casos donde la ley establezca lo contrario.

Cuando Gerardo de Villefort conoce a Dantés, es tan dichoso como puede serlo un hombre. A los 27 años, rico por herencia, desempeña un elevado cargo en la magistratura y está por contraer nupcias con la hermosa señorita de Saint Meran, hija única de una de las familias de mayor linaje de la época, cuya dote ascendía a 50 mil escudos. [82] Quizá por eso, temeroso de perder tanta fortuna, decide hundir a un inocente, con tal de no verse involucrado en la conjura de su padre, o que se piense que no es de fiar, dados los antecedentes bonapartistas de Nortier. Pero al actuar de manera tan egoísta y cruel, Villefort cometió actos ilícitos, previstos en el Código Penal de 1810:

Artículo 114. Cuando un funcionario público, oficial o empleado del Gobierno, realice u ordene cualquier acto arbitrario, que atente contra la libertad individual o derechos civiles de uno o varios ciudadanos, o las constituciones del Imperio, él será condenado a la pena de degradación cívica.

Si no obstante justificara que actuó por orden de sus superiores competentes, por obediencia jerárquica, estará exento de la pena, que, en este caso, se aplicará sólo a los superiores que han ordenado.

Artículo 118. Si el acto contrario a la Constitución se basó en firma falsa, con el nombre de un Ministro o funcionario público, los autores de la falsificación y quienes la utilicen conscientemente, serán castigados con trabajos forzados por un tiempo, cuyo máximo será aplicado según el caso.

Artículo 119. Los funcionarios públicos responsables de la policía administrativa o judicial, que se nieguen o descuiden una reclamación legal tendiente a constatar la detención ilegal y arbitraria de detenidos, en casas o en otros lugares, y no justifiquen que lo han denunciado a la autoridad superior, serán castigados a degradación cívica que se resolverá como se indica en el art. 117.

---

[82] ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, p. 40.

Artículo 166. Cualquier delito cometido por un funcionario público en sus funciones, es un delito grave.

Artículo 186. Cuando un funcionario público, un Director, oficial o agente del Gobierno o la policía, un ejecutor de mandatos de la justicia o sentencias, un comandante en jefe o subordinado de fuerza pública, que, sin motivo legítimo, haga uso de violencia contra las personas, en el ejercicio de sus funciones, será castigado de acuerdo a la naturaleza y gravedad de la violencia, y siguiendo la regla prevista por el art. 198.

Artículo 342. Si la detención o secuestro dura más de un mes, la pena será de trabajo forzado para toda la vida.

Ni Danglars y sus cómplices, ni Villefort, tuvieron ninguna excluyente de responsabilidad, ni posible beneficio legal, atento a lo dispuesto los siguientes numerales:

Artículo 65. Ningún crimen o delito puede excusarse, ni la pena mitigarse, sino en casos y bajo las circunstancias que la ley establece, o permite que se aplique una pena menos rigurosa.

Artículo 265. Toda conspiración contra personas o bienes es un crimen contra el orden público.

Sin embargo, los delatores y el funcionario ejecutor quedan impunes, mientras Edmundo, sin ser previamente juzgado y sentenciado, sufre una pena por un delito que no cometió, en contravención a lo preceptuado por el **art. 4** del Código Penal en comento, que señalaba: "Ninguna violación (acto), delito, ni crimen puede ser castigado con penas que no fueron previstas por la ley cuando fueron cometidos."

En prisión, Edmundo reza a Dios por su liberación, pero el tiempo pasa y lentamente comienza a perder el juicio, hasta que un día intenta suicidarse por inanición. Cuando la muerte ronda su oscura celda, escucha un sonido e intrigado, se pone a cavar en esa dirección. Es otro prisionero, un viejo abate de apellido Faria, que en su intento de fuga cavó en dirección equivocada y llegó a la celda de Edmundo, con quien establece una estrecha amistad, llegando a considerarlo como hijo. El abate se convierte en su maestro de historia, matemáticas, lenguaje, filosofía, idiomas, y química, mientras cavan hacia otro lado, intentado escapar. Como resultado de sus conversaciones, Dantés empieza a juntar las piezas de la historia que lo condenó a su penuria actual. Faria le hace ver que la carta acusadora fue escrita con mano izquierda y por obvio rencor. Cuando descubre que fue condenado injustamente, Dantés sólo piensa en la venganza. Trabajan largos día en el túnel, pero el viejo y frágil Faria queda paralítico a causa de un segundo derrame cerebral (había sufrido el primero cuando se encontraba en libertad), y sintiéndose moribundo, confía a Dantés el escondite de un tesoro en la isleta de Monte-Cristo. Edmundo no le cree, por ser ese el tema que le ganó el apodo de

"el abate loco". Al morir Faria, los carceleros envuelven su cuerpo en un sudario, y a Dantés se le ocurre ocupar el lugar de Faria. Pero los custodios, en lugar de enterrar el cuerpo, le atan una pesada bala y lo lanzan al mar por un acantilado cercano.

VIII. Epílogo

La novela tiene una trama rica y compleja. Aunque es ficción popular, no carece de significado más allá de la historia, que podemos dividir en dos grande partes: la primera, cuya introducción hemos reseñado sucintamente y sobre la cual realizamos este ejercicio literario-jurídico y la segunda, que podría ser motivo de un ejercicio similar, pues también tiene una arista jurídica, desde la perspectiva de la lealtad y la venganza.[83]

Edmundo pretende enfrentar a la justicia a todos los que le traicionaron. Sin embargo, cuando el destino juega su baza y un inocente resulta perjudicado, se percata de que ningún hombre, por rico y poderoso que sea y por noble causa que invoque, puede dispensar justicia.[84]

La novela, imbuida del racionalismo, se abre a las infinitas posibilidades que supone el porvenir y el desarrollo humano: "Vivid pues y sed felices; todo el saber humano estará contenido en estas dos palabras: confiar y esperar", escribe el Conde de Monte-Cristo, [85] cuando detiene su mano vengadora.

A lo largo de las páginas precedentes hemos podido percibir como la urdimbre de la novela se entrelaza estrechamente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y con el Código Penal Napoleónico. No sabemos si Dumas quiso o no plantear el drama del nacimiento de los derechos humanos en la modernidad, pero en todo caso, su magistral novela nos permite jugar con esa posibilidad para formarnos una idea literaria sobre el penoso tránsito (aún inconcluso) de muchas generaciones, para lograr que esos derechos se hagan realidad en la vida cotidiana de millones de hombres como Edmundo Dantés, y como el propio Dumas, castigados sin razón y privados de justicia.

Es precisamente esa síntesis entre la realidad novelada y los derechos humanos; entre el genio de su creador y la absurda discriminación que sufrió por el racismo, lo que hacen de *El Conde de Monte-Cristo* una obra universal, más vigente que nunca.

Tlalpan, julio/2014.

---

[83] Es destacable también el empleo y buen manejo del Derecho Mercantil de la época a lo largo de la trama financiera que envuelve la venganza sobre Danglars. es.wikipedia.org/wiki/El_conde_de_Montecristo (acceso el 31/05/2012).

[84] www.taringa.net/posts/offtopic/77913

[85] ALEJANDRO DUMAS. *Ob. Cit.*, 1995, p. 841.

Bibliografía

BENJAMIN, WALTER. *París, capital del siglo XIX*. Librería Madero S. A., México, 1971.

BERGERON et al**.** *La época de las revoluciones europeas, 1780-1848*. México, Siglo XXI, 1991.

CASTRO, DIEGO. *La Revolución Francesa y el período Napoleónico.* Versión en línea. Monografías.com (acceso el 30/04/2012).

CARRANCA Y RIVAS, RAÚL. *Historia Universal del Derecho Penal.* En Introducción al Derecho Penal. Versión en línea (acceso el 28/05/2012).

Code Pénal de 1810 (*Texte intégral - État lors de sa promulgation en 1810*). Versión en línea. ledroitcriminel.free.fr/.../code_penal_de_1810.htm (acceso el 28/05/2012).

DE TOCQUEVILLE, ALEXIS. *El Antiguo Régimen y la Revolución.* 1ª edición, FCE, México, 1996.

DUMAS, ALEJANDRO. *El Conde de Monte-Cristo.* 6ª edición. Colección Sepan Cuantos, Editorial Porrúa, México, 1995.

FAURÉ, CHRISTINE. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. CNDH-FCE, México, 1995.

GÓMEZ PÉREZ, MARCO ANTONIO. *Napoleón, vida, conquistas, aportaciones y ocaso.* 1ª edición. Grupo Editorial Tomo, México, 2002.

KALIFA, DOMINIQUE. *Crimen y Cultura de masas en Francia, siglos XIX-XX*. 1ª edición, Cuadernos Instituto Mora, México, 2008.

MORALES, ELISA. *La revolución de 1830 en Francia: historia del siglo XIX***.** elisa-morales.suite101.net/la-revolucion-de-1830-en...(acceso el 9/05/2012).

RUIZ CÓRDOBA, LAURA. *La Europa de la Restauración.* Versión en línea. http://www.liceus.com/cgi-bin/gba/100731.asp# (acceso el 8/05/2012).

SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS. *Los Derecho del Hombre en la Revolución Francesa.* Facultad de Derecho, UNAM, México, 1956.

VALCÁRCEL, JACOBO. *Una esclava negra, Marie-Césette Dumas*. Las Palmas de Gran Canaria02/03/2010. Versión en línea. www.guinguinbali.com/index.php?lang=es&mod=news&task= (acceso el 30/04/2012).

Páginas de Internet

Arquitectura del Castillo de If en Marsella. tepatoken.com/historia/el-castillo-de-if-arquitectura (acceso el 7/06/2012).

B. y J. Machicado. La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal. jorgemachicado.blogspot.com/2010/11/rfdpl.html (acceso el 28/05/2012).

Castillo de If, la fortaleza de Marsella. locuraviajes.com/.../castillo-de-if-la-fortaleza-de-marsella (acceso el 7/06/2012).

Código Penal. www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/278108 (acceso el 28/05/2012).

Código Penal. es.wikipedia.org/wiki/Código_penal (acceso el 28/05/2012).

Instituto Napoleónico México Francia. inmf.org/eobracivil.htm (acceso el 28/05/2012).

Introducción al Estudio del Derecho Penal. ¿Es una ciencia? www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenalVol (acceso el 28/05/2012).

lectum.blogspot.com/2006/11/el-conde-de-montecristo.html (acceso el 3/05/2012).

Siglo XVIII. Época de Luces y el Derecho Penal. Historia del Derecho Penal. www.rober-texto.com/archivo12/hist_der_penal.htm (acceso el 28/05/2012).
www.droitconstitutionnel.net/cours-histoire.htm (acceso el 7/04/2012).
www.leergratis.com/libros/aventura-y-romance-en-el-conde...(acceso el 4/05/12).

Nuevas figuras jurídicas que se incorporan en la reforma constitucional en materia educativa

José Castillo Nájera

La reciente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2013, en materia de Educación estableció, entre otros aspectos, la obligación del Estado de garantizar la calidad en la educación obligatoria que imparte en el país, así como la creación del Sistema Nacional de Evaluación Educativa para garantizar la prestación de servicios educativos de calidad y confirió su coordinación al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y también creó las figuras de Lineamientos y Directrices.

México, por ejemplo, es uno de los primeros en haber elevado a nivel constitucional el tema de la calidad en el sistema educativo. De hecho la nueva fracción IX del artículo 3 de la Constitución (DOF del 26 de febrero 2013) establece la creación del Sistema Nacional de Evaluación Educativa, coordinado por el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, organismo autónomo al cual se encomienda "(…) evaluar la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior".[1]

La legislación se convierte, sobre todo en los sistemas jurídicos de derecho escrito, la principal fuente formal de las normas de Derecho positivo. El producto individual de la legislación es la ley; por tal se entiende a la norma jurídica que, con carácter general y obligatorio, resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad facultada al efecto.[2]

---

[1] CIPPITANI, Roberto. *"La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de la autonomía universitaria".* https://www.academia.edu/6728805/LA_LIBERTAD_DE_C%C3%81TEDRA_Y_DE_INVESTIGACI%C3%93N_EN_EL_%C3%81MBITO_DE_LA_AUTONOM%C3%8DA_UNIVERSITARIA

[2] ALVAREZ LEDESMA, Mario I. *"Introducción al Derecho." Editorial McGraw-Hill,* primera edición, México, 1995, pág. 132.

El desarrollo económico, político, social, y cultural de México requiere de una educación de calidad que integre las dimensiones de relevancia, pertinencia, equidad, eficiencia, eficacia, impacto y suficiencia, que le permita avanzar con mayor competitividad en un mundo globalizado, a la vez que sea el medio para lograr la inclusión y permeabilidad social.[3]

La educación impartida por el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o reconocimiento de validez oficial, además de responder al artículo 3o. de la Constitución federal, tiene los siguientes propósitos: favorecer el desarrollo de las facultades humanas para adquirir conocimientos, capacidad de observación, análisis y reflexión críticos; fomentar actitudes que vayan en el sentido de iniciar y estimular la investigación y la innovación científicas y tecnológicas, el todo siendo encaminado en el sentido del desarrollo sustentable, la valoración de la protección y la conservación del medio ambiente.[4]

Es así que se encomendó al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación la alta responsabilidad de evaluar la calidad, el desempeño y resultados del Sistema Educativo Nacional en la educación obligatoria. En consecuencia el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, deberá diseñar y realizar las mediciones que correspondan a componentes, procesos y resultados para poner en funcionamiento al Sistema Nacional de Educación, se prevé para lograrlo que el Instituto expedirá lineamientos para llevar a cabo la evaluación, así como generar y difundir información y, con base en esta, emitir directrices que contribuyan a las decisiones de mejora en la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social, regido siempre con apego a los principios de independencia, diversidad e inclusión.

En dicho marco, se concibe a la evaluación como un instrumento para contribuir a mejorar la calidad de la educación y orientar a la formulación de políticas educativas en ese sentido, por lo que la práctica de la evaluación educativa debe ser considerada una constante en el sistema educativo nacional, siempre tomando en cuenta los contextos sociales y culturales donde se realiza el proceso de enseñanza-aprendizaje.

---

[3] Iniciativa de Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, presentada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

[4] TSHIPAMBA, Ntumbua; RODRÍGUEZ SANTIBÁÑEZ, Iliana; RUBIO BARRIOS, Julio E. *El marco jurídico de la política científica. Casos de corea, Estados Unidos, Finlandia y México.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 134, mayo-agosto, 2012, pág. 639. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

La Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación en síntesis regula lo referente al Sistema Nacional de Evaluación Educativa (SNEE)[5] y del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE). De acuerdo con la ley, el Sistema Nacional de Evaluación Educativa tiene por objeto contribuir a garantizar la calidad de los servicios educativos prestados por el Estado y los particulares autorizados; y tiene como fines: a) establecer la efectiva coordinación de las autoridades educativas que lo integran y dar seguimiento a las acciones que para tal efecto se establezcan; b) formular políticas integrales, sistemáticas y continuas, así como programas y estrategias en materia de evaluación educativa; c) promover la congruencia de los planes, programas y acciones que emprendan las autoridades educativas con las directrices que, con base en los resultados de la evaluación, emita el INEE; d) analizar, sistematizar, administrar y difundir información que contribuya a evaluar los componentes, procesos y resultados del sistema nacional educativo; y e) verificar el cumplimiento de los objetivos y metas del sistema educativo nacional.[6]

Por lo que respecta al INEE, la ley lo define como un organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, por lo que contará con autonomía técnica, de gestión, presupuestaria y para determinar su organización interna. El INEE tiene por objeto coordinar el SNEE, así como evaluar la calidad, el desempeño y los resultados del sistema educativo nacional en lo que se refiere a la educación básica y media superior, tanto pública como privada, en todas sus modalidades y servicios. Igualmente, diseñará y realizará mediciones y evaluaciones que correspondan a componentes, procesos o resultados del sistema educativo nacional respecto a los atributos de educandos, docentes y autoridades escolares, así como de las características de instituciones, políticas y programas educativos.

Asimismo, corresponde al INEE diseñar y expedir los lineamientos generales de evaluación educativa a los que se sujetarán las autoridades educativas para llevar a cabo las funciones de evaluación. La evaluación, a que se refiere la ley, consiste en: "la acción de emitir juicios de valor que resultan de comparar los resultados de una medición u observación de componentes, procesos o resultados

[5] Este es definido por la ley como: "conjunto orgánico y articulado de instituciones, procesos, instrumentos y acciones", en ese sentido está constituido por el INEE, las autoridades educativas, los componentes, procesos y resultados de la evaluación; los parámetros e indicadores educativos, los procedimientos de difusión de resultados de la evaluación así como los lineamientos y directrices de la misma. Véase "Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación", Diario Oficial de la Federación, 11 de septiembre de 2013, artículo 10 y 13.

[6] "Decreto por el que se expide la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación", Diario Oficial de la Federación, 11 de septiembre de 2013, artículo 12.

del sistema nacional con un referente previamente establecido".[7] De tal suerte que la evaluación tiene como finalidad: *a)* contribuir a mejorar la calidad de la educación; *b)* ayudar a la formulación de políticas educativas y el diseño e implementación de los planes y programas que de ellas deriven; *c)* ofrecer información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de mejora establecidos por las autoridades educativas; *d)* mejorar la gestión escolar y los procesos educativos; y *e)* fomentar la transparencia y la rendición de cuentas del sistema educativo nacional.[8]

A través de los años, la rendición de cuentas de la evaluación de logro ha adquirido gran preponderancia debido, al menos, a tres razones: (1) el convencimiento de los países de que una mejor educación traerá un mayor desarrollo económico y una menor desigualdad social; (2) la creencia de los gobernantes y de un sector de la sociedad de que la exposición pública de los resultados educativos sirve como "motor" o incentivo, por sí mismo, para el mejoramiento de la calidad educativa; y (3) la exigencia creciente de la sociedad por conocer los resultados de los programas de gobierno, entre los que se encuentran los educativos. Esta exigencia ha pasado rápidamente, del ámbito nacional y estatal, al de la escuela y del docente. Más aún, a la evaluación con función de rendición de cuentas (que por sí misma tiene efectos sociales) se le han asociado recientemente consecuencias de mayor impacto, tales como el otorgamiento de estímulos económicos y laborales a los maestros, el reconocimiento a las escuelas y a los estudiantes con mejores puntuaciones, o la amenaza de cerrar aquellos planteles que no presenten una mejora significativa.[9]

Las evaluaciones, de acuerdo con la ley, son obligatorias, periódicas, sistemáticas e integrales. En consecuencia la normativa dispone del establecimiento de una política nacional de evaluación que establece: *a)* los objetos, métodos, parámetros, instrumentos y procedimientos de la evaluación; *b)* las directrices derivadas de los resultados de los procesos de evaluación; *c)* los indicadores cuantitativos y cualitativos; *d)* los alcances y consecuencias de la evaluación; *e)* los mecanismos de difusión de los resultados de la evaluación; *f)* la distinción entre evaluación de personas, instituciones y la del sistema educativo nacional; y *g)* las acciones para establecer una cultura de la evaluación educativa.

Como se observa, el INEE es un órgano eminentemente normativo con un amplio catálogo de atribuciones y responsabilidades. En ese sentido, a ese órgano público autónomo y máxima autoridad en evaluación educativa le corresponde

---

[7] Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación", Diario Oficial de la Federación, 11 de septiembre de 2013, artículo 6.

[8] *Ibidem,* artículo 7.

[9] Contreras Roldán, Sofía y Backhoff Escudero, Eduardo. Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación. "*Tendencias en el aprendizaje de la educación en México: Una comparación entre ENLACE, Excale y Pisa."* Revista Nexos, 1º de octubre de 2014, México.

establecer las Directrices para evaluar la calidad, desempeño y resultados del sistema educativo del país, en lo que respecta a la educación obligatoria.

Tiene a su cargo la elaboración de la política nacional de evaluación a efecto de asegurar que los proyectos y acciones que se realicen en esta materia sean pertinentes a las necesidades de mejoramiento de los servicios educativos.[10]

Una de las obligaciones a destacar a cargo de las autoridades educativas de conformidad con la Ley del Instituto son:

- Cumplir los Lineamientos y atender las Directrices que para tal efecto emita el Instituto.
- Proveer la vinculación y congruencia de los planes, programas y acciones que emprendan con las Directrices que, con base en los resultados de la evaluación, emita el Instituto.

Finalmente, con el objeto de asegurar el intercambio de información y experiencias relativas a la evaluación educativa que propicien acciones de mejora en el ejercicio de las funciones que corresponden a las autoridades en la materia, se establece que el Sistema Nacional de Evaluación Educativa cuente con una Conferencia que deberá sesionar al menos dos veces al año. Dicha Conferencia se conforma por los integrantes de la Junta de Gobierno del Instituto, hasta cuatro representantes de la Secretaria de Educación Pública y los titulares de las secretarias equivalentes de las entidades federativas que determine la Junta de Gobierno del Instituto atendiendo a criterios de representación regional. El presidente de la Junta de Gobierno del Instituto podrá invitar a las sesiones a representantes de instituciones públicas y de organizaciones de la sociedad civil, así como a docentes distinguidos y personas que puedan exponer conocimientos y experiencias sobre temas vinculados con la educación.[11]

La educación debe ser concebida como fenómeno cultural que está más allá de la escuela. Todos enseñamos con nuestras acciones, todos aprendemos por observación, en todos los contextos y en todo momento. Hay muy diversos escenarios educativos, el más trascendental empieza en la familia, pasa por la escuela y termina en la sociedad. La educación debe ser concebida como permanente, abierta, continua, planeada para niños, jóvenes, adultos y adultos mayores.[12]

---

[10] Iniciativa de Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, presentada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

[11] Iniciativa de Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, presentada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

[12] GUEVARA NIEBLA, Gilberto (Coordinador) y coautores. *México 2012: La reforma educativa.* Ediciones cal y arena, primera edición, México, 2012, pág. 73.

El Instituto se convierte en autoridad en materia de evaluación educativa a nivel nacional y se establecen las atribuciones necesarias para el cumplimiento de su objeto, como por ejemplo:

- Expedir los Lineamientos a los que se sujetaran las autoridades educativas para llevar a cabo las funciones de evaluación que les corresponden;
- Diseñar, implementar y mantener actualizado un sistema de indicadores educativos y de información de resultados de las evaluaciones;
- Diseñar e implementar evaluaciones que contribuyan a mejorar la calidad del aprendizaje de los educandos pertenecientes a los diversos grupos regionales del país y a quienes tienen algún tipo de discapacidad;
- Establecer mecanismos de interlocución con autoridades educativas y otros órganos para analizar los alcances e implicaciones de los resultados de las evaluaciones, así como las Directrices que de ellos derive, entre otras.

I. Lineamientos y Directrices del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación

La emisión de Lineamientos también es una nueva figura que se coloca a rango constitucional y que debe estudiarse de forma sistemática, ya que consideramos son distintos a los lineamientos administrativos que conocemos en la jerarquía de normas y abre una línea de investigación sobre los alcances jurídicos de los mismos, sobre todo que tiene como sanción a su falta de observancia, la posibilidad de anular los procesos de evaluación educativa que se lleven por parte de la autoridades educativas, federales o locales.

Los Lineamientos de acuerdo a Ley Suprema y a la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación tienen el carácter de vinculante, toda vez que dispone que su incumplimiento será sancionado en términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que los procesos de evaluación realizados por las autoridades educativas en contravención a los Lineamientos emitidos por el INEE, serán nulos.

A su vez esta nueva categoría de Lineamientos pueden dividirse en lo que denominamos Lineamientos que rigen al SNEE y Lineamientos que regulan al Servicio Profesional Docente, los primeros se deben construir para organizar y delinear el objeto y materia del Sistema Nacional de Evaluación que coordina el Instituto, bajo los principios que marca la Ley del INEE y la Ley General de Educación, y los segundos, regulan los procesos de ingreso, promoción, reconocimiento y permanencia del Servicio Profesional Docente, bajo los principios de la Ley General del Servicio Profesional Docente.

También con la reforma educativa nacen las Directrices, que es una figura jurídica que consideramos entra en el campo de lo no jurisdiccional y son producto de la información generada por el INEE en el cumplimiento de sus funciones y tienen por objeto contribuir a la toma de decisiones para mejorar la calidad de la educación, por lo que se estima necesario establecer mecanismos que faciliten su seguimiento por parte de la sociedad.

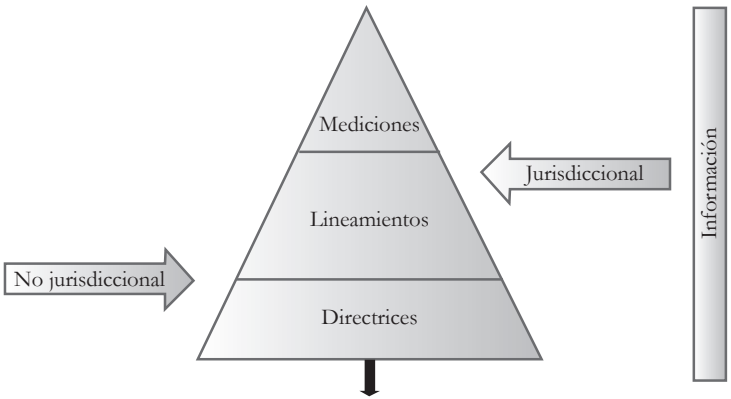
Las Directrices son normas jurídicas atípicas en materia educativa con el enfoque de evaluación y que tienen como propósito aportar elementos a la Autoridad Educativa, para que mejore la calidad de la educación. Las Directrices constituyen desde nuestro punto de vista, una fuerza técnico-especialilzada, basada en mediciones que abrirán paso a propuestas debidamente fundadas y motivadas para comprobar su existencia y que deben penetrar hasta el microcosmos del aula.

Por ello, se establece que las Directrices serán atendidas por las autoridades educativas, salvo que exista causa justificada, en cuyo caso éstas deberán fundar, motivar y hacer pública su respuesta.[13]

Elaboramos el siguiente cuadro en que ubicamos a estas dos figuras jurídicas novedosas que son los Lineamientos y las Directrices, en el marco constitucional de evaluación de la calidad de la educación.

Ahora bien, un propósito de la evaluación es mejorar. En materia de evaluación educativa es mejorar la calidad de la educación. En consecuencia, es mejorar la calidad de la práctica docente.

Evaluar la calidad, el desempeño y resultados del Sistema Educativo Nacional en la Educación Básica y Educación Media Superior



Mejorar la calidad en la educación y su equidad

[13] Iniciativa de Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, presentada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

La evaluación educativa en México ha servido, para evidenciar que existe un problema de deficiente calidad de la educación, así como para dimensionar ese problema; incluso, para visualizar las desigualdades en cuanto a calidad, en este rubro, entre regiones geográficas, sectores poblacionales y modalidades educativas. Sin embargo, es evidente que no basta con tener esta información para que la calidad de la educación mejore de forma automática.

Para mejorar la calidad de los aprendizajes de los alumnos se necesita que se transforme la práctica docente. Y para transformarla es menester conocerla, evaluarla, y modificarla o mejorarla.

La buena práctica profesional, puede encontrarse en la Ley General del Servicio Profesional Docente, identificada con la necesidad de contar con los perfiles, parámetros e indicadores que por lo menos permitan un Marco General de una Educación de Calidad y normalidad mínima, así como definir los aspectos principales que abarcan las funciones de docencia, dirección y supervisión, respectivamente, incluyendo en el caso de la función docente, la planeación, el dominio de los contenidos, el ambiente en aula, las prácticas didácticas, la evaluación de los alumnos, el logro de aprendizaje de los alumnos, la colaboración en la Escuela y el diálogo con los padres de familia o tutores, así como identificar las características básicas de desempeño del Personal del Servicio Profesional docente en contextos sociales y culturales diversos.

Las evaluaciones de los docentes pueden incluir muchos aspectos y basarse en instrumentos muy diversos. Sin embargo, para evaluar su desempeño hay un aspecto que no debe faltar, y es justamente el conocimiento de la forma como practican la docencia. Hay varias posibilidades para hacer esto. En Chile, por ejemplo, los docentes que desean someterse a la evaluación envían videos de sus clases. Si bien se sabe que pondrán su mejor esfuerzo en la clase que será video-grabada, también es cierto que un maestro no puede desempeñarse mejor de lo que le dan sus conocimientos, su experiencia y su capacidad en un momento dado. Así, los evaluadores realizan su trabajo justamente considerando lo mejor que puede efectuar su labor un docente en el aula. Proponemos hacer visitas periódicas al lugar de trabajo por parte de parejas de evaluadores cuidadosamente seleccionados y formados para llevar a cabo las evaluaciones de desempeño in situ. De la buena selección y formación de los evaluadores depende tanto la credibilidad como la utilidad de la evaluación realizada, por lo cual este aspecto se convierte en condición para la evaluación del desempeño docente.[14]

---

[14] SCHMELKES DEL VALLE, *Silvia, y* RAMÍREZ RAYMUNDO, Rodolfo (Coordinador). *La Reforma Constitucional en Materia Educativa Alcances y Desafíos*. Senado de la República. Instituto Belisario Domínguez. Primera edición, México, 2013, pág. 117

La etapa más importante es la que ocurre después de la evaluación y es justamente la que ha hecho falta en los esquemas de evaluación de docentes que hasta la fecha se han implantado en México. Después de la evaluación entra en funcionamiento el sistema paralelo de formación continua o de apoyo pedagógico. La formación continua obedece a los apoyos que requiere cada maestro para superar las debilidades observadas en la evaluación in situ a partir de todos los instrumentos aplicados, pero especialmente de las observaciones en el aula y el análisis de los portafolios. De preferencia, esta formación se centrará en la escuela donde labora el maestro o, cuando muy lejos, en la cabecera de zona escolar. [15]

Es común que desde la perspectiva administrativa de la política educativa, la calidad se defina en términos de índices que indiquen eficiencia terminal, cobertura, deserción, reprobación o rendimiento evaluado con exámenes universales, que en algunas ocasiones son poco adaptados a las condiciones locales, como las rurales o de sectores marginados. Así, por ejemplo, de acuerdo con el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), la calidad educativa incluye el nivel de aprendizaje que alcanzan los alumnos, pero también la medida en que una escuela o sistema educativo consigue que los niños y jóvenes en edad escolar acudan a la escuela y permanezcan en ella, al menos hasta el final del trayecto obligatorio.[16]

El Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) nos da una definición muy clara de lo que para la educación en México es la calidad.

"Una definición será aquella que sea relevante para los estudiantes es decir una educación que tienda un puente entre los procesos de enseñanza aprendizaje y el entorno socioeconómico, político y cultural. Una educación de calidad será una educación efectiva. Por efectividad educativa se entiende el cumplimiento cabal de los objetivos que la educación plantea, especialmente los académicos. La calidad incluye la eficiencia educativa, es decir la capacidad del sistema educativo de elevar al máximo los rendimientos académicos de los estudiantes."[17]

En México se empieza a cuestionar la calidad de la educación hacia 1987 con la siguiente concepción. "La insatisfacción de la calidad de la educación en México se manifiesta por la poca relevancia que la institución tiene para el adulto en un rendimiento académico muy pobre y una oferta casi suficiente en términos numéricos pero insuficientemente provista por parte de la agencia pública responsable. La educación de los mexicanos entraña en primer lugar un balance sobre la situa-

---

[15] *Ibidem,* pág. 118.

[16] BRACHO GONZÁLEZ, Teresa. *Innovación en Política Educativa. Escuelas de Calidad.* Editado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, primera edición, México, 2009, pág. 48.

[17] Centro de Investigación para el desarrollo. A.C (el colegio de México) *Educación para una economía competitiva.* Editorial Diana, México, 1992, pág.17.

ción que impera en los distintitos niveles del sistema en general, y el problema de calidad existe en todos los niveles."[18]

II. De la evaluación como instrumento de calidad

Se empieza un camino nuevo con figuras incorporadas en la reforma constitucional como lo es la propia evaluación de los docentes y sin duda el Poder Judicial de nuestro país como siempre, jugará un papel relevante en esta nueva construcción, sirva de ejemplo la siguiente Tesis publicada a principios de este año.

> Época: Décima Época. Registro: 2008253. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Enero de 2015, Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: XI.1o.A.T.22 L (10a.). Página: 2068.
>
> SUSPENSIÓN DEFINITIVA. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA APLICACIÓN DE LAS EVALUACIONES A LOS TRABAJADORES DEL SISTEMA EDUCATIVO BÁSICO PÚBLICO EN EL ESTADO DE MICHOACÁN, DADO EL CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES INMERSO (DERECHO A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD, O ESTABILIDAD EN EL EMPLEO). En el caso de la suspensión contra los efectos y consecuencias del Decreto Número 292, por el que se expide la Ley de Educación para el Estado de Michoacán de Ocampo, publicado en el Periódico Oficial de esa entidad el viernes 28 de febrero de 2014, sexta sección, tomo CLVIII, Núm. 99, vigente a partir del 1o. de marzo de 2014, se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, que son: I) el derecho a que no se aplique a los trabajadores del sistema educativo básico público el control de evaluación y seguir conservando su estabilidad en el empleo; y, II) el derecho de la sociedad a contar con un sistema educativo de calidad. Así, con base en la solución de ese conflicto de derechos es como debe decidirse el otorgamiento o no de la medida cautelar. Efectivamente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho fundamental de los trabajadores del sistema de educación pública básica a la estabilidad en el empleo, que consiste en que éstos no sean despedidos o cesados arbitrariamente por el patrón-Estado. Pero también reconoce a toda la sociedad el derecho esencial a una educación de calidad. Así, de no otorgarse la suspensión solicitada -por no aprobar las evaluaciones- se les puede transgredir su derecho fundamental a la estabilidad en el empleo; en cambio, si se otorga la medida cautelar existe el riesgo de perjudicar a las personas titulares del derecho a recibir una educación de calidad, donde sólo el personal capacitado pueda desempeñar los diversos cargos en el sistema educativo público en la educación básica, lo que pretende lograrse a través de dichas evaluaciones. Ahora bien, la medida cautelar únicamente prejuzga sobre posibles daños a bienes jurídicos o derechos fundamentales recono-

[18] Centro de Investigación para el desarrollo. A.C (el colegio de México) *Educación para una economía competitiva.* Editorial Diana, México, 1992.

cidos; por tanto, es improcedente concederla contra los efectos y consecuencias de la aplicación de la norma reclamada, porque se seguiría perjuicio al interés social, dado que la sociedad está interesada en que se garantice la calidad de la educación obligatoria y que se formulen políticas educativas encaminadas a la consecución de ese fin, es decir, que se imparta educación de calidad y se mejoren la gestión escolar y los procesos educativos. Por tanto, el interés de la sociedad a tener una educación de calidad está por encima del derecho de los trabajadores del sistema educativo básico público a gozar de la estabilidad en el empleo, pues están de por medio los derechos de la niñez que se pretenden obtener por medio de la aplicación de las evaluaciones a dichos trabajadores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Con base en lo anterior, situemos el antecedente inmediato que es el derecho a la educación como producto de la Constitución de 1917.

La inclusión de este derecho en la carta magna fue resultado de la pluralidad de fuerzas políticas y armadas que empujaron hacia la construcción de un nuevo tipo de texto constitucional.[19] La novedad para los sistemas constitucionales a los que nos referimos son los derechos prestacionales, que consisten en un hacer del Estado, tales como el derecho a la educación o el derecho agrario. La Constitución de 1917 ya no incluyó solamente derechos civiles o políticos, sino también una categoría de nuevos derechos. Esto implicó, por ejemplo, la obligación del Estado de construir escuelas o el rescate de temas hasta entonces descuidados, como la repartición de la tierra. Se insiste en que la aportación al pensamiento constitucional no es producto de ninguna teoría o directriz axiológica, como sostiene la mayoría de nuestros constitucionalistas.[20]

El desempeño de los maestros, es uno de los factores que inciden en los resultados escolares y el buen aprendizaje de los alumnos, ello implica una deficiencia en la calidad de la educación según con diversas investigaciones educativas en el mundo y las experiencias internacionales exitosas en política e innovación en la educación.

Para llevar a cabo una política efectiva con avances trascendentes es necesaria la inversión para estimular y apoyar un desempeño profesional de calidad, en términos del aprendizaje de los alumnos, es la reducción del tamaño de los grupos y el equipamiento tecnológico en una nueva era como lo es la sociedad del conocimiento.

---

[19] Véase JOHN WOMACK, *Zapata y la Revolución Mexicana.* 28a edición, México, Siglo XXI Editores, 2008, capítulos VII-IX.

[20] MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ, *Los derechos fundamentales en México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas,* UNAM, 2004, págs. 755-779. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/8.pdf>.

La profesionalización de la docencia implica esencialmente: a) una relación laboral prioritaria y creación de la carrera docente; b) integración de equipos de trabajo y de investigación que busquen desarrollar la teoría educativa y resolver problemas de la enseñanza; c) preparación y ejercicio en cuanto a áreas de conocimiento, aspectos pedagógicos-didácticos e investigación ligada a la docencia; d) creación de organismos y programas en instituciones y dependencias universitarias de apoyo a la docencia; e) conciencia de la multiplicidad de implicaciones de la docencia, capacidad para cuestionar las finalidades y contenidos de la enseñanza, los programas de estudio y los métodos de enseñanza y para desarrollar e implantar innovaciones; entre otras.[21]

Sin lugar a dudas, el docente no es la única figura responsable de la calidad de los resultados educativos. Son también los factores como los socioculturales que contribuyen a que exista mayor o menor probabilidad de alcanzar buenos resultados de aprendizaje. El sistema normativo jurídico y las metas del sistema educativo también pueden ser ejes rectores que faciliten el logro de los aprendizajes fundamentales. Las evaluaciones tienen como propósito no sólo ubicar a los docentes, en un determinado nivel de los criterios básicos de evaluación, sino identificar sus fortalezas y debilidades, así como establecer un programa de formación que permita contar con elementos para superar esas debilidades, mejorar su práctica y tener mejores resultados de aprendizaje con los alumnos. Por esta razón, las evaluaciones no deben llevarse a cabo con demasiada frecuencia; realizarlas cada tres o cuatro años es suficiente para los maestros regulares. Los maestros novatos o aquellos que presenten debilidades muy notorias deberán ser evaluados con mayor frecuencia.[22]

La evaluación del desempeño exige que quien la diseña entienda en qué consiste y cómo se logra un aprendizaje escolar que valga la pena. El punto de partida es que este aprendizaje no es tan sólo resultado de una serie de procesos puramente cognitivos que ocurren de la misma manera en la mente de los alumnos, sino que está integrado a herencias sociales y culturales y a procesos afectivos que forman parte de la vida interior de cada estudiante. Con esa materia prima trabaja el maestro.[23]

Con las modificaciones a los artículos 3° y 73 constitucionales se ponen en la agenda pública temas que estaban pendientes y en cuyo análisis es importante

---

[21] HIRSCH ADLER, Ana. *Educación y Burocracia. La organización universitaria en México.* Ediciones Gernika. Primera edición, México, 1996, págs. 182 -183.

[22] SCHMELKES DEL VALLE, Silvia *y* RAMÍREZ RAYMUNDO, Rodolfo (Coordinador). *La Reforma Constitucional en Materia Educativa Alcances y Desafíos. S*enado de la República. Instituto Belisario Domínguez. Primera edición, México, 2013, pág. 119.

[23] FUENTES MOLINAR, *Olac, y* RAMÍREZ RAYMUNDO, Rodolfo (Coordinador). *Op.cit.,* pág. 25.

profundizar. Entre ellos, el Servicio Profesional Docente, el Sistema Nacional de Evaluación Educativa, la autonomía del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), la autonomía escolar, las escuelas de tiempo completo y el censo escolar.[24]

La reforma del artículo 3° constitucional trata de saber si el sustentante tiene los conocimientos y las capacidades idóneas para desempeñar la función a la que aspira o para seguir desempeñándola. ¿Cuáles son los conocimientos y capacidades idóneas que debe poseer un profesor?, ¿cuáles debe tener un director, supervisor o asesor técnico? El primer reto en este caso será describir los rasgos que caracterizan a un buen profesor y que servirán como parámetros. La elaboración de este perfil debería partir de la definición de un currículo científicamente fundamentado, técnicamente consistente y con razonable demostración de su factibilidad.[25]

Las reformas educativas del sistema en su conjunto y de la escuela en particular, son procesos que transitan por las personas. Los maestros tienen la expertiz derivada de su propia práctica para aportar elementos que orienten el rumbo de las reformas requeridas. Es urgente que las autoridades educativas federales, estatales y escolares encuentren o diseñen los canales y mecanismos más idóneos para realmente tener una comunicación abierta, franca y fecunda con los docentes que permita recuperar orgánicamente el saber que deviene de su práctica.[26]

Esta reforma constitucional en materia educativa, se desarrolla en una problemática social en las que todos los sectores de nuestra sociedad, de una u otra forma se encuentran involucrados, como lo son: el educando como factor esencial del proceso enseñanza - aprendizaje, el docente, el padre o madre de familia, la sociedad civil, los sindicatos, las autoridades educativas, los legisladores, los jueces y los gobernantes. Cada uno debe actuar de inmediato en su instrumentación y con ello aprovechar la oportunidad que otorga la normatividad vigente.

También es impostergable el mandamiento constitucional que señala que a las autoridades competentes les corresponde prever que el uso de la evaluación del desempeño docente para dar mayor pertinencia y capacidades al sistema nacional de formación, actualización, capacitación y superación profesional para maestros, sea en el marco de la creación de un Servicio Profesional Docente. La evaluación de los maestros debe tener, como primer propósito, el que ellos y el sistema educa-

---

[24] Decreto por el que se reforman los artículos 3º en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, 26 de febrero de 2013.

[25] RAMÍREZ RAYMUNDO, Rodolfo, Coordinador. *Op.cit.,* pág. 132.

[26] ZORRILLA FIERRO, Margarita Ma. *¿Qué relación tiene el maestro con la calidad y la equidad en educación.* http://www.oei.es/docentes/articulos/relacion_maestro_calidad_equidad_educacion_zorrilla.pdf.

tivo cuenten con referentes bien fundamentados para la reflexión y el diálogo conducentes a una mejor práctica profesional. El sistema educativo deberá otorgar los apoyos necesarios para que los docentes puedan, prioritariamente, desarrollar sus fortalezas y superar sus debilidades.

En suma, la Evaluación, los Lineamientos y las Directrices, son el resultado de la reforma constitucional en materia educativa como insumos a estudiar desde la perspectiva jurídica con múltiples líneas de investigación para analizar, entender y revisar los alcances de su nuevo marco de actuación.