



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Flores, Imer B.

Sobre las respuestas (in)correctas en el derecho: a propósito del "desafuero" de Andrés Manuel López  
Obrador

Cuestiones Constitucionales, núm. 14, enero-junio, 2006, pp. 253-283

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501411>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**SOBRE LAS RESPUESTAS (IN)CORRECTAS EN EL DERECHO:  
A PROPÓSITO DEL “DESAFUERO”  
DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR**

Imer B. FLORES\*

**I. APERTURA: DEL DERECHO A LA CULTURA JURÍDICA**

Despertar un gran interés por los temas jurídicos ha sido una de las consecuencias positivas —si es que podemos decir que hay alguna— del llamado “desafuero” de Andrés Manuel López Obrador. Ciertamente, las noticias más importantes y de mayor actualidad, durante gran parte de los dos últimos años, fueron aquellas relacionadas con el “complot” o “compló” (ambas son aceptables para la Real Academia de la Lengua Española), desde las caracterizadas como “canalladas” hasta las descritas como “cobardías”.

Así, en cualquier lugar y momento, había quienes discutían un sin fin de cuestiones que aparecieron durante todo ese tiempo. Entre ellas: ¿qué es un desacato judicial, está o no tipificado como delito, y cuenta o no con una pena exactamente aplicable?, ¿cuándo ha o no lugar a proceder en contra de ciertos servidores públicos, deben existir o no indicios para presumir que se cometió un delito y que el servidor público es el presunto responsable, o bien protegerlo para que no sea perseguido injustamente?, ¿cuáles son los efectos de la declaración de procedencia, ya sea quedar separado del cargo inmediatamente o en tanto esté sujeto a proceso, y

\* Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Este comentario tiene sus antecedentes en: “Algunas lecciones sobre argumentación e interpretación jurídica: A propósito del «desafuero» de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de Trabajo*, núm. 67, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

en su caso quién(es) estaría(n) facultado(s) para nombrar un sustituto y bajo qué supuesto lo haría(n): falta temporal, falta absoluta o remoción?, ¿quién tiene la razón, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la controversia constitucional presentada en contra de la Cámara de Diputados, o ésta en su recurso de reclamación contra aquélla, acerca de si la Cámara se excedió en sus funciones al afirmar que queda (inmediatamente) separado del cargo y/o si la Asamblea debía formar parte del procedimiento de la declaración de procedencia o no?, ¿cómo es posible que todavía no consagre explícitamente la presunción de inocencia y se contemple la pérdida de los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, desde la sujeción a proceso sin que medie condena, cuando México ha firmado las principales convenciones, declaraciones y pactos sobre derechos humanos, en general, y civiles y políticos, en particular?

Por supuesto que el simple hecho de que la gente delibere sobre estos temas y otros tantos más —tales como si el ministerio público ejercitaría la acción penal, si puede hacerlo a partir de una orden de comparecencia o solamente con una orden de aprehensión, si el juez podría negar dicha orden de aprehensión o de plano no dictar el auto de formal prisión, o si podría a la larga declararlo inocente o si en caso de encontrarlo culpable procedía el indulto o perdón, sin olvidar si terceros podían pagar una fianza, sin solicitud del indiciado y en contra de su voluntad expresa e inequívoca— ya es un gran avance en términos de cultura democrática, pero hay quienes inclusive consideran que el efecto ha sido mucho más provechoso al fomentar el interés de los mexicanos por la cultura jurídica.

Sin embargo, por la complejidad de algunos de los temas, subsiste en el ambiente la idea de que un halo de misterio rodea al derecho. Lo cual tiene al menos un doble efecto pernicioso: de un lado, solamente los expertos, léase los abogados, entienden o pueden entender de estas cosas; y, del otro, como éstos no se ponen ni pueden ponerse de acuerdo no hay respuestas correctas ni mucho menos una sola respuesta correcta en estos casos.

Para corregir este doble efecto pernicioso, el cual puede ser equiparado o resumido en la idea de que el derecho por su grado de complejidad resulta ser un obstáculo para la cultura jurídica, consideramos más que imperativo recordar algunas de las funciones que los estudiosos del derecho deben cumplir para que el derecho sea o sirva por el contrario como

promotor de la cultura jurídica. Entre ellas están, en primera instancia, *describir* cómo “es” el derecho, *prescribir* cómo “deber ser”, y *predecir* cómo “puede ser” —al señalar qué forma(s) alternativa(s) “puede adoptar” o qué “puede suceder” en un momento dado—; en segundo lugar, *enunciar* y *denunciar* cómo “es”, “debe ser”, y/o “puede ser”; y, en tercer término, no nada más *entender* sino sobre todo *explicar* a los demás cómo “es”, “debe ser”, y/o “puede ser”, para que cada uno se pueda formar un juicio acerca de cuáles son las respuestas correctas e incorrectas en el derecho.<sup>1</sup>

## II. EL CASO DE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR

Evidentemente, el “desafuero” de Andrés Manuel López Obrador ha sido el tema jurídico-político más sonado de 2004 y 2005. A pesar de que mucho se ha dicho, los argumentos y razonamientos jurídicos han brillado casi por su ausencia y han cedido —o mejor dicho han tenido que ceder— el lugar de honor a las consideraciones y reflexiones políticas. Entre las gratas excepciones —donde se analizan y critican algunos argumentos y razonamientos jurídicos— se encuentran al menos la publicación de una mesa de debate y un documento de trabajo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Sobre las repuestas correctas, véase Dworkin, Ronald, “Can Rights Be Controversial?”, *Taking Rights Seriously*, 2a. ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 279-290 (primera edición: 1977); “No Right Answer?”, en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84; y “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 119-145 (hay versión en español: “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. Maribel Narváez Mora, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512). Cfr. Arango, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999; Flores, Imer B., “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 173-194.

<sup>2</sup> Varios autores, *López Obrador. Caso el Encino: implicaciones constitucionales, penales y de procedimiento penal*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005; y Cárdenas Gracia, Jaime, “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel

A continuación, trataremos de acentuar estos aspectos, pero desde una óptica estricta o propiamente jurídica, a partir de su argumentación e interpretación, al referirnos a cinco temas centrales: 1) desacato judicial; 2) declaración de procedencia (léase “desafuero”); 3) efectos de la declaración de procedencia; 4) controversia(s) constitucional(es); y 5) presunción de inocencia y suspensión de los derechos políticos.

### 1. *Desacato judicial*

Por “desacato judicial” se entiende, en términos generales, un delito por no obedecer el mandato de una autoridad jurisdiccional. Así, el concepto de “desacato judicial” puede comprender varias formas de desobediencia —a mandatos diferentes, a autoridades distintas y, por supuesto, a destinatarios diversos— a las que podemos caracterizar como especies de un mismo género. En el caso de Andrés Manuel López Obrador se dice que cometió el delito de “desacato judicial”, porque aparentemente como autoridad responsable desobedeció un auto de suspensión definitivo emitido por un juez federal de amparo en materia administrativa, relacionada con obras que se realizaban en el predio conocido como “El Encino”.

#### A. *No hay crimen/delito sin ley*

A partir del aforismo latino *nulla crime sine lege*, i.e. no hay crimen sin ley, todo delito debe estar consagrado necesariamente en una ley. Es decir, reconocido de manera expresa como tal en el código penal o en alguna otra disposición legislativa. Así, el delito de desacato judicial está tipificado, esto es especificado como tipo delictivo, no en el Código Penal Federal sino en el artículo 206 de la Ley de Amparo: “La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra”.

En consecuencia, el hecho de que el delito de desacato judicial no esté incluido en el código penal sino en alguna otra ley no sería un impedimento para considerar que está tipificado. El *sujeto activo* del delito es la “autoridad responsable”, el *hecho delictivo* es una omisión propia, pura o simple —y no una omisión impropia, impura o comisión por omisión— consistente en no obedecer o desobedecer una suspensión provisional o definitiva con la condición de que sea debidamente notificado, y el *bien jurídico tutelado* es la suspensión misma concedida en el amparo. Así que para configurar el delito de desacato judicial (Dj) se requiere que una autoridad responsable (a) haya desobedecido (d) un auto de suspensión notificado debidamente (s):

$$Dj = a + d + s$$

Si el jefe de Gobierno como autoridad responsable en un juicio de amparo desobedeció un auto de suspensión definitivo, debidamente notificado, en principio, se tipifica el delito de desacato judicial. Sin embargo, corresponde solamente a un juez determinar si efectivamente hay o no un delito, tal como lo dispone el párrafo 2 del artículo 14 constitucional: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

No obstante, puede darse el caso de que el juez considere que hay un delito pero que no era el jefe de Gobierno la autoridad responsable sino otro servidor público de menor jerarquía ( $\sim a$ ); o bien, aun cuando éste era la autoridad responsable no se tipificó el delito de desacato, porque la autoridad responsable no fue debidamente notificada del auto de suspensión ( $\sim s$ ); o simplemente porque obedeció dicho auto o no se pudo comprobar su desobediencia ( $\sim d$ ).

En otro orden de ideas, el hecho de que haya infinidad de casos en que la autoridad responsable desobedece el auto de suspensión y que no han sido o fueron castigados no sería una razón suficiente para no castigar a alguien, en caso de encontrarlo culpable. En pocas palabras, se dice que en la ilegalidad no puede alegar uno igualdad. Imaginemos el caso de que tres conductores de sendos coches se pasen un alto o la luz roja del semáforo y el policía o agente de tránsito solamente detiene a uno, éste

no podrá alegar que no violó la ley, en este caso el reglamento de tránsito, ni mucho menos que no lo pueden castigar a él porque los otros dos conductores que también se pasaron el alto no fueron detenidos ni van a ser castigados.<sup>3</sup>

Por supuesto que lo ideal sería que todos hubieran sido detenidos y castigados, y que todas las autoridades responsables que no obedecieron un auto de suspensión debidamente notificado, una vez declaradas culpables, sean castigadas. Lo cierto es que para hablar de un Estado de derecho no basta con detener a un conductor un día para castigarlo, sino hacerlo con otro en igualdad de circunstancias el día de mañana. O lo que es lo mismo, consignar a una autoridad responsable de desobedecer un auto de suspensión debidamente notificado un día, pero no hacerlo con otro al día siguiente: como decimos coloquialmente “una golondrina no hace verano”.

En pocas palabras, el Estado de derecho no quiere decir que las leyes sí sean aplicadas en unos casos y no en otros, sino que las leyes que deben ser generales tanto en su creación como en su aplicación sean en realidad aplicadas en todos los casos y a todos por igual, ya sean: amigos y enemigos, gobernantes y gobernados, hombres y mujeres, mayorías y minorías, ricos y pobres, etcétera.<sup>4</sup>

Es indudable que la aplicación de la ley a unos y no a otros se presta a la sospecha y a la suspicacia, o lo que es lo mismo, a pensar mal y a —en la mayoría de los casos— acertar. Para ilustrar este punto, supongamos que el policía del ejemplo anterior logra detener no solamente a esos tres conductores sino a todos los demás —o al menos a una gran mayoría— para que en su caso sean castigados; y que todas las autoridades responsables de desobedecer una suspensión debidamente notificada son consignadas y en su caso castigadas. En un Estado de derecho y/o de legalidad, inclu-

<sup>3</sup> Le agradezco a Jorge Ulises Carmona Tinoco forzarme a desarrollar este punto para responder a una observación suya.

<sup>4</sup> Véase Flores, Imer B., “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores democráticos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 15, 2003, pp. 145-159 (hay versión revisada en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Baez*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2004, pp. 129-140). Véase también “Assessing Democracy and Rule of Law: Access to Justice”, Peczenik, Aleksander (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress. Part I: Justice*, (ARSP-Beiheft 95) Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 146-154.

so de lo que llamamos de “estricta legalidad”, lo menos que esperaríamos es que unos y otros fueran procesados y en su caso castigados más o menos en el orden en que fueron detenidos y consignados, porque de no ser así estaríamos más bien ante su antítesis: un Estado de arbitrariedad y/o de ilegalidad.

El problema de la aplicación selectiva de la ley, en materia penal, puede rastrearse a la investigación y persecución de los delitos que incumbe al Ministerio Público, quien tienen el monopolio del ejercicio de la acción penal de acuerdo con lo dispuesto con el artículo 21 constitucional. Cabe acentuar que el titular del Ministerio Público Federal es el procurador general de la República, quien no solamente es designado por el Ejecutivo de la nación y ratificado por el Senado (artículos 76, fracción II, y 89, fracción IX), sino que además es el titular de una dependencia que forma parte del Poder Ejecutivo y que como tal está subordinado al presidente de la República.

Aunque se ha avanzado en el sentido de que el Ministerio Público tenga una mayor autonomía, ésta solamente ha sido técnica, porque su titular depende todavía del presidente. El tema pendiente sería darle mayor independencia en la investigación y persecución de los delitos para que éstas no dependan en un momento dado de la voluntad del Ejecutivo de la Unión, quien pueda aplicar la máxima “al amigo la mano y al enemigo todo el peso de la ley”.

#### B. *No hay pena sin ley*

A partir del aforismo latino *nulla poena sine lege*, i.e. no hay pena sin ley, toda pena debe estar consagrada necesariamente en una ley. Esto es, reconocida de modo expreso como tal y corresponder al delito del que se trata, como lo establece el artículo 14 de la Constitución, en su párrafo 3: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Si bien el delito de desacato judicial está tipificado en el artículo 206 de la Ley de Amparo, éste al afirmar que la autoridad que incurra en el desacato judicial “...será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad...” nos remite forzosamente al libro segundo, título décimo “Delitos cometidos por servidores públicos”, capítulo III: Abuso de autoridad, ar-



título 215 del Código Penal Federal para saber cuál es la pena aplicable a este caso.

El problema es que el delito de abuso de autoridad comprende XII fracciones y a éstas corresponden dos sanciones diferentes: una aplicable a las fracciones I-V y X-XII y otra para las fracciones VI-IX. La primera —la del penúltimo párrafo— comprende “de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”; y la segunda —la del último párrafo— “de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

Todo ello sin perjuicio de que por estar sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, el inculpado perdería sus derechos políticos, según lo dispone la Constitución en su artículo 38, fracción II, pero sobre este punto regresaremos más adelante. Por lo pronto baste con señalar la necesidad de revisar nuestra política criminal no sólo para evaluar la congruencia de adoptar tales o cuales penas, o bien incorporar penas alternativas a la prisión sino también para valorar la conveniencia de declarar a un sujeto penalmente responsable pero prescindir de la aplicación de la pena, o lo que es lo mismo contar con tipos penales sin pena, cuando ésta es “notoriamente innecesaria e irracional” como lo contemplan los artículos 55 del Código Penal Federal y 75 del Código Penal para el Distrito Federal, así como cuando está expresamente previsto con antelación como en el numeral 139 del Código Penal capitalino.

Cerrada la digresión, la pregunta sería saber cuál de las dos sanciones constituye la pena “exactamente aplicable al delito de que se trata”. Si el legislador hubiera indicado alguna de las fracciones o supuestos concretos estaría clarísimo cuál sería la pena exactamente aplicable, pero como no lo hizo subsiste el problema de saber cuál de las dos lo es. Por supuesto que estamos de acuerdo que contemplar dos penas distintas para un mismo hecho delictivo demuestra una deficiente técnica legislativa.

La deficiencia se puede explicar que no justificar si recordamos dos cosas: 1) que el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de 1931, en su artículo 213, el cual a partir de la reforma constitucional y legal de 1984 dió lugar al actual 215, contemplaba una sola pena para el

delito de abuso de autoridad; y 2) que la Ley de Amparo, de 1936, en su artículo 206 remitía a un Código Penal, el de 1931, con una única pena, a saber: “De seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco mil pesos y destitución del empleo”.

En este sentido, el juez para decidir cuál de las dos penas aplicar, la del penúltimo párrafo o la del último, podría: 1) precisar, a partir de una interpretación histórica, cuál de las dos corresponde a la pena prevista en el artículo 213 original y/o cuál de los supuestos contenidos en el numeral 215 actual captura mejor la esencia del 206 de la Ley de Amparo; 2) aplicar la pena dentro del margen en que ambas sanciones coinciden o se sobreponen; y 3) apelar al principio *in dubio pro reo*, i.e. en caso de duda hay que beneficiar al inculcado, al buscar la interpretación más benéfica o menos perjudicial.

Aun cuando cualquiera de los tres casos parecería violentar lo dispuesto por el párrafo 3 del artículo 14 de la Constitución, citado líneas arriba, porque aplicaría una pena que no es exactamente aplicable al caso de que se trata por haber dos. A partir del principio pro inculcado consideramos que ciertamente sería la primera de las dos penas, la del penúltimo párrafo, la aplicable por contener las sanciones menores y por ende más benéficas o menos perjudiciales, además de que al parecer esa pena es la que históricamente corresponde a la original.

No obsta lo anterior para que subsista la posibilidad de que el juez al resolver pudiera decidir que en principio si hay delito, pero que como no hay pena exactamente aplicable al caso tiene que dejar en libertad al inculcado. Sin embargo, ello violentaría la tesis por contradicción a la que en 1997 arribó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que la garantía de legalidad si se satisfacía al haber cuando menos una pena expresa y además previa para el delito de violación de una suspensión “APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA SUSPENSIÓN”<sup>5</sup> y a partir del principio *in dubio pro reo* optar por la más benéfica o menos perjudicial de las dos.

<sup>5</sup> Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Contradicción de Tesis 19/97, México, diciembre, 1997, 9a., T. VI, 217.

## 2. *Declaración de procedencia (desafuero)*

Pese a que la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982 —por cierto día de los santos inocentes— y en vigor desde el día siguiente de su publicación, cambió la denominación del procedimiento conocido como “desafuero” por el de “declaración de procedencia”, en esencia implica todavía quitar el fuero constitucional o al menos la inmunidad procesal a un servidor público para poder proceder penalmente en su contra, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo. Así, como lo dispone el artículo 111, en la parte final del párrafo 1, “la Cámara de Diputados tiene que declarar por mayoría absoluta de sus miembros presentes en la sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado”.

La declaración de procedencia es una decisión política que no juzga ni puede prejuzgar sobre la culpabilidad del inculpado, lo cual sería una decisión propiamente jurídica y, más precisamente, como hemos advertido, judicial. De un lado, como lo establece el segundo párrafo de dicho artículo: “Si la resolución de la Cámara fuese negativa... no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación”.

Del otro, como lo estipula el párrafo 3 del mismo numeral: “Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley”.

### A. *Requisito de procedibilidad*

Al no juzgar ni prejuzgar, en uno y otro caso, sobre la culpabilidad del inculpado, la declaración de procedencia resulta ser un requisito necesario para poder proceder penalmente en contra de un servidor público que cuenta con el fuero constitucional o la inmunidad procesal consagrada en el ya mencionado artículo 111. No obstante, para retirar el fuero o inmunidad al servidor público, la mayoría absoluta de los diputados presentes en la sesión, es decir, al menos el 50% + 1, debe considerar que existen datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. Al respecto el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en su párrafo 2 detalla: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos

que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

Y en su párrafo 3 determina: “La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos precisa: “la Sección Instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado... cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la Sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado.”

Sin embargo, cabe reiterar que la declaración de procedencia no juzga ni mucho menos prejuzga sobre el asunto, ya que compete solo al juez conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de Código Federal de Procedimientos Penales dictar el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados plenamente dos requisitos: 1) que se ha comprobado el cuerpo de delito que tenga señalado sanción privativa de la libertad; y, 2) que se ha demostrado la probable responsabilidad del inculcado.

#### *B. Protección del fuero constitucional*

La declaración de procedencia no sirve nada más como un requisito de procedibilidad sino que además cumple la misión de proteger a los servidores públicos, designados o electos, para que no sean perseguidos en el ejercicio de sus funciones. Al punto que los diputados debían considerar no sólo que se acreditaba el cuerpo del delito y que era probable la responsabilidad del inculcado sino también que no se trataba de una persecución a un servidor público, quien curiosamente encabezaba en aquel entonces las encuestas de preferencias para la elección presidencial de 2006.

Así, la declaración de procedencia tiene una doble finalidad: evitar que bajo el fuero constitucional o la inmunidad procesal un servidor público pueda gozar de impunidad, por un lado, e impedir que un servidor público sea acusado infundadamente, destituido y/o separado de su cargo y hasta inhabilitado, por el otro.

### 3. Efecto jurídico de la declaración de procedencia

El principal efecto jurídico de la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado será el separar al servidor público de su cargo. El problema es que hay una contradicción, entre lo dispuesto por la Constitución y lo previsto por la Ley ordinaria, *i.e.* la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, respecto al momento a partir del cual está o queda separado del cargo.

#### A. Separación del cargo

Habría que comenzar por recordar lo que la Constitución establece, en el párrafo 7 del multicitado artículo 111: “El efecto de la declaración que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto”.

Así, el efecto será separarlo de su encargo, pero “en tanto esté sujeto a proceso penal”. De forma tal que si luego “la sentencia es absolutoria el inculpado pueda reasumir su función”. Ahora bien, se entiende que una persona está sujeta a proceso criminal o penal, solamente a partir del auto de formal prisión emitido por una autoridad judicial. No obstante, el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos, sugiere que quedará inmediatamente separado: “Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes”.

Si bien, para la Constitución y la Ley el efecto es separarlo, hay un conflicto normativo entre lo dispuesto por ambas: para la primera la separación no es ni puede ser automática sino que *será separado en tanto esté sujeto a proceso penal*, mientras que para la segunda *quedará inmediatamente separado y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes*. En nuestra opinión, la norma que debe prevalecer es la constitucional y para ello apelamos en primera instancia a dos argumentos: el primero es que la norma jerárquicamente superior, sobre todo si es clara en su literalidad, debe derrotar a la norma jerárquicamente inferior, *i.e.* la constitucional por encima de la legal; y, el segundo que la norma en be-

neficio del inculpado o de la persona debe prevalecer sobre aquélla que es en su perjuicio, en este caso también la constitucional sobre la legal.

Cabe destacar que para algunos, el juez debe aplicar la disposición legal que tiene un dudoso origen y “pedigrí” constitucional, en tanto que no sea declarada inconstitucional. Aunque la preocupación puede estar fundada en el sentido de que una decisión de un cuerpo colegiado electo, como sería un congreso, pueda quedar sin efecto por el criterio de una sola persona no electa como sería un juez. Sin embargo, la decisión de aplicar o no una norma legal de dudosa constitucionalidad puede ser impugnada, por una u otra parte, ya sea por aplicar una ley inconstitucional o por dejar de aplicarla por considerarla inconstitucional, con lo que a final de cuentas se tendría que resolver sobre su constitucionalidad.

La cuestión es que en México se ha adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad donde solamente la Suprema Corte de Justicia puede en funciones de tribunal constitucional declarar la inconstitucionalidad de una Ley. No obstante, si el juez se limita a resolver un conflicto normativo entre la Constitución y la Ley, a partir de apelar a la mayor jerarquía de la primera sobre la segunda y sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de la última no debería haber problema.

De hecho, el tercer argumento se funda en lo ordenado por la segunda parte del artículo 133 de la Constitución: “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”.

Lo anterior sugiere que los jueces están facultados para aplicar no solamente las Leyes —e inclusive los tratados— sino además armonizarlas con la Constitución. Por ello, consideramos que un juez no tiene porque aplicar una disposición legal de dudosa constitucionalidad cuando tiene un enunciado constitucional claro y preciso, sin que ello implique que se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la ley cuya declaración ha quedado reservada solamente para la Suprema Corte.

Al respecto, ofrecemos un cuarto argumento, uno que podemos caracterizar como consecuencialista o funcionalista, para evidenciar lo incongruente que sería considerar que basta la declaración de procedencia para haber quedado separado inmediatamente. Sobre todo si traemos a colación el hecho de que la declaración de procedencia es inatacable, confor-

me al párrafo 6 del propio artículo 111: “Las declaraciones y las resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

Supongamos que una vez que la Cámara ha declarado que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado: 1) el Ministerio Público no ejercita la acción penal; 2) el juez, aun cuando el Ministerio Público ejerció la acción penal, niega la orden de aprehensión; o 3) el juez, aunque otorgó la orden de aprehensión, al final de cuentas no dicta el auto de formal prisión. En estos casos qué pasaría, o acaso sería congruente afirmar que estaría o quedaría separado de su cargo indefinidamente. Por supuesto que los efectos de la separación inmediata e indefinida del cargo no pueden ser considerados como consistentes porque dejarían al inculcado en estado de indefensión y tampoco podría reasumir su función porque no hay una sentencia absolutoria.

En este sentido, reiteramos que la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado tiene el efecto de separarlo del cargo, pero solamente en tanto esté sujeto a proceso y forzosamente a partir del auto de formal prisión. De hecho, consideramos que se le ha retirado el fuero constitucional o la inmunidad procesal asociada a su cargo pero exclusivamente para poder ser procesado por la causa penal que dió lugar a la declaración de procedencia.

#### *B. Sustitución del jefe de Gobierno*

En caso de separación del cargo, la cual solamente operaría —como hemos insistido— en tanto que el inculcado esté sujeto a proceso penal, contado a partir del auto de formal prisión, sería necesario proceder a designar o a nombrar un sustituto. Al respecto, la Constitución, en el artículo 122, Base Segunda, fracción I, párrafo 3, dispone:

Para el caso de remoción del jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Senado nombrará, a propuesta del presidente de la República, un sustituto que concluya el mandato. En caso de falta temporal, quedará encargado del despacho el servidor público que disponga el Estatuto de Gobierno. En caso de falta absoluta, por renuncia o cualquier otra causa, la Asamblea Legislativa designará a un sustituto que termine el encargo. La renuncia del jefe de Gobierno del Distrito Federal sólo podrá aceptarse por causas graves. Las licencias al cargo se regularán en el propio Estatuto.

De tal guisa la Constitución contempla tres supuestos diferentes: 1) en caso de remoción, “por causas graves —como lo señala la Base Quinta, inciso F, del mismo artículo 122— que afecten las relaciones con los Poderes de la Unión o el orden público en el Distrito Federal”, el Senado nombrará a propuesta del presidente de la República, un sustituto que concluya el mandato; 2) en caso de falta temporal, quedaría encargado del despacho el servidor público que disponga el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, a saber el secretario de Gobierno en funciones, tal y como lo consagra el artículo 61 del Estatuto; y 3) en caso de falta absoluta, por renuncia o cualquier otra causa, la Asamblea Legislativa designará a un sustituto que termine el encargo.

De los tres supuestos, está más que claro que el primero no es aplicable porque la remoción la debe realizar la Cámara de Senadores o en los recesos de ésta la Comisión Permanente, pero únicamente por las causas graves detalladas en el artículo 66 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. El problema sería precisar cuál de los otros dos, ya sea una falta temporal o una falta absoluta, es el aplicable al caso de estar separado del cargo, por estar sujeto a proceso penal, a partir del auto de formal prisión.

En principio, parecería que se trata de una falta temporal en tanto que no haya una sentencia condenatoria, al existir la posibilidad de que sea absoluta y que entonces pueda reasumir la función, siempre y cuando estemos dentro del periodo para el cual fue electo. Al respecto, la Base Segunda, fracción I, del artículo 122 dispone que el jefe de Gobierno del Distrito Federal: “Ejercerá su encargo, que durará seis años, a partir del día 5 de diciembre del año de la elección”; o sea, como fue electo en el 2000, durará en su encargo hasta el 4 de diciembre del 2006.

Por supuesto que en caso de ser condenatoria, la falta ciertamente se convertirá en absoluta. La cuestión aquí es que el Estatuto considera en el párrafo 2 del artículo 61 que “Cuando la falta de jefe de Gobierno del Distrito Federal sea superior a treinta días se convertirá en absoluta”. De igual forma, en el caso de haber solicitado licencia, en los términos del artículo 62 del Estatuto, hasta por ciento veinte días naturales, y una vez concluida “no se presentare, se reputará como falta absoluta”.

En este contexto, parece que la falta temporal resultante de la separación del cargo por estar sujeto a un proceso penal, a partir del auto de formal prisión, tarde que temprano se convertiría en una falta absoluta y



sería necesario proceder a nombrar un sustituto. No obstante, esto acarrearía una consecuencia contradictoria con lo dispuesto por la Constitución, se privaría al servidor público de la posibilidad de reasumir su función si la sentencia es absolutoria, sobre todo por tratarse de un funcionario electo para un periodo determinado.

Al respecto insistimos que se trataría de un caso de falta temporal, en el cual por excepción no corren los plazos ni vencen los términos en espera de la sentencia definitiva y firme, ya sea absolutoria o condenatoria. Cabe destacar que necesariamente se trataría de una sentencia definitiva porque no basta con una sentencia condenatoria en la primera instancia sino que ésta debe ser incontrovertible al haber quedado firme.

#### 4. *Controversia(s) constitucional(es)*

Si bien es cierto que la Constitución dispone en el párrafo 6 del artículo 111 que las declaraciones o resoluciones de la Cámara de Diputados son inatacables, habría que preguntarse si efectivamente no se puede admitir recurso ni medio de defensa alguno y en caso contrario bajo qué condiciones. Así, se supone que, en principio, no procede el amparo en contra de la declaración de procedencia que es un acto eminentemente político, pero cabría la posibilidad de impugnar no la declaración en sí sino la violación a alguna garantía consagrada en la Constitución, como serían: la garantía de audiencia, el debido proceso legal, y el derecho de defensa y/o a aportar pruebas en su descargo, entre muchas otras.

No obstante, la Corte al resolver por unanimidad de diez votos (al estar pendiente el nombramiento del undécimo ministro) la contradicción de tesis 32/2004 estableció que ninguno de los actos de la Cámara de Diputados emitidos dentro de un procedimiento de declaración de procedencia es impugnabile en amparo y que por ello se actualiza un motivo manifiesto e indudable de improcedencia:

[L]a resolución de declaración de procedencia no vincula a la autoridad jurisdiccional que debe instruir el proceso penal, por lo que el servidor público inculpado puede reasumir su función si obtiene resolución favorable, de ello se sigue que la determinación de la Cámara de Diputados es eminentemente política, en tanto retira el privilegio que aquél tiene en razón de su encargo y cualquier probable violación al procedimiento relativo deviene inatendible

para efectos de la procedencia del amparo, ya que la propia resolución final no prejuzga respecto del fondo de la cuestión planteada, sino que únicamente determina la conveniencia de someter al servidor público a la potestad de la autoridad jurisdiccional competente, cuando se reúnan los requisitos de ley.

Lo anterior es recogido en sendas tesis de jurisprudencia: “Declaración de procedencia. Los actos emitidos por la Cámara de Diputados y la sección instructora durante el procedimiento relativo son inatacables, incluso a través del juicio de amparo”,<sup>6</sup> y “Declaración de procedencia. se actualiza un motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de amparo, respecto de los actos emitidos por la Cámara de Diputados y la sección instructora, durante el pocedimiento relativo”.<sup>7</sup>

De igual forma, parecería que tampoco procede la controversia constitucional, tal como la misma Corte —al extender los alcances de las dos tesis anteriores al resolver el recurso de reclamación 208/2004-PL derivado de la controversia constitucional 70/2004— estipuló en la tesis aislada: “Controversia constitucional. Es notoriamente improcedente contra actos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión realizados dentro del procedimiento de declaración de procedencia (desafuero)”.<sup>8</sup>

Sin embargo, del hecho de que no proceda el amparo ni la controversia constitucional contra *actos* de la Cámara de Diputados dentro de la declaración de procedencia no se sigue que esta última vía sea del todo improcedente. Cabe recordar que las controversias constitucionales tienen la finalidad de dirimir una disputa entre dos o más poderes ya sean federales y/o locales, por supuestas invasiones a sus respectivas competencias. En este sentido, claro está que no procedería en contra de los actos ni del sentido de la declaración o resolución, pero sí en cuanto a cuáles son los alcances o efectos de la misma —quedar (inmediatamente) separado del cargo o será separado o quedará separado del mismo— y cuál es el procedimiento que se debía seguir —el del primer o el del quinto párrafo del artículo 111 constitucional—.

<sup>6</sup> *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P./J 100/2004, México, octubre, 2004, 9a., T. XX, 6.

<sup>7</sup> *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P./J 101/2004, México, octubre, 2004, 9a., T. XX, 7.

<sup>8</sup> *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. LXVII/2004, México, diciembre, 2004, 9a., T. XX, 1118.

Así, en la Controversia Constitucional 23/2005 interpuesta por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, ésta alega básicamente que la Cámara de Diputados se excedió en sus facultades constitucionales al considerar —en el punto Segundo de su Declaratoria del 7 de abril del 2005— que por el hecho de declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra del jefe de Gobierno, éste “queda separado del encargo”; y al estimar —en su Segundo Transitorio— que la Asamblea Legislativa no está facultada para participar en el procedimiento de declaración de procedencia, al comunicarle el contenido de la declaratoria, pero nada más para su conocimiento.

A final de cuentas, por una mayoría de seis votos contra cinco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Recurso de Reclamación 137/2005 resolvió el 19 de mayo de 2005: primero, revocar el auto de admisión fechado el 13 de abril de 2005, dictado por la ministra instructora dentro de la controversia constitucional referida; y segundo desechar por notoriamente improcedente dicha controversia.

Al respecto, la ministra instructora había admitido la demanda no sin antes advertir que la tesis aislada referida líneas arriba —en el sentido de que la controversia constitucional era improcedente— “no resulta aplicable ya que, en la especie, en un acto soberano, dos legislaturas constitucionalmente establecidas, una en el ámbito federal y otra en el ámbito local —Distrito Federal—, en uso de sus facultades soberanas, interpretaron en forma diversa el artículo 111 constitucional.” De forma tal, estima que la controversia constitucional procede no contra la declaración de procedencia en sí sino en contra de la interpretación hecha por la Cámara de Diputados al ser contradictoria de la realizada por la Asamblea Legislativa.

Por su parte, la mayoría compra el argumento de la Cámara de Diputados en el sentido de que no había dos interpretaciones contradictorias, porque “la Cámara *no* interpretó el artículo 111, sino que se limitó a aplicarlo”. De tal suerte, coincide con ésta “cuando afirma que no entró en interpretaciones acerca del contenido o alcance del artículo 111” y “que se concretó a ejercer la competencia que le atribuye la Constitución literalmente en esta materia”.

Por supuesto que dicha aplicación no es sino el producto de una interpretación: una interpretación literal del primer párrafo del artículo 111, pero interpretación al fin. En cambio, la Asamblea Legislativa parte del

quinto párrafo del mismo numeral y por medio de una interpretación extensiva pretende incluir al jefe de Gobierno del Distrito Federal dentro del género gobernador de un Estado.

Asimismo, tanto la Cámara como la Asamblea interpretan de manera diferente el alcance de la primera parte del párrafo 7 del artículo 111 constitucional: “El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal”. Cuando la primera declaró “queda separado”, parecería sugerir que ya estaba sujeto a proceso penal y que queda inmediatamente separado, en tanto que la segunda entendía “será separado” o “quedará separado” en tanto esté sujeto a proceso, pero que todavía no lo estaba y que, en consecuencia, tampoco quedaba separado automáticamente.<sup>9</sup>

*A. Separación (inmediata) o no del cargo del jefe de Gobierno del Distrito Federal*

Cabe adelantar que consideramos que la Cámara de Diputados sí se excedió en sus atribuciones constitucionales, porque debía limitarse a declarar “si ha o no lugar a proceder contra del inculpado” y dejar que los efectos corrieran por sí solos. Así, al señalar que el jefe de Gobierno “queda separado del encargo” —aunque no dice que lo hace con fundamento en el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos— la Cámara parece sugerir que queda inmediatamente separado y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes, en lugar de “será separado” o “quedará separado” en tanto esté sujeto a proceso, como lo dispone el artículo 111 de la Constitución, con lo cual ciertamente se excedió en sus atribuciones.

Está claro que el jefe de Gobierno no quedaría separado del cargo sino hasta que fuera sujetado a proceso, a partir de un auto de formal prisión. Por ello podría permanecer legal y legítimamente en su cargo en tanto no se girara una orden de aprehensión y como consecuencia hasta que se le

<sup>9</sup> Aun cuando, como adelantamos, la mayoría de la Suprema Corte resolvió desechar por notoriamente improcedente dicha controversia, coincidimos con la minoría en el sentido de que no existían elementos jurídicos suficientes para desechar de plano la controversia constitucional y, en consecuencia, procedemos a analizar a continuación los dos puntos controvertidos: *a)* separación (inmediata) o no del cargo; y *b)* participación o no de la Asamblea Legislativa.

dictara el auto de formal prisión y quedará ya sujeto a proceso penal. En ese sentido, en caso de presentarse en sus oficinas e incluso firmar cualquier documento no se le podría imputar el haber cometido un ilícito.

Mucho menos el de usurpación de funciones, el cual —por definición— implica que alguien, a quien llamamos “usurpador” despoja de y/o se apodera de la función pública que le compete desempeñar a alguien más, a quien llamamos “usurpado”. Sin embargo, en este caso, al menos en tanto que no se le haya separado del cargo ni nombrado un sustituto para acabar el periodo, parecería que el “usurpador” y el “usurpado” serían la misma persona.

*B. Participación o no de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el procedimiento de declaración de procedencia*

El artículo 111 de la Constitución consagra dos procedimientos diferentes para la declaración de procedencia: uno, en el párrafo 1, incluye en su enlistado a “el jefe de Gobierno del Distrito Federal” con la participación exclusiva de “la Cámara de Diputados”; y, otro, en el párrafo 5, incorpora en su enumeración a “los gobernadores de los Estados” con la participación además de la Cámara de Diputados de “las Legislaturas Locales” para que éstas en ejercicio de sus atribuciones procedan como correspondan.

El problema es que en apariencia el jefe de Gobierno podría encajar en cualquiera de los dos supuestos. Dentro del párrafo 1 por estar enlistado expresamente y en el quinto párrafo por haber sido considerado, en casos anteriores, como perteneciente a la clase o grupo “gobernador de un Estado”.<sup>10</sup> Cabe aclarar que, en las circunstancias pasadas, no estaba incluido explícitamente como jefe de Gobierno del Distrito Federal, pero que a partir de una integración analógica *ad simile*, por la semejanzas o similitudes entre las facultades y las funciones ejercidas con las de un gobernador de un Estado se le consideró *como si* fuera tal.

10 “DISTRITO FEDERAL. EL JEFE DE GOBIERNO TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EJERZA LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE ARTÍCULO 97, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. XXVII/2003, México, diciembre, 2003, 9a., T. XVIII, 11.

El hecho de que en otros contextos se le haya comprendido como un gobernador de una entidad federativa no implica que en este caso tenga que ser considerado nuevamente como tal. En especial, si tomamos en cuenta que el supuesto del párrafo 1 regula de manera explícita el caso del jefe de Gobierno, a diferencia de los otras coyunturas en las cuales la discusión era precisamente si estaba contemplado aunque fuera tan sólo de modo tácito al no estar mencionado expresamente.

No obstante, se podría formular un argumento para sugerir que las reformas constitucionales que gradual o progresivamente le han conferido mayores facultades o funciones al jefe de Gobierno lo han transformado materialmente en gobernador de un Estado, por la identidad entre las facultades o funciones de ambos, además de ser cargos de elección popular. De tal forma, la mención en el párrafo 1 parecería haber sido derogada, a partir de alguna de las cláusulas derogatorias, incluidas en los artículos transitorios de las reformas, las cuales indican que todas las disposiciones que estén en contradicción con la reforma de referencia quedan derogadas, para ser contemplado en exclusiva por el supuesto contenido en el párrafo 5. Pese a que este argumento tiene alguna plausibilidad, se presume que en dado caso el propio órgano o poder revisor de la Constitución habría incluido al jefe de Gobierno del Distrito Federal junto a los gobernadores de los Estados, en el párrafo 5, o al menos habría mencionado que esa era su intención o voluntad en la exposición de motivos, lo cual no fue el caso.

En el supuesto sin conceder que para este caso se pudiera considerar al jefe de Gobierno del Distrito Federal como si fuera gobernador de un estado o entidad federativa, sería necesario considerar también a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como una legislatura local. Asumimos que tampoco habría problema para equipararla, en especial, porque el artículo 111 de la Constitución alude a una expresión más amplia como “legislaturas locales” en lugar de una más estrecha como “legislaturas de los estados”.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> La primera locución al ser más amplia resulta ser menos problemática que la segunda, porque puede abarcar o comprender todas las “legislaturas locales”, con independencia de su denominación. En cambio, la segunda, a partir de una interpretación literal y restrictiva, parecería sugerir que únicamente incluye a las “legislaturas de los estados” que integran la Federación pero no a la del Distrito Federal, el cual no es propiamente un Estado sino una entidad federativa. No obstante, somos de la opinión que, a partir de una

Sin embargo, habría una cuestión imposible de sortear: a diferencia de lo que sí sucede en el caso de las Constituciones estatales que prevén cuál sería la participación de la legislatura local en el procedimiento de declaración de procedencia, el Estatuto del Gobierno del Distrito Federal no regula este supuesto. Por lo tanto, está clarísimo que debe prevalecer o privilegiarse una mención explícita con un procedimiento expreso, a una interpretación extensiva para incluir al jefe de Gobierno dentro del grupo de gobernador de un estado, cuando no hay un procedimiento previsto para tal caso, con lo cual la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tendría ninguna directriz de cómo proceder en ejercicio de sus atribuciones.

##### *5. Presunción de inocencia y suspensión de los derechos políticos*

Si bien el sistema penal ya no se podría caracterizar en su conjunto desde hace mucho tiempo por ser inquisitorial sino acusatorio, subsisten algunas figuras que podrían sugerir lo contrario. Entre ellas, para ilustrar el caso concreto, habría que traer a colación al menos dos. La primera es que a diferencia de la gran mayoría de los países, la presunción de inocencia no está todavía reconocida explícitamente en la Constitución mexicana. La segunda deriva de alguna forma de la primera, debido a que en lugar de presumirse que la persona es inocente se presupone que es culpable. Por lo cual al inculpado se le suspenden sus derechos políticos desde el momento en que está sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, sin que haya todavía una sentencia definitiva y firme en su contra.

interpretación extensiva de la palabra “Estados”, así como histórica y sistemática, pero sobre todo funcional, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es —y debe ser— considerada no sólo como una de las “legislaturas locales” sino también como una de las “legislaturas de los estados”, por realizar las funciones legislativas —aunque limitadas— en el ámbito local e independientemente de su denominación. Cabe advertir que este no sería el caso cuando era “Asamblea de Representantes del Distrito Federal” porque no realizaba este tipo de funciones.

### A. Presunción de inocencia

Cierto es que la garantía de presunción de inocencia no está todavía reconocida explícitamente en la Constitución, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha llegado a la conclusión que está implícita. Así, a partir de la interpretación de los principios que ya están, como son las garantías consagradas en los artículos 14, párrafo 2; 16, párrafo 1; 19 párrafo 1; 21, párrafo 1; y 102, apartado A, párrafo 2, la Suprema Corte ha sostenido: “Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución federal”.<sup>12</sup>

Asimismo, la presunción de inocencia está incorporada a la Constitución a través de los tratados ratificados por México, en 1981, a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los cuales en sus artículos XXVI, 14, fracción 2, y 8o., respectivamente, consagran que toda persona acusada tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que no sea declarado culpable, y en caso de duda hay que atenerse no sólo a lo más beneficioso para el inculcado o la persona sino también a su libertad: *in dubio pro libertatis*.

Aun cuando somos de la opinión que no es estrictamente necesaria que la presunción de inocencia sea explicitada a través de una reforma constitucional, coincidimos que es mejor que esté incluida a no estarlo. Al respecto habría que recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo consagra en su artículo 8o. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” sino también impone en su artículo 2o. el “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>12</sup> Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, P. XXXV/2002, México, agosto, 2002, 9a., T. XVI, 14.



En este orden de ideas, lo recomendable sería consagrar la presunción de inocencia expresamente tal y como lo proponía la iniciativa de Reforma Integral de Justicia y Seguridad presentada en el 2004. No obstante, insistimos que el *texto* constitucional en este aspecto todavía no se ha reformado, pero que se puede afirmar sin temor a equivocarse que en su *contexto* ya había mutado.

De hecho, se puede decir que la presunción de inocencia sería no solamente la respuesta correcta sino la única respuesta correcta. En especial, después de que la presunción de dolo fue derogada del propio Código Penal por un Decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1984. Cabe recordar que el artículo 9o. —al igual que el 9o. del Código de 1871 y el 14 del Código de 1929— presumía el dolo al disponer en su letra: “La intención dolosa se presume, salvo prueba en contrario”. Hoy en día, dicho numeral se limita a definir, en su párrafo 1: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

#### *B. Suspensión de los derechos políticos*

El artículo 38 de la Constitución prescribe en que casos “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden” y entre ellos menciona en la segunda fracción: “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”. Aunque resulta contraintuitivo hablar de un artículo de la Constitución que sea inconstitucional no es admisible una interpretación a la letra o literal para sugerir que desde la fecha del auto de formal prisión se suspenden los derechos o prerrogativas de un ciudadano, entre ellas a votar y a ser votado.

Decimos que dicha interpretación es inadmisible porque México ha ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos consagran, entre otros, los derechos de todo individuo a formar parte del gobierno de su país, directa o indirectamente, a través de sus representantes, en general, y, a votar y a ser votado en elecciones libres y periódicas, en particular, como lo disponen el inciso *b* de la fracción I del artículo 23 y el inciso *b* del artículo 25, respectivamente. Si bien el Estado mexicano

expresó su reserva sobre este punto, pero lo hizo solamente para efectos de que los ministros de cultos no pudieran desempeñar cargos públicos ni ser votados como lo prevé el inciso *c* del artículo 130 de la Constitución.

Así, salvo los ministros de cultos, todo ciudadano tiene la oportunidad de ejercer estos derechos sin “restricciones irrazonables” como sería la de suspender los derechos políticos de una persona sujeta a proceso penal, a partir de un auto de formal prisión, cuando las convenciones, declaraciones y pactos de derechos humanos consagran explícitamente la presunción de inocencia. Lo anterior implica que la restricción razonable no podría ser estar sujeto a un proceso criminal o penal, a partir de un auto de formal prisión, sino únicamente a través de una condena o sentencia definitiva y firme, la cual da lugar al supuesto previsto en la fracción III, del mismo numeral 38 de la Constitución “Durante la extinción de una pena corporal”.

La aparente contradicción entre estas dos interpretaciones: la literal que parte del *texto* constitucional y la sistemática que apela a su *contexto*—esto es, a la incorporación o recepción directa de los tratados en materia de derechos humanos que estén de acuerdo con la Constitución, al ampliar las garantías— no se puede resolver nada más al apelar a un criterio jerárquico, como lo hicimos antes, donde la norma superior derrota a la inferior. Al respecto, la Constitución dispone en la primer parte de su 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... serán la ley suprema de toda la Unión”, pero la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultante del amparo en revisión 1475/98 sostiene “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”.<sup>13</sup>

Ahora bien, para resolver esta contradicción habría que apelar a la primacía de los derechos humanos, como las “cartas que dan un triunfo indiscutible” al ser “el juego que mata a todos los demás” (*rights as*

13 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. LXXXVII/1999, México, noviembre, 1999, 9a., T. X, No. 192867, 46. Cfr. Flores, Imer B., “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 235-249.

*trumps*) —como diría el mismo Dworkin— para apoyar que la interpretación que debe prevalecer en caso de duda es la más beneficiosa para la persona: *in dubio pro homine*.<sup>14</sup> O sea, la que deriva de los tratados debe derrotar a la de la Constitución, porque se presume que éstos están de acuerdo con ella, en su conjunto. Por más curioso que puede parecer, en caso de que haya una contradicción en relación a los derechos humanos entre la Constitución y un Tratado, o bien, entre dos o más tratados entre sí, debe prevalecer, conforme al principio de progresividad, aquella que sea más benéfica al ampliar de manera progresiva los contenidos y el reconocimiento de los derechos humanos.

Para reforzar este punto es imperativo ofrecer un argumento adicional. Resulta que el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es uno de los pocos que mantiene su formulación y redacción original desde 1917 al no haber sido reformado hasta la fecha. Lo anterior es relevante porque de un gran total de 160 decretos que han adicionado o modificado en 427 ocasiones el *texto* de los 136 artículos constitucionales, incluidas las 9 veces que se han reformado sus transitorios, solamente 36 artículos no han sufrido, al menos formalmente, ninguna alteración. Sin embargo, desde su promulgación a la fecha, el sistema jurídico mexicano ha cambiado mucho en todo su *contexto* y muy en especial en materia de derechos humanos, al grado de poder sostener que por el principio de progresividad la fracción II ha quedado sin efecto, tal como el párrafo 4 del artículo 22 que contempla todavía la pena de muerte.

Es más, el hecho de que a un inculcado se le suspendan sus derechos políticos desde el momento en que está sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, sin que haya todavía una sentencia definitiva y firme en su contra, es contrario a la propia Constitución y más concretamente a lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 14 constitucional: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones, o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

<sup>14</sup> Véase Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167

En este sentido, la fracción II del artículo 38 constitucional está en conflicto no nada más con los tratados internacionales sino con la Constitución misma al privar a una persona de sus derechos políticos sin que medie un juicio. Cabe recordar que la contradicción entre las dos normas de igual jerarquía se resuelve a favor de la que es más beneficiosa, coherente con el contexto lógico-sistemático y su evolución histórica, así como progresiva en la protección y reconocimiento de los derechos humanos. Por todo lo anterior, en definitiva, no se puede suspender los derechos políticos automáticamente por estar sujeto a proceso a partir de un auto de formal prisión sino hasta que se dicte una sentencia definitiva y firme que sea resultado de un juicio según lo previsto en el párrafo 2 del artículo 14 constitucional.<sup>15</sup>

### III. CLAUSURA: DEL DESAFUERO AL DESAMPARO

Al parecer de algunos, una decisión política, *i.e.* la intervención del presidente de la República Vicente Fox Quezada, ponía fin a este caso. No obstante, de ahí —del hecho de que aparentemente una decisión política ponga fin a un asunto— no se puede extraer la conclusión de que la política prevalece siempre ni tampoco que prevaleció en esta ocasión. Sobre la relación entre derecho y política en este caso ofrecemos cuatro comentarios:

*Primero*, este caso nació politizado y murió —o mejor dicho tenía forzosamente que morir— de la misma manera: “El que a hierro mata a hierro muere”. De lo anterior se desprende que para el jefe de Gobierno no tenía sentido combatir la arbitrariedad e ilegalidad con la legalidad. Su racional era que sí había una decisión política para perseguirlo (*p*) debería haber otra decisión de la misma fuerza e intensidad pero en sentido contrario para dejar de perseguirlo ( $\sim p$ ).

*Segundo*, comenzó a partir de una decisión política “investigar y perseguir al jefe de Gobierno” y concluyó también con las anunciadas por el presidente de la República: “La Procuraduría revisará de manera exhaustiva el expediente de consignación del jefe de Gobierno del Distrito Federal”, y “Mi Gobierno a nadie impedirá participar en la próxima con-

15 Le agradezco a Marcos Celis Quintal ayudarme a fortalecer este argumento.

tienda [electoral] federal”. Asimismo, no debemos ni podemos olvidar que continuó gracias a otra, eminentemente política, la de la Cámara de Diputados al votar: “Ha lugar a proceder penalmente en contra del jefe de Gobierno.”

*Tercero*, como las decisiones políticas echaron a andar y mantuvieron aceptada la maquinaria jurídica era necesario para poder poner fin a este caso detener la máquina primero y dismantlarla después. Cabe señalar que no en todos los casos es posible detener el engranaje jurídico cuando ya está funcionando mucho menos dismantlarlo. Por ejemplo, después de ser radicado el expediente por un juez no habría poder humano ni mucho menos presidencial que pudiera detenerlo, hasta que hubiera una sentencia absolutoria o condenatoria, sobre todo en este caso en que además —como lo señala la parte final del séptimo párrafo del artículo 111 constitucional— no procedería el indulto y en dado caso de que pudiera haber un perdón hay una tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el sentido de que ella no eliminaría la causa de inelegibilidad.<sup>16</sup>

*Cuarto*, no bastaba con la decisión política del Ejecutivo federal para poner fin a este caso porque era preciso darle una forma jurídica a la misma. Si fuera cierto que la política prevalece no tendríamos la necesidad de sustentarla en el derecho. En este sentido, para desactivar esta “bomba de tiempo” era imperativo tomar una decisión política, pero también revestirla de una forma jurídica.

Antes de concluir criticaremos la estrategia jurídica adoptada para poner fin a este caso por las consecuencias jurídicas desastrosas que acarrearía y mencionamos algunas de las otras alternativas; asimismo, analizamos brevemente los escenarios posibles y apuntamos un par de cuestiones pendientes. Al revisar el expediente para tratar de poner fin al caso, bastaba con que la Procuraduría General de la República dijera que no había elementos suficientes para fincar responsabilidad penal. No obstante, por la notoriedad del caso, sintió que debía decir, además, por qué no iba a ejercitar la acción penal y al hacerlo optó por la peor salida.

16 “INELIGIBILIDAD. EL PERDÓN DE LA PENA OTORGADO POR EL EJECUTIVO, ES INSUFICIENTE PARA DEJAR SIN EFECTO LA CAUSA DE (Legislación del Estado de Chiapas)”, Sala Superior, Tesis S3EL 042/98, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 502.

Así, es incuestionable que para salir tenía que concluir forzosamente la averiguación previa PGR/1339/FESPLE/01 con un “no ejercicio de la acción penal”. Sin embargo, al hacerlo, concluyó “a pesar de que está acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del C. Andrés Manuel López Obrador en el delito que se le atribuye, actualmente no se tiene una pena exactamente aplicable al delito de que se trata”.

La anterior fue una respuesta incorrecta por al menos dos razones. La primera porque como hemos señalado hay una contradicción de tesis de la propia Suprema Corte, donde sugiere de manera explícita que hay dos penas expresas y de modo implícito que hay criterios para optar por una de ellas, léase la menor. La segunda porque al resolver que no hay pena aplicable para el delito de desacato judicial, cometido por la autoridad responsable en un amparo que no obedece un auto de suspensión debidamente notificado, deja no sólo a la suspensión sino también al amparo, válgame la expresión, desamparados. Como decimos coloquialmente: “Al tirar el agua sucia de la bañera, la tiraron con todo y el niño”.

A mayor abundamiento, en el comunicado del miércoles 4 de mayo de 2005, la Procuraduría cometió al menos otros dos “gazapos” jurídicos. Por una parte, en su afán de señalar que se tenía “acreditado el cuerpo del delito” y “acreditada la probable responsabilidad del C. Andrés Manuel López Obrador, en la comisión del delito de desobediencia” anotó: “Esto también fue acreditado y reconocido en la Cámara de Diputados”. Sin embargo, como hemos sostenido, la cámara baja no podía prejuzgar sobre el hecho de que estuviera *acreditado el cuerpo del delito y acreditada la probable responsabilidad* sino meramente que había elementos para acreditar ambos. Por otra parte, en su ánimo de encontrar una salida apegada a derecho apuntó: “Esta decisión está 100% dentro de la ley”. El desatino es más que evidente: el apego a derecho no es una cuestión de grados o porcentajes, porque las decisiones son conforme a derecho o no lo son.

Está clarísimo que la salida tenía que ser el no ejercicio de la acción penal. No obstante, la Procuraduría al revisar el expediente podría —y de hecho debería— haber llegado a la conclusión de que si bien no se obedeció el auto de suspensión, constaba en los autos de la averiguación previa que el jefe de Gobierno dió instrucciones para que sí se cumpliera con la suspensión. De igual forma, aunque no se obedeció la suspensión,

no fue él directamente quien desobedeció sino alguien más, con lo cual habría que responsabilizar a algún otro funcionario: el directamente responsable de no cumplir con la suspensión. O bien, señalar que después de realizar una inspección —o a partir de la que consta en autos— por la orografía de lugar no se puede —o pudo— comprobar fehacientemente que se desobedeció la suspensión, al desconocer cuales eran los accesos al predio, con lo que no habría ni siquiera que encontrar a otro culpable, por no haber responsabilidad.

Antes de concluir habría que aludir brevemente a dos cuestiones más. La primera sería que por más técnica que hubiera sido la salida de la Procuraduría o cualquiera de las alternativas, ella no cancelaría la posibilidad de que, con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, se pudiera impugnar la resolución del Ministerio Público de “no ejercicio de la acción penal”. Hoy en día, además del propio Ministerio Público, es decir, como institución, pero en la persona de otro de sus agentes, los únicos con interés jurídico serían la víctima u ofendido, *i.e.* el dueño del predio “El Encino”. Sin embargo, el caso se podría dar por cerrado respecto al jefe de Gobierno para reabrirse en búsqueda del responsable directo de la desobediencia con independencia de que se encuentre a uno o no.

La segunda sería que si era necesario restablecer al jefe de Gobierno su cargo y su fuero, y, en su caso, cómo hacerlo. De un lado, con relación al cargo, consideramos que al no haber un auto de sujeción a proceso nunca quedó separado de su encargo. Por ello, no había necesidad de restablecerlo en el mismo. Del otro lado, en lo referente al fuero, estimamos que éste solamente se le retiro para que pudieran proceder penalmente en su contra por la no obediencia a la suspensión definitiva otorgada por un juez respecto del predio en cuestión y no para otro asunto. Por ende, una vez desaparecida la causa, independientemente de que no haya sido a partir de una sentencia absolutoria o no condenatoria, podría gozar de su fuero a cabalidad.

A quienes consideran que sería necesario restituirle el fuero al jefe de Gobierno y sobre todo a quienes creen que no existe forma de hacerlo habría que recordarles que no es estrictamente necesario hacerlo, y reiterarles que el mismo órgano autorizado para promulgar “x” lo está para derogar “x”, o aquél facultado para autorizar “y” está para anular “y”. Aunque el supuesto no esté contemplado de manera expresa se entiende

como si lo estuviera al menos de modo tácito. Así, por ejemplo, el presidente de la República, en su momento, con fundamento explícito en el artículo 27 de la Constitución, presentó un “decreto” para expropiar tierras para la construcción de un nuevo aeropuerto internacional de la ciudad de México y luego retiró su “decreto” sin contar con otro sustento jurídico. Es más, la Cámara de Diputados que, con fundamento expreso en el artículo 111 constitucional, al declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra de tal o cual servidor público, le quitó el “fuero” se lo puede restituir con el mismo sustento, al atender a lo dispuesto por el inciso *f* del artículo 72 de la Constitución: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

Una vez hechas estas consideraciones nada más restaría insistir en dos aspectos. Parecería que en este caso prevaleció la política sobre el derecho, pero habría que decir que fue necesario cumplir con las formas jurídicas para alcanzar una clausura, la cual dicho sea de paso no fue del todo la correcta. De igual forma, como el derecho no puede ser un obstáculo para la cultura jurídica sino que por el contrario debe ser su principal promotor es preciso no sólo *describir* cómo “es”, *prescribir* cómo “deber ser”, y *predecir* cómo “puede ser”, sino también *enunciar* y *denunciar*, así como *entender* y sobre todo *explicar* a los demás cómo “es”, “debe ser”, y “puede ser”, para que cada uno pueda formarse una opinión informada de cuáles eran las respuestas correctas e incorrectas, así como incrementar la cultura jurídica de todos los ciudadanos mexicanos.

