

# **aequitas**

Revista cuatrimestral del Poder Judicial  
del Estado de Sinaloa

Núm. 4, Año 2, Septiembre / Diciembre de 2013  
Tercera Época

Culiacán Rosales, Sinaloa, México

**Consejo editorial:** Magda. María Bárbara Irma Campuzano Vega, Magda. Gloria María Zazueta Tirado, Magdo. Enrique Inzunza Cázarez, Magdo. Roberto Gutiérrez, Magdo. Juan Zambada Coronel, Magda. Ana Karyna Gutiérrez Arellano, Magda. María Gabriela Sánchez García, Magdo. José Manuel Sánchez Osuna, Magdo. Canuto Alfonso López López, Magdo. José Antonio García Becerra, Magdo. Claudio Raymundo Gámez Perea.

**Comité Editorial:** Mtro. Enrique Inzunza Cázarez, Dr. José Antonio García Becerra, Lic. Omar J. Abitia Salazar.

Jefe de redacción: Francisco Meza Sánchez.

Diseño de portada: Jesús Ramón Ibarra Ramírez.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto de Capacitación Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

**PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE SINALOA  
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA**

Magdo. ENRIQUE INZUNZA CÁZAREZ  
Presidente

**Primera Sala:**

Magda. María Bárbara Irma Campuzano Vega

Magda. Gloria María Zazueta Tirado

Magda. María Gabriela Sánchez García

**Segunda Sala:**

Magdo. Roberto Gutiérrez

Magdo. Juan Zambada Coronel

Magda. Ana Karyna Gutiérrez Arellano

**Tercera Sala:**

Magdo. José Antonio García Becerra

Magdo. José Manuel Sánchez Osuna

Magdo. Canuto Alfonso López López

**Cuarta Sala:**

Magdo. Claudio Raymundo Gámez Perea



# ÍNDICE

**Editorial** | 9

## **Estudios de doctrina**

El recurso de apelación y la doble instancia penal | 13  
*Víctor Moreno Catena*

El ejercicio de la potestad oficiosa del juez para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral privado | 77  
*Jesús Humberto Acedo Serrano*

La averiguación de la verdad como fin del proceso penal | 101  
*Rodrigo Cerda San Martín*

## **Estudios legislativos**

Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa | 125

Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa | 129

## **Jurisprudencia y tesis sobresalientes**

Jurisprudencia y tesis relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados de circuito | 135

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 161

## **Criterios de las Salas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa**

Criterios de la Primera Sala | 175

Criterio de la Segunda Sala | 183

Criterios de la Tercera Sala | 185

### **Reseña Jurídica**

Prueba ilícita y proceso penal | 193

*Omar Abitia Salazar*

### **Ágora**

Entrevista al doctor José Daniel Hidalgo Murillo | 201

### **Justicia y Cultura**

La muerte tiene permiso | 213

*Ernesto Diezmartínez Guzmán*

La eterna sospecha | 221

*Francisco Meza Sánchez*

Del documento a la historia | 227

*Gilberto J. López Alanís*

**Información Institucional | 231**

## EDITORIAL

En la entrega número 4 de *Aequitas* el lector encontrará, como siempre sucede, valiosos artículos y ensayos en el apartado de «Estudios de Doctrina». En esta ocasión el catedrático de la Universidad Carlos III, Víctor Moreno Catena, con su texto «El recurso de apelación y la doble instancia penal», indaga sobre los antecedentes de este recurso y sus características. Por su parte, el Licenciado Jesús Humberto Acedo Serrano nos expone en su artículo «El ejercicio de la potestad oficiosa del juez para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral privado», las razones que lo llevan a considerar como necesaria la intervención del juzgador en el campo del arbitraje. Con igual rigor académico y metodológico que los autores ya mencionados, el Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, Rodrigo Cerda San Martín, discurre en su ensayo «La averiguación de la verdad como fin del proceso penal», acerca del estatus epistemológico de esa finalidad del proceso penal.

Durante el tercer cuatrimestre de este año se publicó el Código de Procedimientos Familiares, el cual vino a emancipar estos procedimientos de la legislación procesal civil. A su vez, la Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito tuvo reformas estructurales, cuyo fin fue adaptar la legislación estatal a las reformas constitucionales de 2011 y a los instrumentos internacionales en derechos humanos.

En este número se publican las tesis, aisladas y jurisprudenciales, de los tribunales del Poder Judicial Federal que consideramos de mayor pertinencia para el lector, así como los criterios más relevantes de las salas del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. En relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en esta ocasión se dan a conocer extractos de las sentencias relativas al derecho a la vida.

En «Reseña jurídica» se podrá leer un texto que reflexiona sobre el libro *Concepto de prueba ilícita y proceso penal*, de Manuel Miranda Estrampes, donde el dilema de la licitud de la prueba nos pone a pensar de nuevo en dicho tópico. En «Ágora», el Dr. José Daniel Hidalgo Murillo dialoga con nosotros sobre las implicaciones y consecuencias del Código Nacional de Procedimientos Penales en México, tema de vanguardia en estos días.

En la sección «Justicia y Cultura», Ernesto Diezmartínez, con la calidad y profundidad a la cual nos tiene acostumbrados su prosa, habla de aquellas películas donde la pena de muerte es uno de los elementos centrales de la trama. También, en esta sección, aparece una reseña sobre el libro de Noberto Bobbio, *Democracia y secreto* donde se exploran las caras, tanto la visible como la invisible, del poder ejercido desde el Estado.

Para concluir, el número cierra con la información institucional generada al interior del Poder Judicial de septiembre a diciembre de 2013.

## **ESTUDIOS DE DOCTRINA**



## EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA DOBLE INSTANCIA PENAL

Víctor Moreno Catena\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Apelación y segunda instancia. 3. El principio de la instancia única en el proceso penal. 4. El derecho a los recursos y la impugnación de la sentencia condenatoria. 5. Las exigencias constitucionales de la impugnación de las sentencias penales: A) Los procesos penales de instancia única. B) La apelación contra sentencias absolutorias. La condena en apelación o en casación. C) La apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo. 6. La respuesta de nuestro sistema de recursos a las exigencias del PIDCP. 7. La reforma de la LOJP por la LO 19/2003. 8. La generalización de la segunda instancia penal. Más problemas que soluciones: A) La pretendida igualdad de las partes en la impugnación. B) El sentido y finalidad de los recursos en el proceso penal. Los límites del tribunal *ad quem*. 9. Los motivos de impugnación de las sentencias penales: A) El control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales. B) El control de la interpretación y aplicación de la ley penal. C) El control de la motivación de la sentencia. D) El control sobre los errores de hecho. E) Los errores en la valoración de la prueba. 10. Un recurso de apelación limitado en el orden penal. La valoración de la prueba de instancia. 11. Nueva prueba en apelación. 12. El recurso de apelación limitado y el respeto de las garantías constitucionales. 13. El encaje del recurso de apelación penal en la organización judicial española.

### 1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico hay ciertas impugnaciones que deben decidirse por el propio tribunal que ha dictado una resolución, impugnaciones que algunos autores han denominado «remedios», y que pretenderían una reconsideración de lo decidido, introduciendo argumentos o poniendo énfasis en aspectos que no hubieran sido tenidos en cuenta por el juzgador; son la reposición,

---

\* Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid.

la reforma o la súplica, los denominados recursos no devolutivos, por cuanto, de acuerdo con la antigua concepción de la jurisdicción, es el propio tribunal quien debe decidir sobre la solicitud impugnatoria de una parte procesal, conservando así la jurisdicción, evitando remitirla a los tribunales superiores.

Comúnmente la decisión sobre la impugnación de las resoluciones judiciales que se dictan en un proceso se residencia en un órgano superior y, por lo general, con mayor experiencia del tribunal de donde procede; esa impugnación puede alcanzar tanto la revisión del procedimiento seguido como del juicio expresado, permitiendo la confirmación de la decisión o su modificación, anulación o sustitución por otra.

Deben hacerse inicialmente algunas precisiones sobre las impugnaciones: en primer lugar, parece claro que la decisión del órgano que resuelve el recurso no evita absolutamente el acierto o error de la resolución que en definitiva prevalezca, aunque desde luego mediante el doble examen, o el examen de los defectos denunciados por el recurrente, se puede lograr un mayor acierto en la decisión.

En segundo término, el sistema de recursos permite un control interno de las resoluciones dentro del propio aparato judicial, pues la instancia superior podrá revisar la motivación de la resolución recurrida, que es un elemento capital de la legitimación de la potestad jurisdiccional en el Estado de derecho, además de formar parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución española —CE—, en relación con el art. 120.3), derecho fundamental que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, prohibiendo las actividades de deducción y de decisión internas o secretas, de modo que lo resuelto debe aparecer expresado y fundado en toda su extensión, dando a conocer que la actuación del juzgador no ha sido arbitraria, irracional o absurda.

En tercer lugar, al propio tiempo, la instauración de los recursos contra las decisiones judiciales incorpora al sistema de justicia un factor relevante de pacificación social en la solución de los conflictos jurídicos que representa una de las finalidades de la jurisdicción; con la interposición de un recurso, la parte que no ha visto

reconocidos o satisfechos sus derechos del modo en que los había planteado en el proceso, aquel a quien la resolución le produce un gravamen, tiene la oportunidad de acudir a otro tribunal para obtener exactamente sus pretensiones.

## 2. Apelación y segunda instancia

La apelación ha sido concebido tradicionalmente como el recurso ordinario por antonomasia, porque, en general, puede interponerse contra todas las resoluciones definitivas dictadas por el tribunal de la primera instancia y porque no responde a unos concretos motivos en los que deba sustentar la apelación el recurrente, sino que se abre a examinar cualquier infracción cometida por el órgano inferior.

La apelación es una impugnación que se plantea contra una resolución perjudicial para el apelante y que se solventa por un órgano superior que resuelve de nuevo, en una segunda decisión que puede declarar la nulidad o la invalidez de la primera, por apreciar un vicio procesal, o bien puede modificar el juicio del órgano inferior por considerarlo erróneo, aun cuando la decisión se haya adoptado válidamente; es decir, la apelación sirve tanto para denunciar los defectos de la actividad procesal (medio de impugnación) como para evidenciar y corregir los errores o desviaciones en el juicio lógico (medio de gravamen).

Por lo tanto, su carácter ordinario y devolutivo (devuelve la jurisdicción al superior en aquello que se ha impugnado —*tantum appellatum quantum devolutum*—), implica que el órgano de la apelación tiene la misma competencia que el de la primera instancia para conocer del litigio en los términos en que el recurso se ha planteado; su decisión tiene como presupuesto el gravamen de quien recurre y como límites los términos en que el apelante formula su impugnación.

El recurso de apelación abre también la segunda instancia, es decir, la posibilidad de que el tribunal de apelación se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en la primera instancia ante el tribunal inferior. Esto supone que,

sin motivos tasados, se puedan revisar tanto el cumplimiento de las normas procesales en las actuaciones de la instancia como la totalidad de la sentencia, comprendiendo no sólo la aplicación del Derecho sino también las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Para eso debe haberse impugnado una resolución definitiva, que decida y cierre la primera instancia; por tanto, no hay segunda instancia cuando se impugnan, aunque sea a través del recurso de apelación, resoluciones interlocutorias o incidentales que no pongan término al proceso, porque entonces la competencia del órgano de apelación no podrá alcanzar el pleno conocimiento del asunto.

En algunos ordenamientos jurídicos se ha concebido la segunda instancia como un nuevo juicio, la llamada apelación plena, en la que el tribunal superior recibe *ex novo* todos los materiales de hecho de la primera; se permitiría aportar ante él cualquier material nuevo, completar las pretensiones planteadas en la primera instancia e incluso ejercitar nuevas pretensiones, de modo que ocupa la misma posición frente al asunto que el de la primera instancia.

En el derecho español la apelación y la segunda instancia se han diseñado tradicionalmente como una apelación limitada, es decir, una *revisio prioris instantiae*, de modo que sólo cabe la denuncia de la resolución impugnada a partir de los mismos materiales de la primera instancia, aunque se permite con carácter excepcional la aportación de nuevos elementos de prueba.

Así pues, el tribunal superior se halla constreñido al examen y crítica de la actividad desarrollada por el órgano de la primera instancia, de modo que se revisan los hechos, las pruebas y la motivación de una manera mediata o indirecta.

Ahora bien, la posibilidad de que el apelante pretenda en el recurso un pronunciamiento del órgano superior sobre cualquiera de los defectos en que se hubiera incurrido en el procedimiento o en la resolución recurrida, no obsta para que se pueda exigir que el recurso sea fundado, es decir, que el apelante dé a conocer desde el primer momento cuáles son los puntos por los que preten-

de que la decisión de primera instancia sea revocada, aunque la ley no establezca motivos tasados para referir solamente a ellos la impugnación, puesto que se trata de un recurso ordinario.<sup>1</sup>

### **3. El principio de la instancia única en el proceso penal**

La instauración en la Francia revolucionaria del enjuiciamiento penal por jurados a finales del siglo XVIII (1791), tomado del derecho inglés, provocó una auténtica convulsión en el modo de concebirse y desarrollarse el proceso penal, pues decidiendo de acuerdo con lo sucedido en el juicio, además de introducir la publicidad, la oralidad, la inmediación en la práctica de las pruebas y la libre valoración de las mismas, rompió con el viejo sistema de las sucesivas instancias en todos los procedimientos.

Como consecuencia de la instauración del jurado se consagró el principio de la instancia única, como principio rector del proceso penal, en el *Code d'instruction criminelle* (1808) y luego en todos los códigos procesales penales del siglo XIX. Se entendía que una segunda instancia, en la que se pudiese revisar o controlar la decisión de los jurados, no era admisible, pues de una parte resultaba inviable la fiscalización de una decisión que era inmotivada por su propia naturaleza y por el modo de adoptarse, debido a que las pruebas se debieron haber apreciado en conciencia; de otra parte, no era posible la revisión de la decisión de fondo porque la segunda instancia produciría entonces una suerte de fraude a la participación popular en la justicia, ya que no se respetaría la soberanía popular, manifestada en el veredicto de los jurados, si se permitiera que un tribunal superior pudiera revocar la decisión soberana de éstos, y a este propósito resultaba indiferente que el tribunal superior estuviera formado por magistrados profesionales,

---

<sup>1</sup> Sobre la apelación penal, Varela Gómez, Bernardo J., *El recurso de apelación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

cuyo criterio hubiera de prevalecer sobre el de los ciudadanos, o por otros ciudadanos jurados, que no tendrían mayor legitimación que los primeros.

En el juicio por jurados se estableció la posibilidad de la «devolución del veredicto» por error grave o manifiesto, por incongruencia o por oscuridad; asimismo se introdujo el recurso de revista, una especie de recurso de nulidad del veredicto, cuando éste fuera manifiestamente injusto en la declaración de culpabilidad o inocencia, en opinión unánime del tribunal de derecho, en cuyo caso había que volver a constituir un nuevo jurado.

Con carácter general, incluso después de desaparecer la forma inglesa de jurado en Francia, se mantuvo el principio de la instancia única en el proceso penal, como uno de los logros del nuevo sistema de enjuiciamiento (así lo pondera de modo entusiasta la exposición de motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECRIM— de 1882) con lo cual, ante la falta de un recurso ordinario contra las sentencias dictadas en instancia única se ampliaron los motivos de un recurso extraordinario como el de casación.

#### **4. El derecho a los recursos y la impugnación de la sentencia condenatoria**

La jurisprudencia constitucional española ha elevado el derecho a los recursos, es decir, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales gravosas para un litigante, al rango de derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, como sostiene el Tribunal Constitucional, de un derecho de configuración legal, que no exige establecer impugnaciones en todos los casos, sino que impone el acceso a los recursos solamente cuando la ley procesal los hubiera previsto para un proceso en concreto, dejando al criterio del legislador ordinario la fijación del fijar el ámbito de las resoluciones recurribles, los presupuestos de interposición del recurso, el órgano competente para resolver, o el procedimiento que deba seguirse.

Como expresaba a este propósito la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 214/03, de 1 de diciembre (FJ 3):

Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal viene manteniendo de modo constante en el tiempo que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. De esa circunstancia extrajimos a partir de la STC 119/1998, dictada por el Pleno de este Tribunal el 4 de junio de dicho año, las siguientes conclusiones: Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, «[...] ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSRC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)». En fin, «[...] no puede encontrarse en la Constitución —hemos dicho en el mismo lugar— ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)» (STC 37/1995, FJ 5).

Ahora bien, esta libertad para el legislador ordinario no es omnímoda, pues el derecho a los recursos se debe entender vulnerado cuando en un determinado orden jurisdiccional no se

estableciera recurso alguno contra la totalidad de las resoluciones dictadas; cuando la admisibilidad de un recurso se hiciera depender de presupuestos meramente formalistas, o cuando los órganos judiciales interpretaran las normas impidiendo de hecho la utilización del recurso (entre otras, SSTC 59/84, 5/88, 20/91 y 161/92). Sin embargo, no se vulnera ese derecho cuando la ley no los hubiera establecido frente a una determinada resolución.

Estas consideraciones, que tienen sentido y alcance general, han de ser matizadas respecto del proceso penal, pues entonces hay que tener en cuenta que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (PIDCP), reconoce que «[...] toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley». Y que, en el artículo 2.1 del Protocolo Adicional nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, aun cuando todavía no ha sido suscrito por España, se dispone que «[...] toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior».

Por lo tanto, aunque con carácter general la Constitución española no reconoce un derecho al recurso, dejando libertad al legislador para diseñar el sistema de impugnación que considere oportuno, parece que en el proceso penal el derecho a recurrir debe entenderse incluido en el artículo 24 de la CE, pues interpretado desde la perspectiva del PIDCP, en aplicación del artículo 10 de la propia CE, el derecho a la tutela judicial efectiva exige ese reconocimiento.

Eso significa que existe una sustancial diferencia entre el orden penal y el resto de órdenes jurisdiccionales, pues debe entenderse que el derecho al recurso en el proceso penal —al menos el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias— forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (STC 116/88) o, como en alguna ocasión ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, del conjunto de garantías y dere-

chos procesales del artículo 24.2 (STC 42/82), existiendo en cualquier caso un auténtico deber constitucional de prever un recurso (SSTC 42/82, 76/82, 3/83, o 230/93).

Así pues, es preciso abordar el encaje en nuestro ordenamiento de los mandatos de los textos internacionales citados, aunque durante más de un siglo ha regido en España pacíficamente el sistema de instancia única en el proceso penal.

A pesar de eso, el principio de la instancia única no ha operado en nuestro país de forma absoluta, pues en la actualidad tanto las sentencias dictadas en los juicios de faltas como en los procedimientos abreviados que se siguen ante los juzgados de lo penal, que representan con gran diferencia el mayor número de resoluciones de la justicia penal, así como las sentencias dictadas por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado,<sup>2</sup> pueden ser recurridas en apelación; por lo tanto, se mantiene la instancia única para las sentencias dictadas en los procesos por delitos más graves, que sólo pueden recurrirse en casación.

La situación no puede ser más paradójica, pues el condenado por delito más grave ve reducidas sus posibilidades de impugnación, pues sólo se abre para él el recurso de casación, limitándose la amplitud de la revisión del órgano *ad quem*.

---

<sup>2</sup> Como es conocido, a pesar de que en la LECRIM se denomine «recurso de apelación» al que puede interponerse contra las sentencias dictadas por el magistrado-presidente en el juicio por jurados, en puridad se trata de un recurso extraordinario. Como señala Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal* (con Moreno Catena), 3ª ed., Valencia 2008, p. 538, «[...] la necesidad de fundar el recurso exclusivamente en alguno o algunos de los motivos recogidos en el art. 846 bis c) nos pone de frente a un medio de impugnación extraordinario ciertamente parecido al recurso de casación. No hay en este recurso ningún signo de apelación en el sentido técnico jurídico de medio de gravamen; no se busca un segundo conocimiento de la causa, sino determinar si el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado ha cometido alguna de las violaciones legales que pueden incluirse dentro de algunos de los motivos que se recogen en el citado art. 846 bis c)».

## 5. Las exigencias constitucionales de la impugnación de las sentencias penales

Desde luego que no resultan pacíficas las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico acerca de la amplitud con que hayan de concebirse las disposiciones de los textos internacionales sobre derechos humanos que rigen en España y, por lo que aquí interesa, el recurso al que se refiere el PIDCP, tanto en lo referente a los hechos, como a la actividad probatoria o a la valoración de los resultados de la misma. No cabe duda de que esas disposiciones integran las propias garantías constitucionales españolas —por imperativo del artículo 10 de la CE—, y son aplicables actualmente en nuestro sistema procesal. Por consiguiente, deberá esclarecerse si la norma del Pacto impone una doble instancia penal generalizada, o se deja en manos del legislador nacional la configuración del recurso procedente.

El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 20 de julio de 2000 (CCPR/C/69/D/701/1996, caso Cesáreo Gómez Vázquez), por el que se estimaba una reclamación contra el Estado español, parece sostener que el artículo 14.5 del PIDCP exige una segunda instancia generalizada, una «revisión íntegra del fallo y la condena» (apartado 11.1), expresión que utiliza para describir el significado del «sometimiento a un tribunal superior» que establece el referido artículo 14.5. El Comité sigue diciendo que «[...] la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto» (en el mismo sentido, se pronuncia el Comité en la comunicación CCPR/C/78/D/986/2001, caso de Joseph Semey, Dictamen de 30 de julio de 2003).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> González Cano, María Isabel, «El Comité de Derechos Humanos de Naciones

## A) Los procesos penales de instancia única

El sistema español de recursos en el orden penal parte del principio de única instancia, estableciendo en el enjuiciamiento de los delitos más graves el recurso de casación como única vía de impugnación de las sentencias dictadas en estos procesos, mientras que se abre la apelación en los procesos por delitos menos graves, en los juicios de faltas y en los procesos de jurado.<sup>4</sup>

Eso significa que en España existe un tratamiento diferente del derecho al recurso penal, porque en unos casos se permite una nueva cognición más o menos amplia (como la apelación) y en otros, precisamente cuando se trata de delitos más graves, sólo puede interponerse un recurso extraordinario (como la casación), por lo que la garantía procesal es inversamente proporcional a la gravedad de la pena. Debe hacerse notar que, a diferencia de lo que han hecho otros países, que han excepcionado la aplicación del artículo 14.5 del PIDCP a ciertas infracciones, España ratificó el Pacto de Nueva York sin reserva ni declaración alguna, por lo que deberá atenerse a sus previsiones.

Pues bien, el órgano de interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha entendido que las exigencias del texto internacional no autorizan el sistema de recursos que el derecho español establece en el orden penal, y ha sostenido en el Dictamen de 7 de agosto de 2003 emitido en la comunicación CCPR/C/78/D/1007/2001 (apartado 7) que, como el Tribunal Supremo indicó explícitamente que no forma parte de sus funciones la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena, y no pudo revisar nuevamente las pruebas presentadas en primera instancia, ello equivalió a una violación del artículo 14, párrafo 5, al habersele denegado al autor la revisión íntegra de la

---

Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, febrero de 2001.

<sup>4</sup> *Vid.* lo señalado antes (nota 2) respecto de la naturaleza del recurso de apelación en el juicio por jurado, que representa en realidad un supuesto de recurso extraordinario.

sentencia y del fallo condenatorio (caso Manuel Sineiro Fernández; en el mismo sentido, Dictamen de 1 de noviembre de 2004, CCPR/C/82/D/1101/2002, caso José María Alba Cabriada).

Argumentaba el Dictamen del caso Gómez Vázquez que resulta incontestable la posibilidad de preguntarse si el sometimiento a un tribunal superior implica revisión íntegra del fallo y la pena, o se habilita a los legisladores para optar por un tipo de recurso más o menos amplio en cuanto al conocimiento del tribunal, ya que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará «conforme a lo prescrito por la ley», concluyendo que la obediencia al mandato del Pacto sólo se produce con una revisabilidad íntegra del fallo y de la pena.

Pues bien, en todo caso parece claro que el aludido precepto del texto internacional parte de un modelo procesal en el que habría de reconocerse al condenado el derecho a un recurso, con independencia de lo que se prevea para las partes acusadoras, que podrían resultar excluidas de la posibilidad de impugnación en caso de sentencia absolutoria o condenatoria sólo parcialmente. Claro es que la referencia exclusiva al condenado y a la sentencia de condena («la revisión del fallo y de la pena impuesta») evidentemente no limita en el orden interno de los Estados signatarios ni el derecho al recurso para el resto de partes procesales, ni la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria.

## **B) La apelación contra sentencias absolutorias. La condena en apelación o en casación**

Precisamente la posibilidad de articular un recurso contra sentencias absolutorias por parte de las acusaciones, con el resultado de una condena por el tribunal superior, ha llevado a algunos a sostener que una interpretación literal del artículo 14.5 del PIDCP obligaría a arbitrar un nuevo recurso para quien resultara condenado por vez primera en segunda instancia o en casación, lo que resultaría, según ellos, un absurdo irresoluble.

Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU parte de esa necesidad, considerando que la condena dictada por el tribunal de segundo grado supone una violación del PIDCP, si no se articula una nueva impugnación contra esa decisión. Así en el Dictamen de 22 de julio de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomaríz Valera), se sostenía que «La circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior» (apartado 7.1).

Esta doctrina se reitera en la Decisión de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1325/2004, caso Mario Conde Conde), en la que se observó que «[...] el Tribunal Supremo condenó al autor por un delito de falsedad en documento mercantil, cargo del que había sido absuelto en primera instancia, y que recalificó el delito de apropiación indebida como delito continuado, por lo que se consideró que no procedía la prescripción del mismo. Con base a estas consideraciones, dicho tribunal revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y aumentó la pena impuesta, sin posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena fueran revisados por un tribunal superior conforme a la ley. El Comité considera que los hechos que tiene ante sí constituyen una violación del párrafo 5 del artículo 14».

Con toda claridad lo afirma también el Comité en el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (CCPR/C/88/D/1332/2004, caso Juan García Sánchez y Bienvenida González Clares), cuando sostiene que el artículo 14.5 «[...] no sólo garantiza que la sentencia sea sometida a un tribunal superior como ocurrió en el caso de los autores, sino que la condena sea también sometida a una segunda instancia de revisión, lo que no ocurrió en el caso de los autores. El hecho de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el tribunal de segunda instancia, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior» (apartado 7.2).

Esta doctrina, y las consecuencias que derivan para los sistemas jurídicos del *civil law*, obliga a integrar lógicamente el artículo 14.5

del PIDCP en los ordenamientos nacionales de la Europa continental, en los que el sistema de recursos, garantizando la igualdad de las partes en el proceso, autorizan la impugnación de la sentencia por todas las partes, lo que implica no sólo que el condenado pueda recurrir, sino que el acusador pueda impugnar también la sentencia absolutoria.

A este respecto sostenía la stc 120/99 que «[...] contra la previa absolución en primera instancia, ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión de condena que podría no tener fin».

Es verdad que la stc 50/92 expresaba que la exclusión de recurso a quien fue condenado por vez primera en la apelación —absuelto antes en la instancia— no entraña vulneración de la presunción de inocencia, pero esa doctrina no resulta amparada por el órgano encargado de la interpretación del PIDCP. Esta doctrina fue modificada por Sentencia 167/02 del Pleno del Tribunal Constitucional, y que ha sido reflejada posteriormente en otras sentencias del mismo Tribunal, como la 28/04, de 4 de marzo, en la que se prevé que «[...] en efecto, la Sentencia 167/2002, que invocan los demandantes, revisó en sus fundamentos jurídicos 9, 10 y 11 la doctrina de este Tribunal relativa a la proyección de los principios de inmediación y contradicción sobre la segunda instancia en el proceso penal, en aquellos casos en que la Sentencia absolutoria dictada en la instancia es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria. Tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —STEDH— de 26 de mayo de 1988 —caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27—; 29 de octubre de 1991 —caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32—; 8 de febrero de 2000 —caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino—; 27 de junio de 2000 [PROV 2000\178341] —caso Constantinescu contra Rumanía, § 53—; y 25 de julio de 2000 —caso Tierce y otros contra San Ma-

rino—) el Pleno del Tribunal Constitucional llegaba a la conclusión de que «[...] si bien no cabe afirmar que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre [...] el derecho a una audiencia pública en segunda instancia [...] sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas».

En este contexto, para salvar sus propios sistemas nacionales, algunos Estados europeos como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Noruega, han planteado en sus respectivas ratificaciones al PIDCP unas Declaraciones y Reservas, que se refieren a la innecesariedad de que en todos los casos pueda interponerse un recurso por el hecho de que el acusado, habiendo sido absuelto por el tribunal inferior, sea condenado por primera vez por el tribunal de apelación.

Pero, como el propio Comité razona, España, al constituirse en parte del Pacto en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para decidir si se ha violado el PIDCP y, de conformidad con el artículo 2 del mismo, se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el mismo. La ratificación española no contuvo reserva ni declaración alguna, como se cuidaron de hacer los cinco países europeos antes referidos y, por lo tanto, España asumió en su integridad el Pacto y aceptó la jurisdicción y la competencia del Comité de Derechos Humanos para decidir sobre el cumplimiento en nuestro país de los preceptos de la disposición internacional, incluyendo lo dispuesto en el artículo 14, debiendo ahora estarse a ello.

### **C) La apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo**

Similares problemas plantea la compatibilidad del artículo 14.5 con el sistema de aforamientos, por la imposibilidad orgánica de acudir a un tribunal superior en estos casos, justificada por la garantía que supone el aforamiento (STC 51/85).

España, como se ha dicho, no planteó reserva ni hizo declaración alguna en el momento de la ratificación del PIDCP, a pesar del rango constitucional de algunos de los aforamientos (diputados y senadores y miembros del Gobierno), lo que habría justificado sobradamente una reserva, tal y como hicieron a este respecto algunos países de nuestro entorno con las oportunas Declaraciones y Reservas al Pacto, como ha sucedido con Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza, que excepcionan la aplicación del precepto a los casos en los que el acusado sea sometido directamente a un Tribunal superior en un solo grado.

Pues bien, a este respecto también ha tenido ocasión de pronunciarse el Comité respecto de la situación española, concluyendo que con la vigente regulación se produce una vulneración del Pacto. Así lo ha decidido en la comunicación CCPR/C/82/D/1073/2002, en la que recayó el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 (caso Jesús Terrón), rechazando los argumentos del Estado español según los cuales «[...] en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto [...]», y «[...] que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que ésta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto». Entiende el Comité que «Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal». Y concluye, por tanto que se ha violado el artículo 14.5 del Pacto.

En el mismo sentido, en el Dictamen de 11 de julio de 2006, recaído en la comunicación CCPR/C/87/D/1211/2003 (caso Luis Oliveró Capellades), el Comité, aun cuando «[...] toma nota de los argumentos del Estado Parte en el sentido que la condena por el tribunal de más alta jerarquía es compatible con el Pacto y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto», considera sin embargo, que «[...]el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Y que se ha producido la violación del Pacto.

Claro es que si ha sido el propio acusado quien ha insistido en repetidas ocasiones en ser juzgado directamente por el Tribunal Supremo, eludiendo el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia, el Comité considera que ha renunciado a su derecho de apelar, como sostiene en el Dictamen de 25 de marzo de 2003, en la comunicación CCPR/C/77/D/1004/2001 (caso Luis Pascual Estevill).

## **6. La respuesta de nuestro sistema de recursos a las exigencias del PIDCP**

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones normativas españolas y la interpretación jurisprudencial de nuestros tribunales no se acomodan a las exigencias impuestas por el intérprete del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos.

El nuevo sometimiento del fallo condenatorio y de la pena a un tribunal superior implica no sólo someter a otra instancia la aplicación de la norma jurídica, sino también la motivación fáctica de la sentencia, los hechos que de forma expresa y terminante se estimen probados y las pruebas en las que el tribunal se ha basado, es decir, la revisión de la actividad probatoria y la valoración probatoria de la instancia, lo que evidentemente no permite el recurso de casación ni siquiera a través del motivo del ar-

título 949.2º LECRIM (error en la valoración de la prueba), si no es despojándolo de su auténtico sentido y adulterando su esencia.

Este es el sentido de la garantía impugnatoria reforzada que para el condenado establece tanto el artículo 14.5 PIDCP como el artículo 2.1 del Protocolo adicional 7º al CEDH.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la casación es suficiente formalmente para cumplir con la exigencia del Pacto, que no impone la naturaleza del recurso ni su contenido o amplitud y admisibilidad (SSTC 42/82, 76/82, 61/83, 51/85, 60/85, 88/85, 110/85, 140/85, 7/86, 57/86, 58/87, 79/87, 154/87, 37/88, 20/89), independientemente de la conveniencia de establecer la doble instancia generalizada en materia penal (SSTC 140/85, 79/87, 154/87, 6/89, 157/89, 50/90, 160/93), que, además de no chocar frontalmente con nuestro modelo procesal penal, y de la posibilidad hoy en día de articularlo, superadas ya las dificultades de reproducción del juicio oral y la inexistencia de órganos intermedios entre las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo (TS), satisface, y esto es lo más importante, en mayor medida las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del condenado.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo, a partir de la STC 42/82, que el mandato del artículo 14.5 del PIDCP «[...] no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes [...]»; por lo tanto, no sería admisible un recurso de apelación que se interpusiera exclusivamente al amparo de este precepto, si no viene establecido por las leyes procesales penales. Eso no quita para entender que el referido artículo 14.5 «[...] obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que en consecuencia deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del proceso penal de nuestro ordenamiento».

Por lo tanto, queda claro que constitucionalmente se garantiza como mínimo un segundo pronunciamiento, o el doble grado de jurisdicción; no obstante, de acuerdo con lo que se mantiene en la STC 76/82, el artículo 14.5 del PIDCP «[...] no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de

la pena a un tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades».

Así las cosas, ese recurso «aplicable en todo caso», que permitiría revisar «el fallo condenatorio y la pena impuesta» (art. 14.5 PIDCP), habría de permitir la revisión con suficiente amplitud de la sentencia de primera instancia, incluida la posible revisión de los hechos en mayor o menor medida, por lo que la limitación de motivos para acceder a los recursos extraordinarios, como la casación, no sería suficiente para satisfacer las exigencias del Pacto.

En efecto, no parece aceptable que baste para cumplir las exigencias del artículo 14.5 del PIDCP y, en el futuro, del Protocolo 7<sup>o</sup> del CEDH, un recurso como la casación española, a pesar del empeño y el esfuerzo desplegado por el Tribunal Constitucional en presentar una interpretación de nuestro sistema de recursos en el orden penal como en todo conforme con las exigencias de las normas internacionales. Por mucho que se empeñe nuestro Alto Tribunal, la casación española no permite satisfacer en todos los casos las garantías del derecho a recurrir ante un tribunal superior, porque no siempre puede cumplir con una función revisora y garante de los derechos del justiciable como exige el PIDCP.

La casación penal está concebida como un recurso extraordinario, de modo que se abre sólo por motivos tasados y su finalidad no es otra que la de controlar la aplicación del derecho a los hechos definitivamente preestablecidos en la instancia, de modo que sólo se autorizaba a impugnar en casación la sentencia con absoluto respeto a los hechos probados. Es verdad que en la reforma de la casación penal de 1949 se introdujo como motivo el «error de hecho en la apreciación de las pruebas» (art. 849.2<sup>o</sup> LECRIM), lo que supuso una ruptura radical con la finalidad propia del recurso de casación; sin embargo, tampoco esta vía permite revisar los hechos incondicionalmente, de modo que se pueda discutir con amplitud ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el fallo condenatorio y la pena impuesta.

Es verdad que el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU en un buen número de dictámenes desestima diversas comunica-

ciones partiendo de que el tribunal de casación había examinado con detenimiento la valoración de las pruebas hecha por el tribunal de instancia; que el Tribunal Supremo había examinado la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas por el autor a la luz de los principios jurisprudenciales de pertinencia y relevancia; o que «[...] el Tribunal Supremo se ocupó de las cuestiones de fondo en profundidad, examinó detalladamente el análisis que hizo de las pruebas la Audiencia Nacional, y explicó pormenorizadamente los motivos por los que consideraba que las pruebas contra el autor eran suficientes para darles mayor peso que a la presunción de inocencia». En el Dictamen de 31 de octubre de 2006 (comunicación 1305/2004, caso Víctor Villalón Ventura), si bien se dice que el Comité toma nota de que la decisión del Tribunal Supremo no permitió realizar una nueva valoración de la prueba, limitándose el Tribunal a revisar la valoración efectuada por el tribunal de instancia (párrafo 6.6), pero «Por otra parte, el Comité observa que del fallo del Tribunal Supremo se desprende que éste examinó atentamente cada uno de los argumentos del autor, en particular el de que las declaraciones de sus familiares demostraban la imposibilidad de que los hechos se hubieran producido de la forma descrita en la sentencia. A este respecto el Tribunal consideró que el argumento de la defensa no tenía en cuenta la distinción que existe entre los criterios de credibilidad de los testigos y la prueba de indicios, concluyendo que en el caso se había respetado las reglas de lógica y experiencia en el sentido».

Así las cosas, hasta que no se aborde la reforma de la LECRIM en este punto, resulta imprescindible obtener directamente de la CE y de su artículo 24, como dice el Tribunal Constitucional (TC), todas las consecuencias posibles para interpretar la actual regulación en función del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es verdad que la actual situación normativa no ayuda mucho, porque el propio designio del legislador ha sido el de restringir el ámbito de la casación, como confiesa en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1988, reformadora de la casación penal, en la que se permite la inadmisión del recurso cuando «[...] carezca manifiestamente de fundamento [...]» y «[...] cuando el Tribunal Supremo

hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales» (art. 885.1º y 2º LECRIM).

En este sentido, y entre los criterios que, según la Sala Segunda del TS, deben inspirar la posible reforma de ese Alto Tribunal para potenciar su primordial función de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, se encuentra la generalización de la doble instancia en el orden penal, con un recurso de apelación contra las sentencias dictadas actualmente en única instancia por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, del que conocerían los Tribunales Superiores de Justicia, en el primer caso, y un órgano creado «ad hoc» (Sala de Apelación) en el segundo caso.

Con todo, en el Auto de 14 de diciembre de 2001, el Tribunal Supremo ha rechazado el recurso interpuesto por el que fue demandante ante el Comité de Derechos Humanos, aduciendo que el PIDCP no obliga a los ordenamientos nacionales a establecer un recurso basado en la decisión del Comité, ni autoriza a fundar la nulidad por la vía de un recurso de casación, ni la creación de un motivo de revisión de sentencias firmes. Pero, además, la Sala agrega que, en el caso concreto, la apelación del procedimiento abreviado (art. 795 LECRIM) hubiera tenido el mismo alcance de la casación, pues no hubiera habido lugar a nueva prueba. Desde luego que el argumento es endeble, y no puede compartirse que el control del error en la apreciación de las pruebas encuentre una vía hábil de acceso al recurso de casación en la actualidad, ni siquiera desde el fundamento de la prohibición de la arbitrariedad, porque error y arbitrariedad no pueden considerarse como conceptos sinónimos o equivalentes, de modo que una cosa es habilitar en aplicación del artículo 9.3 de la Constitución que se ataje la arbitrariedad y otra distinta que se pueda revisar por un tribunal superior el error padecido en la apreciación de las pruebas.

## **7. La reforma de la LOPJ por la LO 19/2003**

No parece posible discutir a estas alturas que todas las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen los

derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno.

La definición constitucional de los derechos fundamentales comprende el precepto que reconoce cada uno de ellos, interpretados e integrados de la manera en que se establece en el artículo 10.2 de la CE: de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales suscritos por España.

Ahora bien, cuando la Constitución delinea algunos derechos fundamentales puede remitir expresa o tácitamente a la ley para configurarlos, de modo que sea una norma de este rango la que establezca algunos perfiles relevantes para su ejercicio, si bien respetando ese contenido esencial que en todo caso resulta contenido en la norma constitucional. De este modo, sentada la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, su ejercicio podrá ser regulado por medio de una ley orgánica; si bien esa norma de desarrollo deberá respetar siempre el contenido esencial de tales derechos (art. 53.1 CE), que resulta ya preconfigurado y definido en el propio texto constitucional.

A partir de estas premisas conviene analizar el alcance de las modificaciones introducidas en la LOPJ por la LO 19/2003, en lo que respecta a la atribución de competencias para el conocimiento de la apelación penal a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para conocer los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de ese tribunal, en la medida en que pueden representar un hecho absolutamente determinante para el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El 15 de enero de 2004 entró en vigor una modificación de la LOPJ efectuada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que dio nueva redacción a más de cien artículos de la LOPJ. Esa reforma sigue las pautas marcadas por la propia jurisprudencia, y precisamente en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 se dice que:

En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal, potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El contenido de esta reforma trasciende con mucho su carácter de mera norma procesal, esencialmente porque se refiere a lo que debe considerarse la esencia de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva. Ni la doctrina ni la jurisprudencia pueden desconocer la trascendencia de la modificación legal, pues su aprobación significa nada menos que el legislador español ha entendido que hasta el presente en nuestro ordenamiento existía un déficit en las garantías de ese derecho fundamental, y por esa razón introduce la apelación penal en la LOPJ.

Por tanto, no se puede considerar como una simple mejora del procedimiento; ni siquiera como un cambio más o menos relevante en el modelo de proceso penal, dado que modifica una de sus tradicionales señas de identidad más importantes: se desecha el sistema de la instancia única en el caso del enjuiciamiento de delitos y se cambia por la implantación de la doble instancia, por más que para los delitos menos graves y para las faltas hace bastantes años que en nuestro país se hubiera abierto el recurso de apelación.

Al afectar el derecho al recurso al contenido esencial de un derecho fundamental insuficientemente regulado y garantizado no puede dejarse al criterio del futuro legislador su desarrollo. La reforma de la LOPJ subsana un déficit de garantías, y eso significa que, hasta la entrada en funcionamiento del nuevo sistema de impugnación, el proceso penal español no está respetando el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta circunstancia

no puede dejar indiferente a los órganos del poder judicial, llamados a aplicar la ley y a garantizar los derechos fundamentales; porque ha sido la ley la que ha venido a reconocer el aludido déficit en la salvaguarda de un derecho fundamental, de modo que las normas que determinan el contenido esencial del derecho deben ser de directa aplicación.

Es verdad que la aprobación de la LO 19/2003 supuso avanzar en el diseño del proceso penal sin acompañarlo de las oportunas modificaciones en las leyes procesales para poder ejercitar adecuadamente los derechos. La solución solamente habría necesitado unas líneas, si lo que se pretendía era «salir del paso» y paliar los defectos del vigente proceso penal, como por ejemplo declarando que al nuevo recurso de apelación que se reconoce en la LOPJ contra las sentencias de instancia de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional les son de aplicación las disposiciones de alguno de los dos recursos de apelación contra sentencias que en la actualidad están previstos: contra las dictadas por el Juzgado de lo Penal en el procedimiento abreviado o, con alguna precisión, contra las sentencias dictadas en el juicio por jurado,<sup>5</sup> del que conoce precisamente la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así las cosas, el problema reside en valorar el hecho cierto de que el legislador español haya omitido regular el procedimiento para preparar, interponer y sustanciar el recurso, señalar los plazos para tramitarlo, establecer el cauce de oposición de la parte apelada, etc. En estas circunstancias, adoptando una posición puramente formalista, cabría entender que, al no venir determinado el procedimiento del recurso de apelación, sería preciso esperar a una ulterior decisión legislativa para que el derecho al recurso sea efectivo, lo que convertiría entonces al derecho a la apelación de las sentencias de instancia única en el proceso penal en una

---

<sup>5</sup> Que, como ya se ha sostenido, la apelación en el juicio por jurados no constituye en realidad un supuesto de recurso de apelación que dé paso a una segunda instancia, sino que integra un recurso extraordinario más próximo a la casación que a la apelación, a pesar de que la ley denomine de este modo.

suerte de «promesa» con una incierta exigencia de cumplimiento, que sólo se podría ejercer cuando en el futuro a las Cámaras se les ocurra regularlo, o puedan hacerlo.

La situación que ha estado vigente hasta el 15 de enero de 2004 no puede sostenerse. Ni siquiera con una apertura del recurso de casación a la revisión de los hechos, a partir de una inteligencia más laxa de la vía impugnativa del artículo 849.2º de la LECRIM, y actuando el propio Tribunal Supremo como tribunal de segunda instancia en atención a la especial protección que el derecho fundamental a los recursos en materia penal exige, permitiría resolver el problema, contando incluso con el gran esfuerzo que ese proceder haría recaer sobre la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo.

Esta solución, que en una ocasión anterior he alentado, se ha visto definitivamente superada por el designio del legislador que, al reconocer la carencia esencial de nuestro proceso penal en lo que hace a la garantía del derecho a la segunda instancia, e introducir las pertinentes modificaciones en la LOPJ, considero que ha dado un paso definitivo e irreversible, en la medida en que se trata de unas normas que conforman y dan vida al contenido esencial de un derecho fundamental. Esta circunstancia desdibuja cualquier intento de «empaquetar» el derecho a la apelación penal, de modo que sólo pueda ser abierto o usado en un momento ulterior, sometido a la decisión soberana del poder legislativo.

Por todo ello, no parece que quepan muchas dudas en lo que respecta a las sentencias penales que estén dictando en única instancia las Audiencias Provinciales, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que se trata de resoluciones que han recaído cuando ya está en vigor un sistema procesal en el que la segunda instancia penal se reconoce y garantiza por la ley. Por consiguiente, la parte que hubiera visto desestimada total o parcialmente su pretensión —de absolucón o de condena— tiene derecho a que se sustancie un recurso de apelación, de modo que un tribunal superior revise la totalidad de la sentencia dictada en instancia, y no puede ser compelida a aquietarse con el contenido de la sentencia o interponer un recurso de casación en el que la vía para el examen de los hechos es sumamente estrecha y, lo que es más importante,

no garantiza de acuerdo con el criterio del propio legislador, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En resumen, la LOPJ ha creado un problema grave al reconocer el derecho a la apelación de las sentencias dictadas en un proceso penal en instancia única por las Audiencias Provinciales para ante la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y contra las dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para ante la llamada Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Como significa el reconocimiento palmario de una carencia básica en las garantías procesales, que integran el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la falta de aprobación de las normas que regulen el desarrollo y la sustanciación del recurso no pueden impedir el ejercicio del derecho a la apelación, ni entenderse como un derecho subordinado o condicionado a una posterior decisión del propio legislador, que todavía no llega y tiene visos de demorarse hasta la próxima legislatura.

## **8. La generalización de la segunda instancia penal. Más problemas que soluciones**

El Gobierno ha presentado en la legislatura que acaba de concluir (2004-2008) un proyecto de ley (Serie A, nº 69) en el que se regula, entre otras cosas, el recurso de apelación penal, como venía exigido desde 2003; sin embargo, esta iniciativa legislativa ha decaído en su tramitación por la disolución de las Cortes Generales.

Pues bien, el texto gubernamental proyectado, de acuerdo con lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica (LO) 19/2003, pretende generalizar la segunda instancia en el proceso penal, abriendo un recurso de apelación contra todas las sentencias definitivas dictadas tanto por los juzgados de lo penal como por las Audiencias Provinciales (como también por el Juzgado Central y la Sala de la Audiencia Nacional), cualquiera que sea el tipo de procedimiento en que la resolución se dicte (ordinario o abreviado), dando nueva redacción a los arts. 790 a 792,

e introduciendo un nuevo art. 846 bis. Por lo tanto, esta modificación normativa con una segunda instancia generalizada, como se diseñó en la LO 19/2003, legitima a todas las partes para la interposición del recurso, sin atender al contenido de la sentencia impugnada, permitiendo recurrir tanto contra las sentencias condenatorias como contra las absolutorias.

La regulación proyectada no resulta satisfactoria porque no responde en realidad a los problemas con los que se enfrenta el proceso penal español vigente, ni desde la perspectiva de la estructura y organización de los tribunales, ni, lo que es más importante, desde el punto de vista de las garantías que el proceso penal debe respetar en el Estado democrático de derecho, pues ése es el referente de su propia legitimación.

Después de lo que con anterioridad se ha apuntado, resulta evidente que un proceso penal de instancia única, como el diseñado por nuestra LECRIM de 1882 en su originaria concepción, no satisface las garantías asumidas por nuestro país al ratificar el PIDCP, ni las previstas en el Protocolo n<sup>o</sup> 7 del CEDH. Es preciso sin duda articular un recurso contra las sentencias condenatorias penales, de modo que al condenado se le permita promover, ante un tribunal superior, un nuevo examen de la sentencia donde se le impone una sanción penal.

Pues bien, si éste es el objetivo que hay que cumplir, la generalización de la segunda instancia penal no puede ser la solución de los problemas derivados de la falta de revisabilidad de las sentencias condenatorias, sino que, muy al contrario, puede generar conflictos mucho mayores de los que pretende solventar.

### **A) La pretendida igualdad de las partes en la impugnación**

La primera cuestión a la que habría que responder es la de si la apertura de un recurso contra las sentencias condenatorias exige inexorablemente que también las sentencias absolutorias puedan ser recurridas. Por lo general la solución a esta cuestión se plantea en términos afirmativos, invocando el respeto al principio de igual-

dad de armas y aludiendo al equilibrio o a la simetría de las posiciones de las partes en el proceso, de modo que se acepta de forma natural que, si se abre la segunda instancia contra las sentencias condenatorias, también debe abrirse un recurso para que las acusaciones puedan impugnar las sentencias absolutorias o contra las que no condenan por los delitos o a las penas que solicitó la parte actora.

Esta respuesta en clave de absoluta igualdad no puede asumirse en el proceso penal, porque no son idénticas las posiciones de las partes a lo largo de todo el procedimiento, ni la labor del juez según el sentido de su resolución.

Por una parte, la intervención de un órgano público, como el Ministerio Fiscal, que debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, ejerciendo sus funciones con sujeción al principio de imparcialidad (art. 124 CE), introduce relevantes particularidades en la fase de investigación de los delitos, pues no le afecta la declaración de secreto de las actuaciones (art. 302), o el juez debe atender su petición de diligencias para formular acusación (art. 780.2), y le sitúa en una posición diferente al resto de los acusadores en el momento de formular y de sostener las acusaciones.

Pero tampoco responde a un estricto sentido de la simetría la propia actuación judicial en el proceso penal, pues la sentencia, dependiendo de su sentido, habrá de justificarse o fundamentarse de manera distinta. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal, de tal manera que el ciudadano al que se le atribuye la comisión de un delito debe ser tratado como inocente a lo largo de todo el procedimiento y sólo puede ser condenado si el juzgador se convence de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, y motiva esta convicción en la sentencia. Por el contrario, la absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de

razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (Vives).<sup>6</sup>

Sentado que el sistema penal asume que existen asimetrías tanto en su estructura como en la intervención de los distintos sujetos (en la mayoría de los ordenamientos el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal), nada obstaría para que en el régimen de recursos se establecieran también diferencias entre las distintas partes del proceso en la legitimación para impugnar.

## **B) El sentido y finalidad de los recursos en el proceso penal. Los límites del tribunal «ad quem»**

En todo caso, la premisa de la que debe partirse es el sentido y la finalidad de los recursos; es decir, el propósito que se persigue cuando se acepta en todos los ordenamientos jurídicos, con más o menos restricciones o salvedades, que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un tribunal superior.

Está claro que las impugnaciones contra resoluciones judiciales se establecen intentando salir al paso de la falibilidad humana y corrigiendo los errores en que haya podido incurrir el juez, de modo que se acabe con los defectos padecidos y la decisión del proceso sea estrictamente ajustada a la ley, respetando todas las garantías.

Pues bien, cuando se trata de impugnar la sentencia que ha puesto fin a la instancia, y que sólo puede haberse pronunciado por la condena del acusado cuando el juez haya obtenido la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, o por la absolución en todos los demás casos, cabría articular una impugnación amplia, sin sujeción a motivos previamente establecidos en la ley, que permita al tribunal superior examinar todo lo que se ha actuado hasta entonces, abriendo una segunda instancia. En tal caso, el tribunal de apelación podría controlar toda la actividad procesal desarrollada ante el tribunal inferior, así como pronunciarse sobre la totalidad de las cuestiones que fueron objeto de debate en

---

<sup>6</sup> Vives Antón, Tomás S., «Más allá de toda duda razonable», *Teoría&Derecho*, febrero de 2007.

la primera instancia, revisando en toda su integridad la sentencia dictada, lo que comprendería no sólo la interpretación y aplicación del Derecho sino que se podría extender también a las cuestiones de hecho, con la posibilidad de practicar nuevas pruebas.

Nuestro sistema jurídico tradicionalmente ha desechado en todos los órdenes la llamada apelación plena, es decir, la repetición del juicio ante el órgano de la segunda instancia, sin que cupiera alzarse contra la sentencia perjudicial sin más causa que el gravamen padecido por el recurrente. Ahora bien, el tratamiento del recurso de apelación como un medio de gravamen y su naturaleza de recurso ordinario no autorizaba a que se establecieran motivos concretos para sustentar el recurso, e incluso permitía al recurrente que no expresara en el momento inicial en que se interponía las razones del mismo ni el alcance de la sentencia que se solicitaba al tribunal superior. De este modo, en unas pocas líneas el apelante se limitaba a afirmar que la sentencia le era perjudicial y que la apelaba, y no tenía que fundamentar su recurso hasta el momento de la vista ante el órgano de la apelación, exponiendo entonces las razones por las que la sentencia de instancia debía ser anulada o revocada.

Modificaciones normativas producidas a finales del siglo XX introdujeron en las leyes procesales las grandes categorías de cuestiones por las que se podía plantear el recurso de apelación, estableciendo diferentes grupos y exigiendo una concreta formulación en la ley, y reclamando al propio tiempo la necesidad de fundamentar el recurso desde el momento mismo de la interposición.

Como desde siempre el recurso de apelación ha funcionado como recurso de nulidad, y el tribunal de segundo grado tiene la competencia para controlar y depurar los vicios que se pudieran haber padecido en la primera instancia, el primero de los grandes capítulos de la apelación ha sido la denuncia de los defectos de procedimiento que implican merma de garantías.

Aunque se comprende en las infracciones procesales, el segundo de los apartados en que se pueden concretar las denuncias contra la decisión de primera instancia hace referencia al momento de la decisión, a la formación y expresión de la sentencia, esencialmente en lo que hace a la motivación.

Tradicionalmente se ha podido impugnar siempre la interpretación y aplicación del derecho material que el juez *a quo* plasma en la sentencia, es decir, si se produce una infracción de la ley sustantiva por inaplicación, interpretación errónea o indebida aplicación de un precepto de naturaleza penal.

Junto con estos tres primeros grupos, el caballo de batalla en relación con la impugnación de las resoluciones judiciales ha estado en el control y la revisión de los hechos; es decir, si el tribunal superior tiene facultad para establecer el elemento fáctico de la sentencia de modo contrario o diferente a como lo hizo el de instancia, lo que le permitiría una valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso en sentido distinto a la realizada por el juez *a quo*.

## **9. Los motivos de impugnación de las sentencias penales**

Como se ha dicho, el recurso de apelación, por mucha amplitud que se le haya querido conceder, ha estado siempre sometido en nuestra tradición jurídica a la alegación de un motivo concreto por el que el apelante solicita del órgano *ad quem* la anulación o la revocación de la resolución apelada. Estos motivos pueden agruparse de distinta manera; es sobradamente conocida la vieja formulación del recurso de casación, que distinguía entre vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, equivalentes a los errores en el procedimiento y los que pueden cometerse en la decisión; pero, habida cuenta de los diferentes modos de razonar en el recurso y de las consecuencias que deparan en el órgano que debe resolver, se ha preferido diferenciar en razón del control que el tribunal de apelación está llamado a realizar, del contenido de la resolución que estimara el recurso y de la legitimación para interponerlo.

## **A) El control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales**

Es preciso tener en cuenta que la actividad judicial es formalizada, que se rige por el principio de legalidad, de modo que el juez y las partes habrán de sujetarse a las normas de procedimiento que las leyes hayan establecido, desde el primer momento de las alegaciones de las partes a la sentencia, pues precisamente la fijación de los distintos trámites procesales incorporan garantías, que operan como un elemento primordial de legitimación de la función judicial. A diferencia de lo que sucede con otros modos de solución de conflictos, que carecen de normas rígidas y previas que regulen la actuación de los sujetos que intervienen, pues en ellos se impone la libertad de configurar el procedimiento, la decisión de los tribunales de justicia en el derecho continental europeo responde a una previsión normativa que va marcando en cada momento lo que pueden o deben hacer los sujetos procesales.

Por lo tanto, el principio de legalidad en la actuación procesal tiene como lógica consecuencia que la infracción de estas normas debe ser corregida, bien durante la instancia en que el defecto se comete, si fuera posible, o bien al final de la misma. En este último caso, es evidente que el recurso habrá de comprender la denuncia de los vicios del procedimiento, cometidos por el juez o por las partes, y que no hayan sido oportunamente subsanados.

Es evidente que el estricto cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento, en la medida en que todas ellas incorporan garantías para la adecuada resolución del litigio, representa un elemento primordial en la actividad judicial, y el quebrantamiento de estas normas del procedimiento se podrá sin duda denunciar y podrá ser examinado por el tribunal *ad quem*.

Ahora bien, no todas las disposiciones que regulan el procedimiento tienen la misma virtualidad, esencialmente porque no todas tienen la misma trascendencia como normas de garantía, lo que permite diferenciar según la disposición infringida, anudando a cada una de ellas consecuencias diferentes.

La LOPJ se refiere a las nulidades de pleno derecho (art. 238), que se produce cuando los actos se han realizado con falta de jurisdicción o competencia, o bajo violencia o intimidación, o se vulneren alguna otra de las formalidades que la propia LOPJ o las leyes procesales consideren esenciales y, entre ellas, cuando se prescindan de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Pero también son nulos los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión (art. 240.1 LOPJ).

Ambos quebrantamientos se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ). Esto significa, de un lado, que han de tener cabida en el régimen de recursos las impugnaciones que denuncien los defectos de procedimiento, se trate de nulidad de pleno derecho o de otros vicios que hagan irreconocible el acto procesal tal y como ha sido realizado o produzca indefensión; de otro lado supone que, salvo los casos de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o de violencia o intimidación al mismo órgano que resuelve (art. 240.2 LOPJ), esos defectos no pueden ser apreciados ni reparados en vía de recurso salvo que el recurrente los hubiera denunciado, de modo que el tribunal superior sólo puede actuar dentro de los límites de la impugnación.

Uno de los puntos más relevantes es determinar los efectos que habrá de producir la estimación de esta impugnación, que como regla general será el reenvío al órgano *a quo*. Como se trata en este apartado de infracciones producidas durante la tramitación del proceso y hasta la sentencia, si se considera que ha existido una nulidad de pleno derecho o se ha producido indefensión, eso significaría que se habría llegado a la resolución de la instancia con un defecto que debe repararse, declarando la nulidad del acto viciado y de todo aquello que sea consecuencia de él (art. 243 LOPJ).

Así pues, la estimación del recurso debe llevar aparejada la remisión de las actuaciones al órgano competente, si éste fuera distinto del que dictó la resolución recurrida, o la reposición del procedi-

miento al momento en que la falta se cometió, aunque de ese modo pudiera padecer la celeridad del procedimiento, con la remisión de las actuaciones al órgano inferior para que termine sustanciándose el procedimiento con arreglo a derecho, debiéndose subsanar en la instancia el acto o actos nulos, o eliminar la actuación insubsanable ante el tribunal *a quo*. No es posible atribuir al tribunal de apelación la facultad de subsanar los defectos que lo admitan, o de excluir el acto que no sea susceptible de subsanación, y de resolver en consecuencia, salvo que se trate de la falta de jurisdicción o de competencia, en cuyo caso se archivará el procedimiento o se remitirán las actuaciones al órgano competente.

Mayores problemas podría suscitar la nulidad de un acto procesal cuya eliminación del proceso pudiera llevar aparejada directamente el dictado de una sentencia absolutoria, como sucedería si, *v. gr.*, se estima que la jurisdicción española no fuera competente para el enjuiciamiento de la conducta de que se trate, o se declarara la ilicitud del único medio probatorio de cargo que se hubiera practicado en el juicio. En esos casos cabría sostener que fuera el tribunal de apelación el que en la misma sentencia decidiese, en aplicación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o, más genéricamente, del principio de economía procesal, poniendo fin a toda actuación procesal.

Es evidente que en algunos casos, para declarar la nulidad de un acto y ordenar la reposición de las actuaciones, el tribunal *ad quem* no sólo habrá entrado a examinar el acto singular cuya nulidad se ha denunciado, sino también su trascendencia para el conjunto del proceso y de la decisión, porque sólo entonces podría estar en disposición de pronunciarse sobre el fondo. Esta extensión de las facultades del órgano de apelación en el caso de apreciar una nulidad del procedimiento no parece la mejor solución al problema, pero como el reenvío implica una demora en la finalización del proceso, cuando se trate de supuestos claros no será necesario mantener la facultad del tribunal de la primera instancia para resolver el proceso o, dicho en otros términos, en tales casos se deberá atribuir al tribunal de apelación la decisión sobre el fondo, precisamente cuando se trata de una decisión de absolución.

En conclusión, el control de los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales debe hacerse a través del recurso de apelación, si es que no se hubieran subsanado o declarado en la instancia. Por lo tanto, como ordena la LOPJ, si las partes no interponen el recurso denunciando tales vicios de nulidad quedarán éstos convalidados sin posibilidad de evidenciarlos ulteriormente, salvo en dos casos: por un lado, que el tribunal de apelación apreciara de oficio la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (art. 240.2 LOPJ, precepto que se refiere también al supuesto, ajeno al que aquí se plantea, de que el acto se hubiese producido con violencia o intimidación que afectare a ese tribunal); por otro lado, que la nulidad tuviera cabida en alguna de las causas de revisión previstas en la ley procesal.

## **B) El control de la interpretación y aplicación de la ley penal**

Tradicionalmente se ha venido diferenciando en las impugnaciones entre las infracciones en el procedimiento, los llamados vicios *in procedendo*, y los defectos en la decisión de fondo, los vicios *in iudicando*, que equivalen a la tradicional formulación de las leyes españolas referidas a los recursos de casación, por quebrantamiento de forma o por infracción de la ley.

Originariamente se pretendió impedir que con la aplicación de las normas los jueces se pudieran convertir en legisladores, de modo que se articuló un recurso por *contravention expresse au texte de la loi*. La correcta interpretación y aplicación de las leyes, que obviamente deben realizar todos los tribunales, es materia que permite y exige la revisión por un tribunal superior, hasta llegar al que tiene como esencial cometido lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley y, en definitiva, preservar la unidad del ordenamiento jurídico: el tribunal de casación.

Así pues, cuando se trata de controlar esta actividad interpretativa y de aplicación del derecho, el órgano superior se limita a tomar como los dos puntos de la comparación la norma aplicada, de un lado, y su adecuación a los hechos, de otro, dando por vá-

lidos e intangibles todos los demás elementos de la sentencia; es decir, lo que se denuncia y sobre lo que se decide es acerca de un error en la aplicación o interpretación de la norma, sin alterar en lo más mínimo la base fáctica de la sentencia, puesto que en todo caso se habrían de respetar los hechos declarados probados por la resolución de instancia.

Por lo tanto, con este motivo de impugnación no se enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes (aunque muchas veces el tribunal superior tienda a practicar la justicia del caso concreto), sino sobre el error padecido por el tribunal *a quo*, de acuerdo con lo que se denuncia en el recurso, sin posibilidad de introducir hechos nuevos ni de modificar aquellos que vienen sentados por el inferior; el tribunal *ad quem* ha de partir de la alegación de que se ha aplicado indebidamente la norma jurídica, o que se ha dejado de aplicar la norma oportuna, ya sea en su modalidad de aplicación errónea o en la inobservancia del precepto cuyo error se denuncia .

Desde luego la infracción debe ir referida a un precepto de Derecho penal material, de los que determinan las acciones u omisiones que constituyen delito, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, o la punibilidad, de modo que no se comprenden en esta impugnación los errores o infracciones de normas procesales, que habrán de encontrar acomodo, por su naturaleza y por sus efectos, en otros de los apartados de los posibles grupos de defectos que cabe denunciar en apelación.

En lo que se refiere a los efectos que debe producir la estimación por el tribunal superior de una infracción de esta naturaleza puede sostenerse tanto que el órgano *ad quem* dicte sentencia de fondo, de acuerdo con la interpretación o la aplicación de la ley penal que considera adecuada, como que se acuerde el reenvío para que, respetando la decisión del superior, el tribunal de la instancia sea quien dicte la oportuna sentencia. Puede parecer que la primera solución contraviene las exigencias de las normas internacionales, porque si se acogiera la impugnación de la parte acusadora sería en segunda instancia cuando por primera vez se dictara una sentencia condenatoria que no podría ser entonces revisada, pero en realidad esta objeción decae no sólo porque se trata de la simple

aplicación de criterios jurídicos, sin modificar los hechos, con lo cual todavía sería posible acudir a la casación para fijar el criterio jurisprudencial en la inteligencia de la ley penal, sino sobre todo porque la exigencia internacional no deriva del Protocolo nº 7 del CEDH, sino del PIDCP, al que España debiera plantear las oportunas reservas si no se modifica el rígido criterio del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

### **C) El control de la motivación de la sentencia**

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la impugnación de las sentencias se concreta en la posibilidad de controlar su motivación, pues en la medida en que a través de ella se expresa el fundamento de la decisión del juez y se justifica el relato de los hechos que éste considera probados, la motivación integra el derecho a la tutela judicial efectiva.

La motivación de la sentencia puede ser analizada desde dos perspectivas bien diferentes: de un lado, analizando desde luego que la sentencia contenga motivación de la decisión y que, además, se cumplen los requisitos de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia de esa motivación; de otro lado, examinando si, con independencia de todo ello, el juzgador en ese momento procesal ha podido incurrir en un error que invalide la motivación y, por lo tanto, la decisión.

No parece necesario extenderse mucho en la explicación de los tradicionales requisitos de la motivación, dando por reproducidas las acertadas consideraciones de Colomer Hernández<sup>7</sup> a este propósito, de modo que el tribunal *ad quem*, dentro de los límites de la impugnación, podrá examinar el contenido de la sentencia de instancia y establecer si se cumplen las exigencias de la motivación y se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>7</sup> Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 454, 2003.

## D) El control sobre los errores de hecho

En el mismo orden de cosas debe analizarse la impugnación sobre los errores cometidos en la sentencia que, aun no implicando un defecto o una insuficiencia de la motivación, representan una equivocada apreciación de la prueba que puede invalidar la decisión. Es claro que de este modo se está reviviendo el viejo motivo de casación del «error de hecho en la apreciación de la prueba», que tantos problemas generó en su momento y que sin duda, de no haber existido un desliz de traducción al regular el recurso de casación civil, habría tenido menor discusión jurisprudencial y doctrinal; pues el recurso de casación se abría en nuestra ley por error de hecho derivado de «documento o acto auténtico» que demostrara la equivocación evidente del juzgador, cuando en la norma francesa se hacía referencia a *documents ou actes authentiques*, es decir, a documentos o actas auténticas. Sea como fuere, es evidente que aquí se está haciendo referencia a unos errores que deben conducir a la anulación de la sentencia dictada en instancia.

Por lo tanto, si se logra una adecuada formulación normativa, y se aplica debidamente la norma por los tribunales, cuando el juez estableciera el supuesto de hecho de la sentencia partiendo de elementos probatorios erróneos, la resolución debe anularse con reenvío al tribunal *a quo* para que, apreciando la prueba de acuerdo con lo sucedido realmente, dicte una nueva sentencia.

Si la sentencia afirma un hecho basándose en la declaración de un testigo que en realidad no fue preguntado por esa cuestión, o rechaza el testimonio de otro por haber incurrido en contradicción cuando declaró exclusivamente sobre un solo aspecto concreto, u omite toda referencia al valor de un acta notarial de constancia que no ha sido discutida por ninguna de las partes..., la resolución no puede mantenerse en los términos en que fue dictada. Como se ve, se trata exclusivamente de impugnaciones con un sentido negativo, de exclusión de aquellos elementos de prueba que fueron o no tenidos en cuenta erróneamente por el juzgador, por lo que el tribunal *ad quem* debiera limitarse a este pronunciamiento.

Estaríamos ante equivocaciones en la percepción o en la apreciación material de elementos probatorios, esto es, en el contenido de la prueba, porque el juez haya tomado como acontecido aquello que no se produjo; por lo tanto, no cabe impugnar a través de este motivo los errores que se hubieran podido padecer en la valoración de los medios de prueba, que responden a otros presupuestos que luego se analizan. Este motivo de impugnación solamente pretendería suprimir de la sentencia aquellos elementos que de un modo evidente, grosero e incontestable, revelan error en el juzgador porque la decisión judicial ha partido de unos medios de prueba que no se corresponden con la realidad.

Los errores en la apreciación de la prueba, a los que se está haciendo referencia, han de derivar de los términos de la propia sentencia, sea porque en ella se contenga la falsa apreciación del resultado de un concreto medio probatorio, sea porque se aluda en la sentencia a que no se practicó prueba alguna sobre un determinado hecho, siendo así que en el juicio se hubieran introducido elementos de prueba válidos para acreditarlo, resultando pues evidenciados con la simple comparación de la sentencia con el documento o el acta.

En todo caso, la estimación de este motivo de impugnación, sea por defectos en la fundamentación de la sentencia, sea por error en la apreciación de la prueba, habrá de tener como lógica consecuencia el reenvío al tribunal *a quo*, para que éste dicte una nueva resolución tomando en consideración los argumentos de la sentencia de apelación. No parece posible que el tribunal *ad quem* llegue a sustituir el criterio del inferior, dictando la sentencia definitiva de acuerdo con su propia doctrina, sino que será el órgano de instancia, que formuló la sentencia anulada y presencié la totalidad de la prueba, quien deberá dictar la resolución que considere más adecuada, con plenitud de jurisdicción, y sin posibilidad de repetir el juicio.

Por último, el error en la apreciación de prueba que pretenda sustentar el recurso debe ser trascendente, lo que significa que, si fuera apreciado, podría acarrear la modificación del sentido de la sentencia; por consiguiente, un error que con toda evidencia haya

de mantener en sus propios términos el fallo, que se refiera a cuestiones accesorias o irrelevantes para la condena o absolución, o para la cuantificación de la pena, no autorizará la anulación de la sentencia recurrida.

Como es evidente, encomendar la decisión sobre este punto al tribunal de apelación le exige analizar no sólo la existencia del defecto de motivación, o del error en la apreciación de la prueba, sino también la relevancia que estos defectos tengan en la decisión final del proceso; sin embargo, un elemental principio de conservación de los actos y de economía procesal no permite la anulación de resoluciones judiciales, con la consiguiente reposición de las actuaciones al momento de la sentencia, por simples defectos que carezcan de la relevancia suficiente como para llegar a modificar el sentido de la decisión.

Es cierto que este motivo de impugnación no fue bien entendido históricamente, y ha servido como vía para intentar llevar a la consideración del órgano judicial superior el reexamen de los hechos probados y la valoración que el juez *a quo* hizo de los distintos medios de prueba. Esta desviación no puede volver a repetirse pues, como se ha dicho antes, no cabe pretender por esta vía que el tribunal superior revise la valoración de la prueba que hizo el órgano de instancia, sino de analizar la existencia de errores objetivos de apreciación de lo realmente acontecido en la ejecución de la actividad probatoria, habida cuenta de que la ley procesal penal no establece medios de prueba de valoración tasada, porque en tal caso ese defecto se hubiera podido denunciar como una infracción de normas procesales.

## **E) El control sobre la valoración de la prueba**

El principio de libre valoración de la prueba penal inspiró desde un primer momento la ruptura con el proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, pues con la importación a la Francia revolucionaria del jurado inglés, y la intervención de ciudadanos legos en derecho para decidir sobre los hechos en el proceso acusatorio formal, era obligado suprimir la vigencia de las interminables reglas legales de valoración probatoria.

Por lo tanto, el convencimiento del juzgador, sea de los jurados o del tribunal de magistrados, debía obtenerse libremente, ponderando «según su conciencia» (art. 741 LECRIM) las pruebas practicadas en el juicio. La ausencia de normas que impusieran el valor que haya de darse a cada uno de los medios probatorios practicados, no eximía de la necesidad de motivar las resoluciones, expresando las fuentes de la convicción judicial y el razonamiento seguido para llegar a la condena, o bien que no se había logrado alcanzar la convicción más allá de toda duda razonable para llegar a una sentencia absolutoria.

Fuera de la estricta motivación de la sentencia, que ha debido seguir los parámetros de racionalidad, razonabilidad, coherencia y suficiencia ya enunciados, el control de la valoración por parte de un órgano superior resulta una tarea de difícil articulación; las decisiones de los jurados acerca de la culpabilidad o la inocencia, el crédito que haya alcanzado un testigo en el ánimo del juez, o la duda que ha generado en el tribunal el perito con dificultades de expresión oral, son factores cuyo control por un tribunal superior resulta tarea poco menos que imposible o, dicho en otros términos, el acierto del tribunal *ad quem* es un empeño que se aleja de la realidad, pues la apreciación del medio de prueba por el mismo que decide no sólo otorga un crédito excepcional a la valoración del medio de prueba, sino que incorpora una garantía esencial del procedimiento.<sup>8</sup>

Ahora bien, todo ello no quita para que se puedan producir errores o deficiencias en la valoración de la prueba, es decir, equivocaciones del juzgador en el crédito y en la relevancia que otorgue en la sentencia a un concreto medio probatorio. Precisamente aquí, más que en ningún otro momento del procedimiento, puede acudir al argumento de la falibilidad y permitir, al menos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, que se pueda revisar

---

<sup>8</sup> Cfr. Sánchez Yllera, Ignacio, «Facultades de valoración del tribunal *ad quem* (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/2002)», Estudios de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2007. Número dedicado a los recursos de apelación y casación en el orden penal.

la valoración de la prueba ante decisiones sostenidas en pruebas poco fiables.<sup>9</sup>

Es cierto que este tipo de recurso se enfrenta con el problema esencial de que así se reconoce la facultad del órgano *ad quem* para corregir la valoración de las diferentes pruebas realizada por el inferior, permitiéndole dispensar un diferente crédito a los elementos que sirven para formar convicción de condena o de absolución; de este modo, el tribunal superior podría dar más importancia a la prueba que había sido despreciada por el juzgador de instancia, o negar el rotundo crédito que el juez le hubiera concedido a un medio probatorio.

La primera aproximación a esta cuestión ha de ser de rechazo, salvo que se repita el juicio, solución que abocaría a considerar irrelevante la primera instancia y centrar todos los esfuerzos en el segundo juicio. En efecto, si el tribunal (y, sobre todo, el jurado) han de formar su convicción de las pruebas practicadas en el juicio, es decir, de lo que en primera persona han podido apreciar, y sólo con ese material pueden decidir, no tiene sentido un recurso que pueda revisar el valor que se le ha dado a cada medio de prueba. Como es evidente, si la resolución se ha dictado a base de un veredicto, la revisabilidad por un juez haría perder autoridad y contenido al propio jurado popular, y si la revisión se insta de otro jurado sería necesario repetir el juicio. Pero el rechazo a la posibilidad de revisar la valoración de la prueba y, por lo tanto, de modificar los hechos probados, viene sobre todo de la falta de garantías de acierto en las decisiones posteriores, sean de apelación o de casación, cuando los jueces se hallan cada vez más alejados de la práctica del medio probatorio que quieren valorar de un modo distinto del juez ante quien se practicó. Así pues, la garantía procesal de la inmediateción, que preserva un mayor acierto en el fallo o, al menos, en la valoración de la prueba por el juzgador, se vería seriamente

---

<sup>9</sup> En general, sobre la prueba en la apelación penal, cfr. Calderón Cuadrado, María Pía, *La prueba en el recurso de apelación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

despreciada o amenazada, de admitirse un recurso de apelación con esta finalidad.

Sin embargo, esta aproximación no puede hacernos olvidar que en determinados casos, o determinadas pruebas, permiten al órgano judicial *ad quem* colocarse en idéntica posición que el juzgador de instancia. Así ocurre con la prueba documental o con el dictamen pericial cuando no se ha llamado al perito a ratificarse en el juicio; en ambos casos el tribunal de apelación puede valorar libremente, con un criterio distinto del inferior, considerando que el contenido del escrito es o no vejatorio o injurioso, en idéntica posición respecto de la prueba que tuvo el juez *a quo*.

Precisamente ésta parece ser la conclusión a que ha llegado el Tribunal Constitucional cuando se ha enfrentado a unos supuestos de valoración de pruebas por un tribunal de segundo grado. En la stc 170/05, de 20 de junio, se establece que:

[...] este Tribunal también ha afirmado expresamente que existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (sstc 198/2002, de 28 de octubre, F. 5; 230/2002, de 9 de diciembre, F. 8; 119/2005, de 9 de mayo, F. 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, F. 3; 80/2003, de 10 de marzo, F. 1). Y desde la stc 170/2002, de 30 de septiembre, F. 15, venimos sosteniendo que no es aplicable la doctrina sentada por la stc 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. Allí recordábamos que el Tribunal europeo (STEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia y caso Fedje c. Suecia, precisando su doctrina en relación con la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia), ha establecido que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediación en la apelación en los supuestos en que «[...] no se plantea ninguna cuestión de hecho

o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos». Doctrina aplicada posteriormente en las SSTC 113/05, de 9 de mayo, FF. 3, 4 y 5, y 119/05, de 9 de mayo, F. 3.

Pero algo bien diferente sucede con las llamadas pruebas personales, es decir, aquellas que consisten en la manifestación oral de una persona ante el tribunal, trasladando una declaración de conocimiento sobre los hechos, o un criterio científico, artístico o técnico sobre el dictamen que hubiera presentado el perito; sólo la apreciación inmediata, directa y completa por el juez que debe formarse su propia convicción en el acto del juicio, sin interposición de imágenes o de voces grabadas, o de referencias escritas, es respetuosa con la garantía procesal en la valoración de la prueba, pues la grabación sólo sirve para poner de manifiesto errores de percepción, no de valoración.

En este sentido se pronuncia la STS núm. 879/05 (Sala de lo penal), de 4 de julio, cuando afirma que «[...] en el ámbito de la segunda instancia —cuando existe— las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia».

Esta consideración no es contradictoria con la celebración de una prueba por videoconferencia durante el juicio oral, no sólo porque el juez puede intervenir en la práctica de la prueba, ordenando incluso diferentes enfoques de la cámara o reclamando lo que precise para satisfacer el mejor contacto con la persona que declara, sino porque podrá pedir directamente aclaraciones y mantener la comunicación directa con el declarante, aunque se encuentre lejos y, por último, el juez estará en condiciones de ponderar este medio probatorio en el marco del arsenal de prueba practicado en el juicio para intentar lograr su convicción.

En cualquier caso, según ya se ha dicho, la sentencia penal no opera en un contexto de igual, de equilibrio o de simetría, pues el juez sólo puede dictar una sentencia de condena cuando haya obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, a base de pruebas de cargo válidamente celebradas, debiendo en todos los demás casos dictar una sentencia de absolución. Por eso con buen criterio ha exigido el Tribunal Constitucional, en el marco del respeto de las garantías del proceso penal, que las sentencias de condena se fundamenten en una actividad probatoria que el tribunal haya examinado directa y personalmente en debate público y con contradicción (SSTC, entre otras, 167/02, 202, 203, y 208/05).

Esta exigencia constitucional se ha pretendido paliar o sustituir (en concreto a través de la modificación de la LECRIM en el proyecto de ley Serie A, nº 69, presentado el 26 de diciembre de 2005, que ha decaído con la disolución de las Cortes Generales) con la previsión de la grabación de todos los juicios orales. Sin embargo, documentar la práctica de pruebas personales a través de medios de grabación y reproducción, que es la opción por la que se decantaba el Proyecto del Gobierno, no soluciona el problema de la falta de inmediación en el tribunal de apelación, ni autoriza, por tanto, en esta ulterior instancia a revocar lo decidido por el juez *a quo* y dictar una sentencia condenatoria. Como bien se sostenía en el auto del TS de 16 de febrero de 2004, «[...] ni siquiera la grabación videográfica del juicio de instancia sería suficiente, porque son imágenes del pasado que sólo permiten conocer el escenario, pero no las vivencias directas e intransferibles de los protagonistas, por lo que es suficiente con una dirección y análisis de la adecuación del criterio de la Sala a las pautas exigidas por la lógica y la experiencia».

Con independencia de que la fórmula se extienda no sólo a los recursos interpuestos por el condenado, que pretendan su absolución o la imposición de una pena inferior a base de una valoración diferente de la prueba de carácter personal, sino que pretenda comprender también las impugnaciones de las sentencias absolutorias, lo cierto es que la visión y la escucha de la grabación

no proporciona la misma impresión que la realidad objeto de la grabación, y se corre el riesgo cierto de que se saquen de contexto pasajes de la prueba (no es lo mismo ver la luna que estar en la luna). En definitiva, la reproducción de la grabación de un juicio no satisface la inmediación.

En todo caso, la preservación de la garantía constitucional de la inmediación viene exigida cuando se pretende que el tribunal *ad quem*, modificando la valoración de la prueba del inferior, dicte una sentencia de condena, por lo que, en principio, nada se dice cuando es el condenado quien pretende la revisión a su favor de la valoración probatoria de instancia para obtener una sentencia de absolución.

Es claro que si la apelación se plantea por la acusación contra una sentencia absolutoria, y el motivo de la impugnación se refiere a cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución, resulta necesario celebrar una vista pública en la segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

Pero también es claro que cuando sea el condenado quien recurra pretendiendo que se haga una distinta valoración del crédito y de la relevancia en la determinación de los hechos probados de las llamadas pruebas personales, deberá celebrarse una vista pública para que el tribunal de apelación llegue a resolver con inmediación. Así puede leerse en la sts núm. 153/04 (Sala de lo Penal), de 22 de diciembre, que:

[...] cuando los jueces *a quibus* han formado esencialmente su convicción en base a pruebas de naturaleza personal como son los testimonios de los acusadores y las manifestaciones de los acusados que han sido valoradas con la insustituible ventaja de la inmediación y la contradicción con que se practicaron a presencia de los miembros del Tribunal, de suerte que el juicio de credibilidad obtenido por éstos no puede ser revisado en casación por quienes no hemos gozado de esos beneficios de inmediación y contradicción que son factores determinantes para la valoración de esas pruebas, y, así, únicamente podrá ser revisado el resulta-

do valorativo a que llegó el Tribunal *a quo* cuando ese resultado se evidencia contrario a las reglas de la lógica y opuesto al racional discurrir, atendido el contenido de los elementos probatorios objeto de valoración o estos elementos probatorios permitan otra alternativa valorativa igualmente racional y lógica sin que el Tribunal haya argumentado jurídicamente su rechazo.

A este respecto —como recuerda la STS de 25 de febrero de 2003— cabe subrayar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —caso Constantinescu contra Rumania—, que un Tribunal superior que no ha apreciado los testimonios prestados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir su culpabilidad prescindiendo del pronunciamiento absolutorio en primera instancia, salvo, ha de entenderse, que resuelva exclusivamente cuestiones jurídicas o ajenas a la valoración de dicha declaración.

La perspectiva de tener que celebrar una nueva vista ante el tribunal de apelación cuando se impugne la valoración de pruebas personales plantea serios inconvenientes para la implantación de esta solución; porque, en efecto, para preservar la garantía de la inmediación esa vista de apelación habrá de ser completa. No puede bastar con la repetición de la declaración del testigo cuya veracidad se cuestiona, o con la declaración del acusado al que se argumenta que el juez *a quo* ha dado credibilidad indebidamente. En la vista de apelación habrán de practicarse todos los medios probatorios que, indicados por las partes en el recurso, puedan situar al juzgador de segundo grado en una posición diferente de la que tuvo en la primera instancia (esencialmente, medios de prueba personales) o, cuando menos, se habrán de traer ante el tribunal *ad quem* todos los elementos probatorios que, propuestos por las partes, hayan incidido o puedan incidir en el hecho impugnado.

Como antes se señaló, la STC 167/02 la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen de la declara-

ción de culpabilidad del acusado por el Tribunal de apelación exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas.

## **10. Un recurso de apelación limitado en el orden penal. La valoración de la prueba de instancia**

Probablemente la extensión del recurso de apelación y la apertura de la segunda instancia a todos los procesos penales por delito, conforme se dispone en la LO 19/2003 y en el texto gubernamental proyectado (ahora decaído), intente dar satisfacción al principio de igualdad de las partes, permitiendo tanto a la defensa impugnar las sentencias condenatorias como a la acusación alzarse contra las sentencias absolutorias o de condena a pena menor de la pedida. Sin embargo, como se ha venido exponiendo, esta generalización de la segunda instancia penal, no es la solución preferible para atender al cumplimiento de todas las garantías procesales.

Parece evidente que debe instaurarse con urgencia un recurso de apelación limitado, es decir, que establezca motivos de impugnación y que llegue a restringir las facultades cognitorias del órgano de apelación.

Pueden y deben atribuirse al superior las facultades para controlar y revisar, de acuerdo con el sentido y alcance del recurso, los defectos en el procedimiento y en las garantías procesales que se hubieran podido cometer en la instancia, así como la motivación de la sentencia, incluyendo los errores de hecho en la apreciación de la prueba, y en estos casos el tribunal de apelación ordenará el reenvío de las actuaciones al juez *a quo* cuando considere que se ha producido la infracción denunciada. También debe atribuirse al órgano de la apelación el control y revisión de la interpretación y aplicación de la ley penal en la sentencia de instancia.

Sin embargo, cuando se trata de disconformidad con la valoración y apreciación de las pruebas practicadas, instando un pronunciamiento contrario al de instancia a base de conceder

un crédito diferente a algún medio de prueba, el recurso de apelación, como el recurso ordinario e incondicionado, no resulta adecuado.

Prueba de ello es la ambigüedad con la que se expresa el Tribunal constitucional al delimitar el ámbito que le corresponde al tribunal *ad quem* a la hora de valorar la prueba y que se traduce en los siguientes términos: «La segunda vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías que, en opinión de los demandantes de amparo, habría resultado vulnerada por la Sentencia de la Audiencia Provincial se refiere a la necesidad de que las pruebas en las que el órgano judicial se basa para pronunciar una condena penal se practiquen ante él si, por su naturaleza y circunstancias concretas, su adecuada valoración así lo exige, de acuerdo con la doctrina constitucional que se inicia en la STC 167/02, de 18 de septiembre, seguida luego en otras muchas hasta constituir ya un cuerpo de doctrina consolidado». Tal doctrina, en los términos expresos del FJ 2 de la STC 272/05, de 24 de octubre (seguida luego en otras, como las SSTC 15/07, de 12 de febrero; 336/06, de 11 de diciembre; y 80/06, de 13 de marzo), puede sintetizarse así:

[...] [Resulta] contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contraria-

mente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano «*ad quem*» deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales. En consecuencia serán las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso sometido a revisión constitucional y los hechos sobre los que se proyectó el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios los que condicionarán la perspectiva con la que haya de abordarse el enjuiciamiento constitucional y el resultado mismo de tal enjuiciamiento, sin que quepa adelantar soluciones rígidas o estereotipadas. En este análisis casuístico, además del examen riguroso de las Sentencias pronunciadas en instancia y apelación por los Tribunales ordinarios, resultará imprescindible la consideración de la totalidad del proceso judicial para situarnos en el contexto global en el que se produjo el debate procesal, y así comprender primero y enjuiciar después la respuesta judicial ofrecida. Y es que, con frecuencia, la respuesta global dada por los órganos judiciales no puede entenderse en su verdadero alcance sin considerar las alegaciones de las partes a las que se da con-

testación y el curso procesal al que las Sentencias ponen fin. No debemos perder de vista que, aun cuando sólo en la medida en que así resulta preciso para proteger los derechos fundamentales, en el recurso de amparo se enjuicia la actividad de los órganos judiciales y que, precisamente por ello, el acto final que es objeto de impugnación en amparo no es sino el precipitado de todo el proceso, aunque con frecuencia no todas sus incidencias se hagan explícitas en la resolución final.

Así las cosas, los problemas que plantearía una necesaria repetición de la práctica totalidad del juicio podrían solventarse acudiendo a alguna de las siguientes soluciones: en primer lugar, cabría prohibir con carácter general una segunda valoración de la prueba a través del recurso de apelación, con independencia del contenido de la sentencia y del sentido de la impugnación, y a salvo los errores de hecho. En segundo lugar, podría excluirse de la apelación la solicitud de una nueva valoración de las pruebas personales, inadmitiendo los recursos que se basen en error en la valoración de estos medios de prueba, y permitiendo la revisión de la valoración de las pruebas cuando el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia respecto del medio probatorio de que se trate. En tercer lugar, cabría establecer la irrecurribilidad de las sentencias absolutorias cuando la apelación se base en error en la valoración de la prueba personal, de modo que se podrán recurrir en apelación todas las sentencias por cualquier otro motivo y también por error en la valoración de pruebas respecto de las cuales el tribunal *ad quem* se encuentre en la misma posición que el de instancia. Por último, podría implantarse una apelación en la que cupiera impugnar la valoración de cualquier medio probatorio, lo que exigiría repetir todas las pruebas cuya valoración deba revisarse.

Aunque las cuatro soluciones apuntadas tendrían encaje en nuestro sistema procesal, parece preferible acoger la tercera, de modo que sea posible reparar los defectos o errores cometidos por el juzgador de instancia, tanto en el procedimiento como en la sentencia, salvo cuando el motivo de impugnación se sostenga en un diferente criterio de valoración de las pruebas personales practi-

cadras en el juicio y la sentencia sea condenatoria. Si se trata de sentencias absolutorias, no se podrá intentar cambiar el juicio del tribunal *a quo*, si bien eso no impide a la acusación disconforme impugnar la resolución por cualquier otro motivo, incluido el de los defectos en el razonamiento o los errores de apreciación, que puedan dar como resultado una condena; lo único que se impide es el recurso contra las sentencias absolutorias por errores de valoración.

Es evidente que de este modo se produce una asimetría en las posiciones de las partes procesales, que no es desconocida en el proceso penal pero que, si bien fue antes enunciada, debe ser explicada ahora con mayor extensión. Eso no significa que a la acusación se le prohíba denunciar los errores padecidos por el juez de instancia, ni se desvirtúen sus funciones de asegurar la correcta aplicación de la ley penal y defender los intereses de la sociedad, sino que se introduce una limitación para las acusaciones de articular un concreto motivo de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Como primera reflexión ha de sostenerse que el respeto al principio de igualdad entre la acusación y de la defensa no implica atribuir a ambas partes poderes y facultades procesales idénticos, de manera que el ordenamiento podrá establecer un tratamiento desigual cuando resulte debidamente justificado y razonable, de acuerdo con los intereses que cada una de ellas defiende en el proceso. Pues bien, desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad, habrá de justificarse, en términos de adecuación a un fin constitucionalmente legítimo y de proporcionalidad, la excepción que se sostiene, prohibiendo la impugnación de la acusación cuando se pretenda que el órgano de apelación realice una valoración diferente de los medios de prueba practicados ante el juez *a quo*.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> En Italia, la Ley n 46/2006, de 20 de febrero, llamada ley Pecorella, modificó el art. 503 del CPP, prohibiendo con carácter general la apelación contra las sentencias absolutorias; sin embargo la sentencia n. 26/2007, de 6 de febrero, de la Corte *Costituzionale* declaró la ilegitimidad constitucional del precepto en ese extremo. Cfr. sobre los límites a la apelación del Ministerio Fiscal, Gualtieri,

Por un lado, no cabe duda de que, como sostenía la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), «[...] al Estado, con todos sus resortes y su poder, no se le debería autorizar a realizar reiterados intentos de condenar a un individuo por un mismo delito, haciéndole pasar por una situación de dificultad que no sólo le hace incurrir en gastos, sino que le somete a la terrible experiencia del proceso obligándolo a vivir en un estado de continua ansiedad e inseguridad, incrementando la posibilidad de que, si bien ha sido declarado inocente, pueda terminar siendo declarado culpable [...]», en aplicación de la garantía constitucional de la prohibición del doble riesgo para el acusado (*double jeopardy*) que fuera sometido a un doble enjuiciamiento, derivada de la 5ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU. Por eso, para el acusado la sentencia absolutoria es el final, dando por terminado el periodo en que ha estado expuesto al riesgo de la condena, de modo que el Estado no puede abrir un nuevo juicio a través de la apelación contra una sentencia absolutoria, aunque ésta pueda parecer errónea.<sup>11</sup>

Por otro lado, fuera de los errores materiales de apreciación o los defectos en la motivación, con la solución apuntada desde luego que se impide la posibilidad de verificar que la valoración del juez *a quo* sobre los medios de prueba sea incorrecta; ahora bien, eso no significa que en todo caso se presuma que la decisión de primer grado es la correcta y no se pudieron producir equivocaciones, sino que la revisabilidad de la sentencia condenatoria se limita, tanto por la posición del Estado y de las acusaciones en el juicio oral, como porque la certidumbre que derive de la decisión del órgano de apelación no se puede garantizar salvo que exista

---

Marcello, «Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti», *Cassazione penale*, abril de 2007.

<sup>11</sup> En este sentido la sentencia de *Green v. United States* cita las siguientes: *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896); *Peters v. Hobby*, 349 U.S. 331 (1955); *Kepler v. United States*, 195 U.S. 100 (1904); *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892).

inmediación, ya que éste no ha podido presenciar las pruebas y su percepción es indirecta o mediata.

De ahí que en la stc núm. 123/05, de 12 de mayo, pueda leerse que:

[...] en este contexto legal dual, la determinación de si el actual sistema de recursos contra las sentencias penales responde al modelo de repetición íntegra del juicio o de mera revisión, no tiene por qué tener una respuesta necesariamente unívoca y común para ambos recursos ni, incluso dentro de cada uno de ellos, para circunstancias tan dispares como pueden ser que la impugnación se dirija contra una sentencia absolutoria o condenatoria, o que el fundamento de la impugnación aparezca referido a los hechos, la calificación jurídica o la eventual concurrencia de determinados defectos procedimentales; sino que, en cada caso, puede responder a un modelo diferente, con todas las implicaciones que ello supone, y que sólo cabe determinar a la vista de su concreta configuración legal.

Así, por lo que respecta a la apelación contra sentencias absolutorias en que el objeto de impugnación se refiera a cuestiones de hecho a partir de la apreciación de la prueba por el órgano judicial de primera instancia, el Pleno de este Tribunal en la reciente stc 167/2002, de 18 de septiembre, F. 11, ya ha señalado que en estas circunstancias el recurso de apelación penal «[...] tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal «*ad quem*» para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho» y que «[...] su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de «*novum iudicium*», con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador «*ad quem*» asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez «*a quo*», no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez «*a quo*» (reiterado después, entre otras muchas, en las sstc 10/04 y 12/04, de 9 de febrero, FF. 6 y 3, respectivamente), de lo que se ha

concluido la necesidad de que el órgano judicial de apelación sólo pueda corregir la valoración y ponderación de pruebas personales respetando los principios de inmediación y contradicción a partir de su práctica a su presencia en la celebración de una vista oral.

En este caso no se evita la falibilidad del enjuiciamiento sino que un criterio (el del órgano inferior) se sustituye por el de otro (el del superior) con el único argumento de la autoridad, pues significaría motivar una sentencia condenatoria sobre un mismo material probatorio destruyendo esta vez sí la presunción de inocencia.

Sin embargo, cuando es el acusado quien pretende recurrir una sentencia condenatoria lo podrá hacer por cualquiera de los motivos, incluido el del error de valoración de la prueba, que por supuesto habrá de fundamentar con precisión, para evitar una incondicional apertura de la actividad probatoria en apelación; si el condenado sostiene con fundamento que debe cambiarse el valor o la credibilidad de un medio de prueba deberá celebrarse vista ante el órgano *ad quem*, practicándose la que corresponda.

## **11. Nueva prueba en apelación**

No es este, con todo, el único caso en que cabe plantear cuestiones acerca de la prueba en el recurso de apelación. En la actualidad se admite la práctica de la prueba cuando éstas no pudieron proponerse en primera instancia (por desconocimiento, porque son de fecha posterior, o se refieren a nuevos hechos con incidencia directa en los hechos debatidos); cuando las pruebas propuestas en instancia fueron indebidamente inadmitidas, y cuando las pruebas admitidas no fueron practicadas por causas no imputables a las partes.

De acuerdo con lo que se ha apuntado anteriormente, la indebida inadmisión o la existencia de causa no imputable a la parte que propuso la prueba para que se hubiera practicado la prueba en el juicio oral, cualquiera que sea la causa, ha de considerarse como un defecto procesal y, si fuera estimada la impugnación, deberían reponerse las actuaciones para que la prueba se practique ante el tribunal *a quo*.

Sin embargo, entiendo que cuando se trata de un medio de prueba que no pudo proponerse en la instancia, es preciso discriminar según se plantee por la parte acusadora o por el condenado.

La acusación, que ha solicitado las diligencias de investigación que consideró oportunas durante la instrucción y ha formulado acusación y ha propuesto la prueba que entendía iba a conseguir la convicción del juzgador, no puede en un momento posterior articular otros medios probatorios para intentar una condena que, con la prueba practicada en el juicio, no consiguió, de modo que si la acusación adquiriera o descubriera un nuevo medio probatorio de cargo después de dictada la sentencia de instancia, no debería admitirse su práctica aunque sea de fecha posterior. El juicio y la sentencia cierran toda posibilidad a la acusación, que en interés de la sociedad, ha presentado sus elementos para alcanzar la sentencia condenatoria, sin que se pueda autorizar ulteriores intentos de lograr la revocación de la absolución; precisamente este principio es el que impide instar la revisión de la condena por parte de la acusación, y sólo se legitima contra las sentencias condenatorias.

Por el contrario, si fuera el condenado quien obtuviera una prueba de descargo después de la sentencia condenatoria de instancia, debería admitirse el medio probatorio si se encuentra en alguno de los casos referidos (porque no se pudo proponer, por desconocimiento, por referirse a nuevos hechos o por ser de fecha posterior al juicio). Propuesto este medio de prueba, debería examinarse por el tribunal *ad quem* exclusivamente su pertinencia y utilidad, comprendiendo un juicio sobre la relevancia para la decisión; de considerarse que se cumplen los requisitos exigidos, se debería ordenar la reposición de las actuaciones para que se practique ante el juez *a quo* y que éste dicte la sentencia que corresponda.

## 12. El recurso de apelación limitado y el respeto de las garantías constitucionales

En el planteamiento que se ha expuesto sobre el recurso de apelación en el orden penal se han tomado en consideración las garantías fundamentales que se deben respetar en España de acuerdo con los compromisos derivados de los textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país.

Es evidente que tanto el art. 2 del Protocolo nº 7 del CEDH como el art. 14.5 del PIDCP, este último ratificado desde hace mucho tiempo por España, imponen que se abra un recurso contra las sentencias condenatorias para que un tribunal superior pueda revisar el fallo dictado y la pena impuesta. Asimismo es evidente que el recurso de casación no cumple de modo satisfactorio con esa exigencia, y que el incumplimiento se produce precisamente en el caso de los delitos más graves, que son enjuiciados en primer grado por las Audiencias Provinciales y, en su caso, por la audiencia Nacional.

Así las cosas, parece imprescindible introducir en nuestro proceso penal un recurso de apelación a través del cual se puedan impugnar tanto las sentencias condenatorias como las que absuelvan al acusado o le condenen a una pena menor que la pedida por las acusaciones o por un título diferente. Este recurso encontraría una excepción relevante, pues se limitaría el recurso para las partes acusadoras cuando se funde en la modificación de la valoración que se hubiera realizado en la primera instancia de las pruebas personales practicadas ante el tribunal *a quo*, que no podría ser ya revisada.

Como autoriza el art. 2.2 del Protocolo nº 7, el derecho a un doble grado de jurisdicción para el condenado se puede excepcionar cuando se trate de infracciones menores, cuando el interesado hubiera sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, o cuando hubiera sido declarado culpable y condenado como consecuencia de un recurso contra su absolucón.

Sin duda que la introducción de estos supuestos de exclusión del derecho al recurso en nuestro sistema supondría un notable alivio a la organización de tribunales en el orden penal y respon-

den a un razonable equilibrio de las partes procesales en la tradición jurídica española.

Es verdad que estas excepciones del sistema europeo de derechos humanos no tienen encaje en el PIDCP, tal y como viene siendo interpretado por el Comité, de modo que en el caso español tanto los aforamientos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, previstos en la CE y en la LOPJ, como la posibilidad de condena estimando un recurso de la acusación podrían merecer algún reproche futuro del aludido Comité.

Sin embargo aparece un punto de inflexión en los Dictámenes del Comité, tomando en consideración estas circunstancias en el voto particular que en el Dictamen del caso Gomariz (CCPR/c/84/D/1095/2002) formuló la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité, para quien «[...] el criterio de la mayoría, de ser aplicado como una norma con carácter amplio, podría trastocar los sistemas judiciales de muchos países de tradición jurídica romanista en los que una absolución dictada por un tribunal de primera instancia puede ser declarada nula y ser sustituida por una condena por un tribunal de segunda instancia reunido para revisarla, y puede no existir posibilidad de interponer nueva apelación, de pleno derecho, contra la decisión de ese tribunal de segunda instancia [...] En una cuestión tan fundamental para la estructura de los sistemas judiciales nacionales en los países de tradición romanista, deberíamos prestar cierta atención a las opiniones de los Estados Partes, así como a su práctica generalizada. Ello es especialmente aplicable a la interpretación del texto de una disposición del Pacto cuya redacción ha sido históricamente ambigua, y en relación con la cual algunos Estados han mantenido explícitamente su derecho a continuar con esas prácticas, sin que otros Estados Partes hayan presentado objeciones al respecto [...]».

Cabe esperar que el Comité termine considerando que los países que integran el Consejo de Europa, que han abanderado históricamente la lucha por los derechos humanos junto con EE.UU., no aprueban y aplican una disposición como el Protocolo nº 7 para vulnerar el PIDCP, sino que su tradición jurídica les lleva a garanti-

zar de otro modo distinto al que es propio de los EE.UU. los derechos de impugnación contra una sentencia condenatoria, sin que eso represente una suerte de rebeldía o de traición al sentido y a la finalidad del Pacto.

En todo caso, desde el momento en que la solución legislativa española se concrete, esperemos que en la próxima legislatura, se podrá ratificar el Protocolo 7º del CEDH, pues España es uno de los siete países que aún no lo han ratificado (junto a Alemania, Andorra, Bélgica, Holanda, Reino Unido y Turquía). De este modo se dará cumplimiento a uno de sus mandatos más importantes: que la ley regule el ejercicio del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, incluyendo los motivos por los que se puede interponer, y, al propio tiempo, se satisfarán esencialmente las exigencias del PIDCP.

A este respecto cabe sugerir que, de continuar el Comité con la interpretación literal del art. 14.5, puede resultar oportuno plantear una Declaración o una reserva relativa a ese texto internacional, como han hecho la práctica totalidad de los países europeos, recogiendo alguna de las excepciones que luego se reflejaron en el Protocolo nº 7; así resulta de las reservas al PIDCP formuladas por Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Holanda o Luxemburgo.<sup>12</sup> De este modo se salvarían las especificidades del ordenamiento jurídico español, en el marco de las disposiciones de los países de nuestra misma tradición jurídica, en cuanto a los aforamientos ante la Sala Penal del TS, y a la posibilidad de que se dicte una sentencia de condena como consecuencia de un recurso de la acusación contra una sentencia absolutoria.

---

<sup>12</sup> Cfr. en [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5\\_esp.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty5_esp.htm), España, cuando ratificó el PIDCP no formuló declaración o reserva alguna, probablemente por haberlo ratificado más tardíamente, en abril de 1977, y por el lógico afán de incorporarse de inmediato al sistema internacional de derechos humanos tras una dictadura tan prolongada.

### 13. El encaje del recurso de apelación penal en la organización judicial

Como último punto en el análisis de la posible introducción de un recurso de apelación en nuestro proceso penal, que se aplique no sólo a las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, sino las que pronuncian órganos colegiados, es preciso apuntar algunas consideraciones, a la luz del texto legal proyectado, modificando la LOPJ, en razón al cumplimiento del objetivo de generalizar la segunda instancia penal.

En primer lugar, entiendo que debe mantenerse el enjuiciamiento de los que, por mandato de la CE o de la LOPJ, se encuentran aforados ante la Sala de lo Penal del TS, como una resolución no susceptible de revisión, al amparo de lo previsto en el Protocolo nº 7 del CEDH. Desde luego que quedarían a salvo los errores o defectos advertidos en la sentencia del órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes que supusieran al propio tiempo una infracción de derechos constitucionales; en este caso se podría acudir al planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones y, caso de ser desestimado, interponer un recurso de amparo.

La solución contenida en el Proyecto de Ley, creando en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dos secciones, una de enjuiciamiento y otra de apelación, no resulta acertada y posiblemente trajera más problemas de los que pretende solucionar. De una parte, habría que constituir *ad casum* la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es verdad que con reglas preestablecidas en el ámbito de la Sala de Gobierno, pero las Secciones habrían de estar funcionalmente subordinadas al establecerse un órgano *a quo* (la Sección de enjuiciamiento) y otro *ad quem* (la Sección de apelación) en el mismo órgano y, por lo tanto, ambas Secciones se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

En segundo lugar, y por lo que hace a los aforamientos ante la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, encomendando la decisión del recurso de apelación a la Sala Especial del art. 77 LOPJ, tampoco parece la mejor de las solucio-

nes, porque esa Sala, formada por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada una de ellas, tiene sentido para resolver las recusaciones, pero es más que dudosa su aptitud para decidir una impugnación en materia penal. La ausencia de especialistas en esta materia puede ser un serio inconveniente para atribuirle esta competencia, puesto que, dado el modo en que se conforma el Tribunal Superior de Justicia, formarán la Sala del art. 77 el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo, el de la Sala de lo Social, así como el magistrado más moderno de cada uno de estos dos órdenes jurisdiccionales, junto con el Presidente del TSJ y el magistrado más moderno de la Sala de lo Civil y Penal.

En tercer lugar se plantea el problema de las apelaciones contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La solución proyectada ha sido la de crear una Sala de Apelación dentro de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal, así como del recurso de revisión que la ley establezca contra los decretos del secretario judicial (art. 64 bis.1). Parece que se trata de una Sala situada en una posición de cierta preeminencia sobre el resto: así, aparece la primera en la proyectada modificación de la Ley de demarcación y planta, y a su presidente se le exige mayor antigüedad para su nombramiento (art. 333.1 del Proyecto), pues frente a los diez años que se exigen para la presidencia del resto de las Salas, para la de Apelación se exigen quince años. No parece que esta medida sea desacertada, aunque resulta extraño concebir un mismo órgano con Salas de distinto grado, y subordinadas a una de ellas.

La solución que se ha proyectado, para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, atribuyendo la competencia a la Sala de lo Penal (y Civil) de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien no presenta problemas de encaje en la organización judicial española, aparecen sin embargo serias dudas sobre la oportunidad de esta decisión. Salvo que se modifique la composición de ese órgano, que se integra por el Presidente y dos o cuatro magistrados,

de los que uno o dos son designados a propuesta de la Comunidad Autónoma, resulta evidente que la materia penal puede ser totalmente ajena al conocimiento y especialización de los magistrados de esta Sala. Por ello cabría pensar en varias soluciones alternativas: por una parte, dividir la Sala de lo Civil y Penal en dos, una integrada en el orden jurisdiccional civil y otra en el penal, cada una de las cuales obviamente integradas por magistrados especialistas en esas materias; por otra parte, incrementar la planta de esa Sala con los magistrados especialistas en penal allí donde sea necesario. Una tercera vía, que no parece la más acertada, pasaría por establecer en las Audiencias Provinciales unas Secciones de Apelación, a las que se encomendaría el conocimiento de estos recursos sea contra resoluciones de los Juzgados de lo Penal, sea contra resoluciones de las Secciones «ordinarias» de la Audiencia.

## Bibliografía

- Calderón Cuadrado, María Pía, *La prueba en el recurso de apelación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 454, 2003.
- Cortés, Valentín y Moreno, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 538.
- González Cano, María Isabel, «El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, febrero de 2001.
- Gualtieri, Marcello, «Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti», *Cassazione penale*, abril de 2007.
- Sánchez Yllera, Ignacio, «Facultades de valoración del tribunal ad quem (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 167/2002)», *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, GGPJ, 2007.
- Vives Antón, Tomás S., «Más allá de toda duda razonable», *Teoría&Derecho*, febrero de 2007.



## EL EJERCICIO DE LA POTESTAD OFICIOSA DEL JUEZ PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL PRIVADO

Lic. Jesús Humberto Acedo Serrano\*

**Sumario:** 1.Introducción, 2.Supervisión judicial del arbitraje, 3.Materias no susceptibles de arbitraje, 4.Supuesto de denegación del laudo, 5.Arbitrabilidad de la disputa y control judicial de oficio, 6.La afectación del orden público, 7.Conclusiones.

### 1. Introducción

Todo Estado de derecho reconoce a favor del gobernado la garantía de acceder a la impartición de una justicia adecuada, que repare las inobservancias de los sujetos jurídicos en sus relaciones con los demás, habiéndose configurado en el devenir de los tiempos todo un sistema organizado, dependiente directamente del poder público, que se encarna en la figura del juez como el personaje encargado de decidir con arreglo al orden jurídico vigente, y de manera idónea e imparcial, los conflictos sometidos a su conocimiento.

Sin embargo, la concepción del juez como figura central del proceso, y de todo el sistema público de impartición de justicia, se ha visto afectada, en la medida que los ciudadanos dentro del marco legal correspondiente deciden acudir a las formas alternas que les permiten obtener, a través de la intervención de un particular, una solución igualmente acertada, pero sobre todo menos retardada,

---

\* Magistrado en retiro del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

surgiendo así la figura del árbitro como una especie de juez de carácter privado.

El arbitraje, al igual como ocurre con otras formas alternativas de solución de controversias, cobra día a día mayor auge en nuestro país especialmente tratándose de la materia mercantil, atentos a que en multiplicidad de contratos de ese ámbito, se plasma, y ahora casi de rigor, una cláusula compromisoria virtud en la cual las partes acuerdan someter sus diferencias a un tribunal arbitral, renunciando de esa forma a que sus disputas sean resueltas por la autoridad jurisdiccional.

Entonces, el arbitraje se concibe como un procedimiento *sui géneris* con tintes jurisdiccionales y mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, la solución de una controversia sobre derechos transigibles se remite a un ente privado, a quien se enviste temporalmente con los atributos suficientes para emitir un fallo con las connotaciones de una sentencia judicial.

El principio de autonomía de las partes es lo que confiere sustento al acuerdo de arbitraje, en tanto no se pretenda eludir la aplicación de normas imperativas o prohibitivas. Los artículos 6 y 7 del Código Civil Federal disponen que la voluntad de los particulares no los exime del cumplimiento de la Ley, la cual no puede ser alterada o modificada; que sólo se puede renunciar a derechos privados que no afecten directamente el interés público y, también, que la renuncia no afecte derechos de terceros; a su vez, ésta debe ser hecha en términos claros, de modo que no quede duda del derecho al cual se está renunciando.

Por lo tanto, el arbitraje privado discurre paralelamente al proceso jurisdiccional, en la medida que los individuos se deciden a plantear a otro particular la decisión de sus diferencias, con las salvedades que el legislador ha impuesto a la posibilidad de sustraer de la justicia estatal el restablecimiento del orden legal quebrantado.

En este espacio no se aludirá al arbitraje que efectúa la Procuraduría Federal del Consumidor, la Comisión para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, o la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, entre otras instituciones establecidas a instancia gubernamental, y cuyos propósitos incluyen el de arreglar conflic-

tos en áreas específicas de la actividad económica, que en vía de consecuencia pueden generar para una de las partes responsabilidades de tipo pecuniario o, incluso, de otra naturaleza.

Abordaremos en concreto el tipo de arbitraje que se enuncia como «comercial», por ser el que ha venido cobrando mayor aplicación en la práctica, tanto a nivel doméstico en México, como en asuntos en los que la disputa surge de contratos celebrados entre sujetos de diferentes países; en los que éstos, buscando eludir un dilatado trámite jurisdiccional plasman de antemano el acuerdo de arbitraje, precisando desde el momento de suscripción del contrato la figura del árbitro o la composición del tribunal arbitral, el lugar donde se efectuará el arbitraje, la legislación aplicable a la controversia, e incluso las reglas de procedimiento a las que el trámite se ha de sujetar. Todo ello, se insiste, con miras a excluir del conocimiento de la contienda a los jueces integrados al aparato estatal.

## **2. Supervisión judicial del arbitraje**

El arbitraje no es desde luego algo novedoso pues se remonta a siglos atrás, pero es desde los finales del siglo XX y hasta nuestros días —como resultado del auge de los diversos medios alternos de solución de controversias—, que ha cobrado carta de naturalización en materia contractual; paralelamente han proliferado instituciones particulares dedicadas a servir de árbitros calificados, las cuales se ufanan de facilitar a las partes en conflicto una respuesta idónea y, mejor aún, rápida en comparación con el tiempo que usualmente se requiere para llevar una causa judicial hasta su conclusión. Todo esto, vale recordar, propiciado en buena medida por la firma (a finales de 1992) del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, donde en uno de sus artículos se establece el compromiso de los Estados parte de facilitar el acceso a los medios alternativos de solución de controversias.

No obstante, la intervención del órgano judicial del Estado no es ajena al arbitraje, toda vez que, para que la decisión del árbitro adquiera la fuerza requerida para ser acatada por las partes de manera

coercitiva —en la eventualidad de no haber sido cumplida voluntariamente—, se necesita que el laudo sea llevado ante un juez, quien una vez concluido el trámite incidental de homologación correspondiente podrá, y solo hasta entonces, dotarlo de fuerza ejecutiva.

Luego entonces, lo cierto es que frente a una parte renuente, a la postre los fallos arbitrales tienen que ser homologados por la autoridad competente, ya que de lo contrario quedarían como meros ejercicios teóricos, desprovistos de cualquier efecto jurídico u logro material.

La tarea del árbitro en los trámites de esa naturaleza concluye una vez que emite el laudo final, pues no juega un rol en la fase ejecutiva; siendo prerrogativa de los tribunales del país, donde el laudo deba surtir sus efectos materiales, reconocerlo y perseguir su cumplimiento forzoso; correspondiéndole al derecho interno de dicho país determinar al órgano responsable de ello y el procedimiento a seguir.

La legislación procesal que regula, ya en tono de modernidad, lo concerniente al arbitraje en alusión, se localiza en el Título Cuarto, del Libro Quinto, del Código de Comercio, que abarca desde el artículo 1415 hasta el 1463, apartado que se conoce por algunos como «ley de arbitraje mexicana», que prevé la tramitación de sendos incidentes de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria, tanto para obtener del juez el reconocimiento del laudo como para alcanzar una declaración de su nulidad.

El numeral 1415 dispone que las prevenciones del articulado en cita se aplicarán al arbitraje nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en tratados en los que México sea parte, o bien cobren conducencia leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias «no son susceptibles de ser arbitradas».

El tema comentado en este trabajo versa precisamente respecto de lo que cabe, o lo que debería haber, cuando un asunto se lleva ante un árbitro y, más tarde, el laudo ante el juez, en asuntos que no resultan susceptibles de arbitraje. Aspecto al que no se le ha dedicado la atención que amerita y que, en lo particular, me parece de la mayor importancia a la hora de decidir sobre la homologación.

### 3. Materias no susceptibles de arbitraje

El Código de Comercio no contiene mención alguna respecto de las materias que son arbitrables ni tampoco cuáles estarían excluidas de dicho medio de solución, de ahí que la respuesta tendrá que ser obtenida por el juez ante quien se solicite la homologación del laudo, dependiendo de cada caso concreto y con referencia en otras leyes; esto significa, aquéllas que definan la naturaleza de la relación jurídica y hubieran regido la vida del contrato fuente de la disputa.

Que una materia pueda ser sometida al arbitraje no depende exclusivamente de la voluntad de quienes celebren el compromiso respectivo, de suerte que dispersas en el orden legal positivo mexicano se localizan normas que limitan la injerencia de los jueces privados, como el artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al señalar que: «[...] los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva [...]» para conocer de los asuntos relacionados en sus cinco fracciones como son, entre otros, los relativos a tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya se trate de derechos reales, ya derivados de concesiones de uso, exploración, explotación, aprovechamiento o arrendamiento de dichos bienes; recursos de la zona económica exclusiva; actos de autoridad, o atinentes al régimen interno del Estado y dependencias de la Federación o de las entidades federativas, etcétera.

Asimismo, existen numerosas disposiciones que en forma literal excluyen la intervención del árbitro; pudiendo citarse, a guisa de ejemplo, lo dispuesto por el artículo 20 del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa (correlativo del 641 del Código de Procedimientos Civiles), el cual estipula que no pueden ser comprometidos en árbitros: el derecho a recibir alimentos, los divorcios, la nulidad de matrimonio, la filiación, el estado civil y los casos que la ley expresamente prohíba.

Los preceptos de referencia nos permiten advertir que los temas excluidos tienen relación con asuntos que conciernen a la Nación mexicana, o son inherentes a derechos no patrimoniales, obviamente no disponibles por los interesados, dando la idea de que por

lo general en cuestiones de Derecho civil, y más aún en las de lo mercantil, el arbitraje opera salvo cuando haya prevención expresa en contrario. Por lo que, partiendo de esa base, cabe plantear una primer premisa: donde impere la autonomía de la voluntad y se trate de derechos disponibles cabrá perfectamente el arbitraje; mientras que en cuestiones de derecho público la situación sería a la inversa, es decir, que se requerirá de norma expresa que abra la posibilidad de someter el asunto a la decisión de un árbitro.

Ejemplo de lo anterior lo encontrábamos en el artículo 15 de la otrora Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, rectora de los procesos de licitación y contratación en materia de obra pública, que después de apuntar que únicamente los Tribunales Federales tienen competencia para conocer de las controversias surgidas respecto de la interpretación o aplicación de tal ley, en su cuarto párrafo pregonaba: «Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determine la Secretaría, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial [...]»; prevención netamente restrictiva y excluyente, al estipular que el compromiso arbitral sólo podría versar respecto de las controversias que determinase la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (referencia al art. 2.1 de la misma Ley), con opinión de otras dos Secretarías, lo que pone de relieve el rigor con que el legislador acotó la intervención de un árbitro en asuntos de esa Ley, y lo cual da pauta para afirmar que el arbitraje no es regla en las cuestiones derivadas de contratos regidos por el derecho público, como sí lo sería tratándose de cuestiones comerciales.

Que hubiese una cláusula de acuerdo arbitral en contratos concertados al amparo de la legislación administrativa de cita, se entiende en atención a lo previsto por el artículo 61, fracción XI, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, relativa a que en los contratos de ese tipo (muchos de ellos aún en operación), debía incluirse la estipulación de los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, debieren de resolver controversias futuras y previsibles que versaren sobre problemas de carácter administrativo y financiero, precepto al que hoy le corresponde el 46, fracción XIV de la vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados

con las Mismas, que a su vez establece que han de preverse fórmulas alternas de solución, aunque excluyendo determinados conceptos del alcance del arbitraje (como la rescisión administrativa o terminación anticipada del contrato, y otros a los que se refiere su Reglamento), lo cual es consecuente con el hecho de que se trata de un estatuto de orden público e interés social.

Se tiene así, que el juez ante quien se presente el laudo para su reconocimiento, y que según el artículo 1422 del Código de Comercio puede ser uno de primera instancia del fuero federal o del orden común (ya sea del domicilio del ejecutado, o en su defecto del de la ubicación de los bienes), estará en la obligación de determinar, antes que cualquier otra cosa, la naturaleza del derecho discutido en el juicio arbitral; ello con total independencia de lo que las partes hubieren podido acordar o el árbitro discernir, pues de conformidad con los razonamientos que enseguida se expondrán, la supervisión judicial del arbitraje es el único y el último valladar impuesto por el poder estatal, que garantiza que la intervención de los particulares en la solución de la conflictiva social se ciña únicamente respecto de derechos en los que verdaderamente cabe libre disposición.

#### **4. Supuestos de denegación del laudo**

De conformidad con el artículo 1462 del Código de Comercio, existen dos supuestos fundamentales para denegar el reconocimiento o la ejecución de un determinado laudo arbitral; el primero, cuando la parte contra la cual se invoca dicho laudo pruebe ante el juez competente a quien se solicita el reconocimiento o la ejecución, cualquiera de las condiciones establecidas en los incisos a), b), c), d) y e) de la fracción I de tal numeral; el segundo, cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia planteada al árbitro no era susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento y la ejecución del laudo son contrarios al orden público, esto según la fracción II del citado artículo 1462.

La primera de las hipótesis indicadas sólo opera cuando es invocada y probada por la parte contra la cual se emitió el laudo, pues

señala que se podrá denegar el reconocimiento cuando «La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente [...]», de tal suerte que se impone una verdadera carga procesal a la demandada en el incidente de reconocimiento; quien habrá de alegar primero y demostrar después que el fallo arbitral no es válido, sea por incapacidad de una de las partes, sea porque ésta no fue notificada o por alguna razón que le impidió hacer valer sus derechos; que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del mismo; que el procedimiento o la composición del tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes; o bien, que el laudo aun no sea obligatorio o hubiere sido anulado o suspendido por un juez competente.

En contrapartida, la hipótesis de la fracción II del artículo que nos ocupa no constriñe a la parte a soportar ninguna carga probatoria, sino que puede —y a nuestro juicio debe— ser invocada por el juzgador en forma oficiosa; esto es, aun cuando la parte afectada no hubiere realizado cuestionamiento alguno sobre el particular, pues se observa que la misma, prácticamente, atribuye al juez la facultad de traerla a colación cuando compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o bien que el reconocimiento o la ejecución del laudo en cuestión son contrarios al orden público, según la legislación mexicana, a cuya conclusión inevitablemente se arriba ciñéndose a una lógica que dimana de la propia redacción de su texto, el cual inicia prevaleciendo la condición de que «El juez compruebe que [...]», lo cual por sí solo excluye otra interpretación, cuenta habida que dicha comprobación se asigna a la diligencia directa y exclusiva del juez.

Lo anterior significa que en el trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, comparezca o no la demandada incidental a oponer excepciones y aún en el evento de que sí ocurra y haga valer defensas de naturaleza distinta, en una u otra hipótesis, el juez que conozca de dicha causa estará obligado a denegar la petición de que se trata si comprueba que, según la legislación mexicana: i) El objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) El reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

En este sentido, como el juez es perito en Derecho y éste queda relevado de prueba, de acuerdo con el artículo 1197 de dicha legislación comercial, el juzgador de *motu proprio* y en cualquier caso, debe analizar si el objeto de la controversia es o no susceptible de arbitraje, o si el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios o no al orden público, independientemente de que las partes lo hayan alegado, al tratarse de una cuestión oficiosa, máxime si la demandada incidental hubiese traído a colación cuestionamientos sobre la procedencia de dicho arbitraje y la violación a disposiciones de orden público en el evento de pretender llevarse a cabo el expresado reconocimiento y ejecución.

## **5. Arbitrabilidad de la disputa y control judicial de oficio**

Interesa enfatizar que la circunstancia de que la parte perjudicada en el laudo se hubiese abstenido de promover el incidente de nulidad a que se refiere el artículo 1458 del Código de Comercio —para lo cual goza del plazo de tres meses—, o el que no se hubiere excepcionado en el incidente de reconocimiento enderezado por la parte favorecida en el arbitraje, no exime a la autoridad jurisdiccional de desconocer el laudo, de actualizarse cualquiera de las hipótesis que prevé la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, lo cual se sostiene porque la falta de impugnación de la nulidad no priva al juzgador de la facultad oficiosa que le concede la fracción comentada, que es independiente de la prerrogativa que le atañe para declarar anulable el auto de acuerdo con el artículo 1457 de la propia legislación comercial, sin que se soslaye que ambas disposiciones (artículos 1457 y 1462) contienen idénticas reglas; no obstante que el primero de tales preceptos versa sobre las condiciones para declarar la nulidad referida y el segundo sobre los supuestos para negar el reconocimiento o la ejecución del laudo, de manera que aunque se les regula en capítulos diferentes, guardan estrecha relación. Máxime que la facultad oficiosa que nos interesa debe reputarse autónoma y especial, precisamente porque al

corresponderle al juez es obvio que su ejercicio es independiente al hecho de que la parte interesada haya o no cuestionado la nulidad del laudo, o solicitado la denegación de su reconocimiento o ejecución.

En este sentido se pronunció el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 6/2012, dando lugar a la tesis que aunque referida al incidente de nulidad resulta conducente al tema, y dice:

**LAUDO ARBITRAL. CIRCUNSTANCIAS QUE EL JUEZ DEBE ANALIZAR, CONFORME A LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CUANDO SE DEMANDA SU NULIDAD.** Cuando se demanda la nulidad de un laudo arbitral con fundamento en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, ya sea porque el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía del arbitraje; o, porque el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al «orden público», el juez debe resolver atendiendo a las constancias del juicio y pruebas desahogadas, pero ello no significa que deba analizar y descartar todas y cada una de las hipótesis, sólo que advierta que se actualiza alguna, a pesar de que sea distinta a las invocadas por las partes, la pueda invocar de oficio. Esto es así, pues los motivos o causas de nulidad previstos en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, deben ser acreditados por quien los invoque, pero en el caso de las dos hipótesis referidas en la fracción II de ese mismo precepto, el juez debe pronunciarse respecto de las circunstancias hechas valer por las partes, y sólo si advierte que alguna de las hipótesis se actualiza, aun y cuando no haya sido invocada, puede de oficio invocarla para declarar nulo el laudo arbitral.<sup>1</sup>

El ejercicio de la comprobación oficiosa a la cual se hace referencia se da en función de que el arbitraje, como fórmula alterna para resolver controversias, depende de que quien acuerda someterse a

---

<sup>1</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012. Bergesen Worldwide Limited. 19 de abril de 2012. Registro: 2001129. Tesis Aislada. Fuente: Tesis: I.70.C.17, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro X, t. 3, julio de 2012, p. 1877.

él pueda disponer del derecho en juego, que es lo que confiere competencia al árbitro; de manera que en aras de mantener el actuar arbitral dentro de tal parámetro el legislador instituyó, primero, la necesidad de que el laudo deba ser homologado por un tribunal del Estado y, segundo, que una vez sometido dicho laudo al escrutinio de la autoridad jurisdiccional, pueda ésta en uso de su imperio y con la calidad de perito en Derecho que le es inherente, determinar si la cuestión sometida al particular era realmente arbitrable o si en su caso se estaría contraviniendo el orden público.

Valga recordar que el incidente de reconocimiento conlleva el planteamiento de una demanda, que como cualquier otra persigue obtener del juez el dictado de una sentencia, que en este caso sería de naturaleza declarativa porque se va a reconocer la legalidad del laudo, y también constitutiva porque por medio de ella éste va a cobrar fuerza y ser ejecutable, pues de no ser así quedaría —como se anticipó—, en la nada jurídica. En tal tesitura, sostenemos que el juez del conocimiento, al resolver el incidente que nos ocupa, debe aplicar el criterio reiterado por nuestros tribunales, en el sentido de que la procedencia de la acción debe ser estudiada de oficio por atañer a un aspecto de orden público, como ilustran las siguientes tesis:

**ACCIÓN. ESTUDIO OFICIOSO DE SU IMPROCEDENCIA.** La improcedencia de la acción, por falta de alguno de sus elementos, puede ser estudiada por el juzgador, aun de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público.<sup>2</sup>

**EXCEPCIONES NO OPUESTAS EN TRATANDOSE DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.** Del hecho de que la autoridad responsable haya analizado la procedencia de la acción, de ninguna forma se puede considerar que se estén estudiando excepciones no opuestas por la parte demandada, y con ese ac-

---

<sup>2</sup> Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo directo 52/89. Andrés Frutero Trujano. 12 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel Alfonso Sierra Palacios. Véase: Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* 1917- 1988, Segunda Parte, Tesis 18, p. 25.

tuar viole el principio de congruencia que debe contener toda sentencia de conformidad con lo establecido por el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango, toda vez que el juzgador, aun de oficio, tiene la obligación de estudiar los elementos constitutivos de la acción, por ser una cuestión de orden público.<sup>3</sup>

Así, la posibilidad de denegar el reconocimiento no depende entonces de que la parte afectada con el laudo se apreste a convencer al juez de que no debe ser reconocido, pues en tal tesitura la fuerza que el Estado va a imprimir al laudo al equipararlo a una verdadera sentencia judicial, volvería a depender —a quedar de nuevo en manos— de los mismos sujetos que suscribieron el compromiso arbitral, excluyéndose por su inercia o por su negligencia el control del poder público, tornando inútil el afán del legislador de someter la intervención del árbitro al escrutinio de la autoridad.

Por ello, establecer el control judicial sobre las decisiones arbitrales obedece a que uno de los fines del Estado es preservar el orden legal, resolviendo las controversias por conducto de los tribunales ordinarios, y restituyéndolo mediante la aplicación incluso coactiva de la norma, de ahí que el árbitro sólo pueda intervenir cuando se trate de derechos disponibles; habida cuenta que permitir su injerencia en temas que involucren intereses generales pondría en riesgo el logro de otros objetivos estatales, orientados a la meta final de propiciar el bien común.

La autonomía privada de los particulares que opera en las materias de libre disposición, se encuentra supeditada a límites fuera de su voluntad, plasmados en preceptos jurídicos imperativos y prohibitivos, inderogables porque se establecen por el legislador para tutelar intereses públicos, de modo que su violación produce la nulidad según lo dispuesto por el artículo 8 del Código Civil Federal.

---

<sup>3</sup> Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo directo 504/85. Moisés Ceniceros Moreno. 7 de octubre de 1985. Séptima Época. No. Registro: 248419. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 199-204 Sexta Parte. Materia Común. p. 77.

En ese tenor el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en sentencia de 7 de octubre de 2010, sostuvo: «[...] el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje cuando así lo dispone la ley o se trata de cuestiones reguladas por normas imperativas o prohibitivas, porque constituye un límite al ejercicio de la autonomía privada[...]». Y que: «[...] no debe desconocerse que el laudo como expresión de la potestad de disposición de las partes sobre un derecho y la forma en que cualquier controversia relacionada con el mismo se resuelve por voluntad de aquéllas, es la expresión de la intangibilidad de los derechos privados pero sujeta al respeto del orden público del Estado Mexicano, como lo previene el artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio».<sup>4</sup>

De esa propia ejecutoria se extractó la tesis que a la letra dice como sigue:

**ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.** El artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio, señala que es nulo el laudo cuando el Juez compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, según la ley mexicana. Los supuestos de anulabilidad deben enmarcarse dentro de la pretensión del legislador de hacer operativa la institución arbitral y los resultados que se esperan de ella, ya sea que se trate de una controversia que no es susceptible de arbitraje o bien que el laudo sea contrario al orden público. Se trata de una regulación implícita de que sólo pueden ser sometidas al arbitraje las cuestiones que sean de libre disposición para las partes, como reflejo del principio proveniente del artículo 1798 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, relativo a que «Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley». Y que en tratándose de la materia de arbitra-

---

<sup>4</sup> MATERIA DE ARBITRAJE. LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA ESTABLECERLA. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Tesis I.30.C.950 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 162 087, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1217.

je, implica que tienen la legitimación para disponer del derecho sujeto al arbitraje, como una expresión de su capacidad general para emprender negocios jurídicos. Cuando la materia resuelta en el laudo correspondiente no es susceptible de arbitraje, lo que en realidad se cuestiona es la licitud del objeto del convenio arbitral, porque la materia de ese arbitraje, por vía ejemplificativa, ya haya sido decidida en resolución definitiva y firme o se encuentre su materia inseparablemente unida a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición y revela que existe una falta de competencia objetiva del árbitro. Entonces, la materia de libre disposición susceptible de arbitraje debe ser entendida como aquella regulada por el ordenamiento jurídico que puede ser sustituida por el poder de la autonomía de la voluntad de las partes porque no tiene un carácter imperativo absoluto sino que se autoriza a los particulares a ejercer su libertad para hacer u omitir lo que no está prohibido ni mandado. Se reconoce a favor de los particulares el poder creador de las normas individualizadas que deben disciplinar su actuación y al arbitraje como procedimiento idóneo o mecanismo alternativo por el que pueden solucionar las posibles controversias que surjan, siempre y cuando sea lícito y reconocido por el ordenamiento como digno de protección.<sup>5</sup>

Francisco Gorjón Gómez, al referirse a las causales de denegación y oposición aplicables oficiosamente, después de puntualizar que las hipótesis del artículo 1462, fracción II, son apreciables de oficio por el juez del *exequátur*, dice que: «[...] surge un control por parte de los tribunales sobre determinadas materias que estarán bajo su tutela [...]», por lo cual es de importancia determinar las condiciones de arbitrabilidad de la materia sobre la cual se fincó el proceso. Y concluye: «En definitiva, el acotamiento de la materia arbitrable se erige como un dispositivo de defensa de las normas imperativas del ordenamiento jurídico, que quedarían

---

<sup>5</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Tesis I.30.C.948 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 162 055, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1239.

burladas si sobre ellas pudiesen disponer las partes y los árbitros como elementos extraños al orden jurisdiccional estatal».<sup>6</sup>

Amerita hacer énfasis en que el simple hecho de la inclusión en un contrato de la cláusula compromisoria estipulando el sometimiento al árbitro no significa *per se* que las disputas surgidas de dicho acuerdo de voluntades puedan ser válidamente dilucidadas por el particular, ni que un laudo que se apoye en tal compromiso deba inexcusablemente ser homologado; pues como se adelantó, hay contratos que están fuera del derecho privado que contemplan, hasta por imperativo, cláusulas contenedoras de fórmulas alternas de solución de controversias, para permitir que el arreglo de ciertas disputas se pueda obtener de manera más ágil que a través de los procedimientos judiciales, sin que ello signifique que haya de concederse sin reflexión el reconocimiento del veredicto arbitral, sobre todo asumiendo que en el campo del derecho público el arbitraje cabe por excepción; respecto a lo cual vale aludir al criterio sustentado en la tesis que dice:

**MATERIA DE ARBITRAJE. ES FIJADA POR LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES CUANDO NO ES CONTRARIA A LA LEY.**

Se les reconoce a los particulares la libertad de contratar como facultad que tienen para decidir si se vinculan o no con otras personas en una relación jurídica y la libertad contractual, con arreglo a la cual pueden trazar el alcance y contenido del negocio jurídico que se crea, de modo que se regula no sólo el nacimiento de la relación jurídica sino los efectos de la misma. El artículo 1416, fracción II, del Código de Comercio es el que establece de modo expreso qué materias son susceptibles de arbitraje y a la vez reconoce el derecho subjetivo de los particulares de actualizar o dar existencia al supuesto de hecho que refiere esa norma, porque sólo la autonomía de la voluntad puede dar lugar a la cláusula arbitral o al convenio, pero que puede ser configurada libremente en sus efectos por aquéllos limitada únicamente por el propio ordenamiento jurídico. Esto último también tiene una consecuencia jurídica práctica fundamental porque atendiendo

---

<sup>6</sup> Gorjón Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, México, Mc Graw Hill, 2001, pp. 266 y 271.

a la naturaleza de la cláusula arbitral o convenio independiente, ésta conserva su eficacia aunque uno de los sujetos que intervino en ella ya no la quiera o acepte, pues una vez que ha nacido adquiere una existencia propia y separada de los sujetos y de su voluntad conforme a lo cual sus efectos no son atribuidos a los sujetos mismos sino a la voluntad que aquéllos plasmaron en esa cláusula arbitral o convenio independiente. Es decir, el bien jurídico que se tutela atañe a que el arbitraje sólo puede versar sobre materias disponibles con arreglo a derecho y que en el caso de que se trate tengan, por regla general, una connotación mercantil derivada del ordenamiento en que se regula la cuestión del arbitraje, según se advierte de la norma citada y los convenios que el Estado Mexicano ha suscrito sobre ese tema, pero colmando siempre la licitud del objeto del convenio arbitral; que los árbitros tengan competencia objetiva y que no excedan esos límites así como que el laudo verse sobre una materia arbitrable.<sup>7</sup>

Si como se pregona, la posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto para someterlo al arbitraje, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos a los que desean someterse, por lo que la competencia del árbitro proviene de la autonomía de la voluntad de los interesados, no extraña entonces que la regulación del arbitraje esté comprendida en un cuerpo legal de índole netamente privada como el Código de Comercio, lo cual no puede implicar de modo alguno que todas las cuestiones que van a parar a los árbitros hayan de ser catalogadas como mercantiles, y reputarse por ende, arbitrables.

La vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, al tiempo que permite arbitrar ciertas disputas, en su artículo 98 estipula: «No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como

---

<sup>7</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. T.C.C.; Tesis I.30. C. 947 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1216.

aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley», lo cual viene a corroborar que no es la mera existencia de una cláusula compromisoria inmersa en el contrato lo que debe sustentar la intervención del tribunal arbitral, sino la materia del derecho en juego y la específica naturaleza del punto debatido, por lo que obligación inexcusable del juez será apreciar la posibilidad de estarse en alguno de los supuestos de la fracción II del artículo 1462, y lo cual ha de hacer desligado de la idea de que por existir el antecedente del acuerdo arbitral se está en el ámbito del derecho privado.

## 6. La afectación al orden público

Como el árbitro se mueve impulsado por un mero interés particular y con la mira puesta en cumplir el cometido de decidir la disputa a la brevedad, resulta no ser un instrumento confiable en cuanto a que buscará mantener el arbitraje dentro de sus exactos límites, o que tenderá a preservar algún posible interés público que en su caso pudiere verse afectado con el laudo. En ese tenor, Ibrahim Fadlallah —citado por Gorjón Gómez—, señala que como el árbitro no pertenece a ningún foro, ello hace que tenga una visión muy relativa del orden público, más aun cuando el laudo va a ser ejecutado en otro país, lo cual significa que obrará con mayor flexibilidad y discrecionalidad, juzgando de acuerdo con las partes y prescindiendo del rigorismo con el que usualmente resuelven y al que están sometidos los tribunales estatales.<sup>8</sup>

Tocante a la vulneración del orden público, y al margen de que al fin y al cabo todas las leyes en mayor o menor medida responden a intereses de ese tipo, sería de la opinión de que un criterio general a servir de parteaguas es el de que cuando se estuviere en presencia de normas que propendan a tutelar el interés social no podrá mediar el arbitraje, salvo que la ley lo prevea, insistiendo en que la garantía con que se cuenta para su salvaguarda radica pre-

---

<sup>8</sup> Gorjón Gómez, Francisco, *op. cit.*, nota 6, p. 270.

cisamente en el control conferido al juez para examinar la validez del laudo y, a su vez, rechazarlo si atisba que según la legislación nacional el objeto de la controversia no es arbitrable o está en juego alguna clase de bien popular, máxime cuando la injerencia de un árbitro sin competencia en esos asuntos implica de suyo riesgo de su afectación, sencillamente porque en el incidente de reconocimiento el juez no puede revisar el aspecto de fondo; es decir, si el derecho fue bien aplicado por el árbitro, pudiendo tan sólo vislumbrar las consecuencias que en el entorno tendría la ejecución del fallo arbitral.

En efecto, como el juez del exequátur deberá limitarse a revisar el laudo anulándolo o denegando su reconocimiento únicamente cuando se actualice una hipótesis de los artículos 1457 y 1462, lo que el tribunal arbitral hubiere considerado respecto del fondo quedará intocado, lo que tratándose de un derecho disponible no tendría mayor relevancia, máxime que fue por propia voluntad del interesado que el asunto se sustrajo del conocimiento de los órganos judiciales constituidos; pero al no mediar un derecho disponible sino de orden público, el laudo pronunciado en ese ámbito implica el riesgo de quebrantar intereses protegidos, sin posibilidad de que de haber existido su vulneración la misma pueda ser sancionada, porque el laudo no será examinado en el fondo, alcanzando fuerza de cosa juzgada.

Si se admite que en un concepto amplio el «orden público» tiene que ver con la búsqueda del bienestar social de un pueblo, podremos comprender el riesgo que se enfrenta en el evento de que los laudos no sean correctamente revisados; no obstante, desde otra perspectiva, no podemos ignorar que una posición extrema tampoco resulta aconsejable, pues como comenta José Luis Siqueiros, la reserva otorgada al juez para negar la homologación de un laudo extranjero merced a la invocación de su afrenta al orden público local, al ser dicho concepto «[...] tan flexible en el tiempo y en el espacio [...]», y quedar al criterio de la autoridad requerida: «Este recurso, de ser utilizado indiscriminadamente, conferiría una «válvula de escape» a las obligaciones concertadas por los Estados contratantes [...]», por lo que —apunta— no resta sino confiar en que los tribunales locales no usarán de este recurso excepcional,

sino en los casos en que efectivamente puedan lesionarse los valores e instituciones de más alta jerarquía del país donde se pida el reconocimiento.<sup>9</sup>

Por ser de evidente interés para los efectos del presente trabajo, resulta pertinente invocar al Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que al externarse sobre el tópico que nos viene ocupando sostuvo el criterio del siguiente tenor literal:

**LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.** Como el concepto de «orden público» no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen. Esto es así, dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lleva a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al «orden público» mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia pueda ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de «orden público» es más amplio, pues no basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de «orden público» para que se tenga necesariamente que

---

<sup>9</sup> Siqueiros, José Luis, «Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la República mexicana», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, p. 295, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/107/dtr/dtr12.pdf>.

concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el «orden público». <sup>10</sup>

Para Fernanda Garza Magdaleno, al hablar acerca de los elementos que el juez debe tomar en cuenta para examinar el concepto de orden público en caso de nulidad, o para denegar la ejecución de un laudo extranjero (y uno local también diríamos nosotros), está considerar el respeto elemental a normas fundamentales tanto adjetivas como sustantivas; y respecto al método a seguir para ello, dice: «No deberá confundirse el «orden público» con la violación a una norma imperativa [...]». <sup>11</sup> Esto último es con lo que no podemos estar de acuerdo, porque si en nuestro Derecho todo acto contrario a una norma prohibitiva o de interés público es nulo por expresa disposición del artículo 8 del Código Civil Federal, cuando en el laudo aparezca vulnerada una disposición legal mexicana de esa categoría, al juez no le deberá quedar más remedio que rechazarlo.

En consecuencia, creemos que asumiendo una conducta acuciosa y responsable, el juez al resolver debe erigirse en un escrutador realmente oficioso para determinar si el laudo corresponde a un tema susceptible de ser arbitrado, o si con su ejecución se estarían contraviniendo o poniendo en riesgo cuestiones de orden público o interés social, para en uno u otro caso denegar el reconocimiento, por haber un notable bien jurídico tutelado directamente a cargo suyo, como es vigilar que el arbitraje discurra en el marco impuesto por el legislador, ya que de otro modo se caería en la inseguridad

---

<sup>10</sup> Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012. Bergesen Worldwide Limited. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Registro: 2001132. Tesis Aislada, Tesis: I.70.C.20 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, Libro X, julio de 2012, Materia Civil, p. 1878.

<sup>11</sup> Garza Magdaleno, Fernanda, «El arbitraje en México», pp. 41 a 43, [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf).

al quedar a voluntad de los particulares —a su arbitrio diríamos mejor—, excluir la intervención del Estado en las tareas de preservación del orden jurídico, lo cual se entiende en caso de un interés meramente privado, no del interés general.

Las precedentes disquisiciones aplican por igual a laudos pronunciados en suelo nacional para ser ejecutados en él, como para los emitidos en el extranjero a ser homologados por un juez mexicano (local o federal), en razón de que lo previsto en la fracción II del artículo 1462, del Código de Comercio, es no sólo la norma procesal conducente al incidente relativo, sino que además coincide con lo que al respecto estatuyen los tratados internacionales de que México forma parte, ya que su sentido es análogo al del artículo V.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), y artículo 5.2 de la Convención Panamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 30 de enero de 1975).

## 7. Conclusiones

El punto de partida a considerar es que donde impere la autonomía de la voluntad y se trate de derechos disponibles cabrá generalmente el arbitraje, mientras que en las cuestiones de Derecho público la situación sería a la inversa, es decir, que se requeriría de norma expresa que abriese la posibilidad de someter el asunto a la decisión de un árbitro.

En virtud de que la base para la competencia del árbitro viene dada en función de que el acuerdo de arbitraje verse respecto de una materia susceptible de serlo, para los efectos del reconocimiento de un laudo carece de relevancia que haya sido suscrito un acuerdo arbitral o incluido en el contrato una cláusula compromisoria, ya que su validez dependerá de la disponibilidad o no de los derechos en juego.

Por lo mismo, tampoco debe interesar que la parte afectada en el laudo no haya rehusado la intervención del árbitro, ni cuestionado en el arbitraje su competencia en los términos del artículo 1432, párrafo segundo, del Código de Comercio.

Las causas de nulidad y de inejecución del laudo previstas en los artículos 1457 y 1462 son sustancialmente las mismas, por lo cual con abstracción de que no se hubiere propuesto una demanda incidental por la anulación, el juez ante quien se plantea el reconocimiento y aun sin haber excepción de por medio siempre tendrá expedita la facultad de revisar de oficio si dicho laudo se pronunció en una materia arbitrable, por corresponder propiamente al examen de la acción incidental.

En tratándose de la afectación al orden público, deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si éste se transgrede o no, y si con la ejecución del laudo se estarían perjudicando intereses colectivos, o normas fundamentales del sistema jurídico mexicano.

El bien jurídico tutelado corre directamente a cargo de la autoridad jurisdiccional, como es vigilar que el arbitraje se ciña estrictamente a los límites impuestos por el legislador y definidos por la materia sobre la cual se ocupe, porque de otro modo se propiciaría la inseguridad, el riesgo de quebranto a nuestro sistema legal, y la afectación al orden público, al quedar a la voluntad de los particulares rechazar la intervención del Estado, lo cual se entiende en el caso de un interés meramente privado, nunca del interés general.

## **Bibliografía y fuentes:**

*Código de Comercio.*

*Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, 10 de junio de 1958).

*Convención Panamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Panamá, 30 de enero de 1975).

Garza Magdaleno, Fernanda, «El arbitraje en México», pp. 41 a 43, [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf).

Gorjón, Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, México, Mc Graw Hill, 2001.

*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Octava, Novena y Décima Épocas.

Siqueiros, José Luis, «Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la República mexicana», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, p. 295, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/107/dtr/dtr12.pdf>



## LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD COMO FIN DEL PROCESO PENAL

Rodrigo Cerda San Martín\*

**Sumario:** 1. La correcta aplicación del derecho y el acertado establecimiento de los hechos como fines del proceso judicial. 2. La libre valoración «racional» de la prueba en el proceso penal. 3. El resultado probatorio: la certeza (convicción aceptada racionalmente). 4. Cómo opera la garantía epistémica en los diversos tipos de juzgamiento penal. 5. Conclusiones.

### **1. La correcta aplicación del Derecho y el acertado establecimiento de los hechos como fines del proceso judicial**

Concordamos con lo afirmado por el profesor Del Río al señalar que la finalidad del proceso o su función institucional es la aplicación del Derecho al caso concreto, para lo cual habrá necesidad de verificar (enjuiciar o establecer) correctamente los hechos jurídicamente relevantes y desde allí formular un juicio jurídico acertado del que se desprenderán las consecuencias jurídicas correspondientes. Son fundamentales entonces la correcta aplicación de la norma y el acertado establecimiento de los hechos. Añade el mismo autor que tal función no es posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate,

---

\* Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile.

circunstancia que en último término acaba constituyéndose en una condición necesaria para la función de aplicación, como recalcan Wróblewski, Ferrajoli, Taruffo, Shunemann y Grössel, entre otros tantos.<sup>1</sup>

En similar sentido Taruffo sostiene que una decisión judicial justa requiere de tres condiciones, a saber: en primer lugar, que ella sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente, pudiendo sostener que es legítima desde el punto de vista formal; en segundo término, que los hechos que respaldan el caso hayan sido establecidos de manera adecuada afirmando que son verdaderos y, finalmente, que se haya efectuado una correcta aplicación de las reglas del derecho que gobiernan el caso particular; la norma aplicada debe adecuarse al caso y debe haber sido correctamente interpretada.<sup>2</sup> Añade que el proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas. Los procesos se hacen no con el fin de hacer procesos, sino con el fin de resolver controversias con decisiones justas. «La justicia de la decisión se puede definir a través de tres condiciones, separadamente necesarias y conjuntamente suficientes, o sea: la corrección del procedimiento; la justa interpretación y aplicación de la ley sustancial; la veracidad de la determinación de los hechos».<sup>3</sup> Ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda «sobre hechos equivocados», o sea sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión.<sup>4</sup>

Alchourrón y Bulygin han señalado que «Un fracaso en la determinación de la verdad —mientras sea excepcional— no invali-

---

<sup>1</sup> Del Río Ferreti, Carlos, «Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho Penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, Primer Semestre, 2010, pp. 352 y 353.

<sup>2</sup> Taruffo, Michele, «Consideraciones sobre Prueba y Verdad», *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Santiago, LexisNexis, mayo de 2003.

<sup>3</sup> Taruffo, Michele, «¿Verdad negociada?», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI, núm. 1, julio de 2008, p. 136.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 137.

da la decisión del juez, que es considerada válida y produce por ende todos sus efectos jurídicos. Este es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero si los jueces basaran sus decisiones como regla en enunciados empíricos falsos, todo el sistema del derecho se subvertiría. Es importante subrayar que la norma del derecho penal estipula el deber de sentenciar a aquellos que han cometido homicidio y no a aquellos de los que el juez dice que han cometido homicidio... si los tribunales sentenciaran sistemáticamente a los que no han cometido homicidio, es decir, si la norma fuera violada permanentemente, tal norma dejaría de existir».<sup>5</sup>

Entonces, debemos propender hacia el correcto establecimiento de la verdad de los hechos por el juez, virtud que podrá obtenerse a través de la vigencia y respeto de las formas procesales que regulan el ofrecimiento, la admisión, la incorporación y la valoración de la prueba, asegurando siempre la realización de un juicio de carácter cognoscitivo. Así las cosas, el debido proceso y el juicio mismo, como mecanismo de búsqueda de la verdad, confluyen en la producción de una sentencia legítima, con fuerza de cosa juzgada.

En síntesis, podemos afirmar que el objetivo institucional de la prueba en el proceso es también la averiguación de la verdad. Y ello no puede ser de otra manera, puesto que ese objetivo es estructuralmente necesario para que funcione el propio Derecho como mecanismo de motivación de la conducta. No resulta posible entregar una correcta y legítima aplicación del Derecho, si los hechos no han sido bien establecidos. Las partes y la ciudadanía en general requieren, para motivarse por la norma, que ésta sea correctamente aplicada y ello, a su vez, depende de que los hechos fijados en la sentencia sean verdaderos. Si el Derecho no se aplica o se aplica

---

<sup>5</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Los Límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 313.

erróneamente la norma pierde eficacia a la luz de las personas que son sus destinatarios.

En un Estado de derecho democrático existe el deber jurídico de decidir razonadamente, o sea con la mejor justificación, procurando así la obtención de la mejor solución. Por ello no basta con la corrección de los razonamientos empleados, sino que también es necesario que las proposiciones que componen dicho razonamiento sean verdaderas.

## **2. La libre valoración «racional» de la prueba en el proceso penal**

Como sabemos, de acuerdo al inciso primero del artículo 297 del CPP, los tribunales deben apreciar la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Luego, en los incisos que siguen, el legislador describe el nivel de fundamentación analítica y dialógica que los sentenciadores deben efectuar al momento de justificar la decisión fáctica.

El sistema de valoración probatoria conforme a la «sana crítica», también denominado de «persuasión racional» se funda precisamente en la razón, es eminentemente judicial y se ubica en una posición intermedia entre los sistemas de prueba legal y de íntima convicción. Supone, de parte del juez una ponderación acuciosa, completa e imparcial de los elementos de prueba rendidos en el juicio, orientada a obtener su convicción racional acerca de la efectividad o falsedad de los enunciados de hecho planteados por las partes. Por su intermedio se busca que el sentenciador justifique su decisión en el ámbito fáctico, de un modo intersubjetivo, alejándolo del mero arbitrio.

La conclusión fáctica en un sistema probatorio de sana crítica no puede ser el resultado de puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que debe ser la rigurosa consecuencia obtenida desde la consideración racional de las pruebas.

La mayor libertad concedida al tribunal para la valoración probatoria tiene su correlato en la exigencia legal de motivación racional de la conclusión fáctica. En efecto, la sana crítica impone mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo, una determinada forma de ejercer sus funciones, relacionada con el deber de fundamentación, obligación propia de todo juez en democracia.

La opción normativa señalada es coherente con la visión de un proceso judicial de carácter cognoscitivo o racional donde, como ya indicamos, el establecimiento de la verdad de los hechos es uno de sus objetivos principales. Se trata de un esquema epistemológico garantista, en el cual la aproximación a la verdad es una de las exigencias propias de una decisión justa, en el contexto de un procedimiento con todas las garantías.

De lo afirmado precedentemente se sigue que debe existir una relación teleológica entre la prueba judicial y la verdad, de modo que el establecimiento de esta última sea el fin de la actividad probatoria y del proceso judicial, en general. En tales términos el conocimiento jurisdiccional se produce en un contexto institucionalizado, como es el proceso, con reglas que garantizan la maximización de la búsqueda de la verdad por aproximación o, más modestamente, de la minimización de los errores en el juzgamiento (garantía epistémica).

Resulta necesario advertir que no es la «verdad absoluta» el resultado a obtener en el proceso judicial, sino que ella constituye un valor referencial al cual propender, una «verdad por aproximación» (Tarski), determinando la certeza a través de grados de probabilidad. De este modo, se reconocen los límites del contexto procesal, esto es, su duración, el efecto preclusivo de la cosa juzgada y las prohibiciones y exclusiones probatorias fijadas normativamente por razones distintas a las epistémicas.

Ahora bien, en la búsqueda de la verdad en los términos señalados cumplen una función determinante los elementos de prueba y la información que ellos aportan para la decisión. En efecto, las partes buscan acreditar la verdad de sus enunciados fácticos a través de las probanzas directas e indirectas que rinden en la audiencia de juicio y mediante el uso de argumentos probatorios o

generalizaciones empíricas (conocimientos científicos y máximas de la experiencia) que pueden generar, a su vez, la inferencia de otros hechos desconocidos, mediante la lógica inductiva.

El sistema probatorio adoptado, de sana crítica, es una herramienta adecuada para los fines indicados, pero la libertad a que alude no es omnímoda, sino sujeta a controles de racionalidad que funcionan *ex ante*, en los diseños que contemplan un control de admisibilidad de la prueba, y *ex post*, en la valoración probatoria, y la connotación de libre es una cualificación negativa, destinada únicamente a excluir la determinación legal de la ponderación (sistema tarifado), debiendo el tribunal evaluar las probanzas conforme a parámetros racionales. Por ello parece más correcto aludir a un sistema de «libre valoración racional».<sup>6</sup>

Para Accatino este sistema exige una relación lógica de corroboración entre los elementos de prueba y las proposiciones fácticas que se den por probadas. Se trata del modelo epistemológico de corroboración de hipótesis propio de la teoría científica, que recurre a la noción de lógica de probabilidad.<sup>7</sup> Efectivamente, como la metodología utilizada es, en general, de naturaleza inductiva, el resultado a obtener no es la demostración de la hipótesis,<sup>8</sup> sino el grado de probabilidad suficiente (justificación probabilística), de acuerdo al mayor o menor aporte epistémico de los elementos de prueba a dicha hipótesis fáctica. Hablaremos de grado de corroboración suficiente cuando la cantidad de información afirmativa, en pos del enunciado, sea capaz de vencer el estándar de prueba de que se trate.

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido Accatino, Daniela, «El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad», en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Edit. AbeledoPerrot, LegalPublishing, enero de 2010, pp. 119-121. También Araya, Marcela, *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*, Santiago, Edit. Abeledo Perrot, LegalPublishing, marzo de 2011, p. 13.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>8</sup> La demostración de la hipótesis es propia de la lógica deductiva, que se daría solamente en el caso de conocimientos científicos de altísima confiabilidad, por ejemplo el resultado de una prueba de ADN.

Bajo esta perspectiva «racional o cognoscitivista de la prueba judicial», el afán que mueve a las partes en procura de sus pretensiones y contrapretensiones y al juez, al momento de decidir, es eminentemente científico, epistemológico, de modo que en el fallo corresponde predicar la verdad o falsedad de su existencia, en una relación lógica con los elementos de prueba incorporados a juicio.<sup>9</sup> Ello en contraposición de una «concepción de corte persuasivo», donde los elementos de convicción entregan antecedentes argumentativos en lo tocante a los hechos de la causa, lo que interesa no es tanto la aproximación a la verdad fáctica cuanto la obtención del convencimiento del juez. La retórica se coloca por delante del conocimiento, lo primordial es la coherencia del relato antes que la acreditación de los hechos a través de antecedentes probatorios concretos.<sup>10</sup> De acuerdo a esta segunda concepción, la prueba no sería más que un instrumento de persuasión, y como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de un enunciado y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, así entendida, no ofrece información sino elementos de persuasión, es decir, en el juicio no se «conocen» los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido.

Para determinar la verdad de una proposición es necesario tener claridad acerca de «las propiedades relevantes para considerar que un enunciado es verdadero»; como también, si tales propiedades concurren en el caso concreto. Desde una perspectiva «correspondentista», un enunciado verdadero daría cuenta de la realidad «tal cual es o ha sido», en cambio, uno falso constituiría una re-

---

<sup>9</sup> Verdad por correspondencia. Se busca la «verdad», en una versión fuerte de la misma, como correspondencia con la realidad, en oposición a quienes relacionan el concepto de verdad como «mundos posibles», verosímiles.

<sup>10</sup> Verdad por coherencia.

presentación errada de la realidad, es decir, «lo verdadero» y «lo falso» representarían ciertos tipos de relaciones que se darían entre las palabras y el mundo. Las teorías «coherentistas», en cambio, sostienen que el juicio de verdad es un asunto que se resuelve en último término a nivel de coherencia entre distintas creencias aceptadas o por la aplicación de otro criterio, que lleva a que las proposiciones nunca sean testeadas con «la realidad».<sup>11</sup>

Únicamente a través de esta perspectiva racional o cognoscitiva, la decisión judicial en el ámbito fáctico se torna susceptible de control por las partes, pudiendo éstas fiscalizar si existen, efectivamente, materiales externos y perceptibles que entreguen noticias de los acontecimientos que se han dado por probados en el fallo. La racionalidad, pues, exige la concurrencia de elementos controlables y verificables mediante criterios intersubjetivos, sólo así podremos hablar de una decisión justificada; por el contrario, si el juzgador no cuenta con ese respaldo, habrá caído en la mera subjetividad y arbitrariedad, que no admite controles. Lo que se exige del juicio fáctico es certeza y no sólo creencia, racionalidad científica y no metafísica.

Según Coloma, la función esperada de la actividad probatoria es de seriedad en la valoración, a través de fundamentos fácticos medianamente sofisticados,<sup>12</sup> que supere la cantidad e información usada para decidir los asuntos cotidianos, pero inferior a la requerida en las teorías científicas (atendidas la duración del proceso judicial y la cantidad de información disponible).<sup>13</sup> Lo suficientemente compleja para no incurrir en errores gruesos en la construcción de los enunciados de hecho. Si esperamos que la producción y el análisis de la prueba lleve a la generación de conocimientos

---

<sup>11</sup> Coloma, Rodrigo, «Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XIX, núm. 2, diciembre de 2006, p.31.

<sup>12</sup> Coloma, Rodrigo, *et al*, «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, XXXIII, Segundo semestre de 2009, p. 307.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.309.

que se aproximen a lo que es la realidad y, por ende, atribuimos al proceso judicial una función eminentemente instrumental, debemos velar por una mayor sofisticación de la tarea del juez, lo que en ocasiones lo llevaría a apartarse de lo que sería esperable desde el sentido común.<sup>14</sup>

En consecuencia, los jueces no deben quedarse con el uso del razonamiento plausible o por defecto, de mero sentido común, donde se infiere lo razonable ante la falta de evidencia que modifique la normalidad de las cosas (argumento presuntivo), pues las reglas legales que establecen los requisitos de las sentencias exigen una conducta analítica y una fundamentación sofisticada, que supere la actitud que cualquier ciudadano asume para resolver los asuntos cotidianos, lo suficientemente compleja para no incurrir en errores gruesos en la construcción de los enunciados de hecho, por lo que se sugiere apartarse del mero sentido común y acercarse más al rigor científico.

### **3. El resultado probatorio: la certeza (convicción aceptada racionalmente)**

Previo a la emisión del juicio fáctico el tribunal debe realizar una operación intelectual de valoración probatoria, que implica la realización de una multiplicidad de pasos metodológicos de naturaleza analítica, sujetos a un conjunto de normas que procuran el respeto del afán epistemológico y de otros intereses igualmente valiosos cautelados jurídicamente.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el razonamiento probatorio del tribunal sólo podrá sustentarse en los elementos de prueba rendidos en el juicio, de acuerdo al procedimiento probatorio establecido en la ley (artículos 296 y 340, inciso segundo del CPP).

Enseguida el sentenciador debe proceder a valorar toda la prueba incorporada a juicio, con libertad, esto es, sin encon-

---

<sup>14</sup> Coloma, Rodrigo, *op. cit.*, p. 340.

trarse sujeto a reglas jurídicas que determinen una tarificación abstracta y a priori de esos elementos de convicción, pero sujeto a los parámetros de racionalidad que describe el inciso primero del artículo 297 del CPP, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados.

Además, al momento de realizar esta valoración se le imponen al tribunal deberes adicionales, tales como un análisis integral de los elementos de prueba producidos, incluso aquellos que hubieren sido desestimados, expresando las razones que se tuvo para ello, y tratándose de las probanzas a utilizar en su convicción, debe señalar el o los medios utilizados para establecer cada uno de los hechos y circunstancias que diere por probados, motivando su decisión de modo tal que su razonamiento sea reproducible por un tercer lector objetivo (incisos segundo y tercero del artículo 297 del CPP).

A lo anterior debemos agregar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 340 del CPP, relativo a la convicción del tribunal: «Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley». Se trata de un estándar de prueba alto, establecido por el legislador en razón de los intereses en juego, que indica al juzgador cuándo está autorizado a considerar algo como probado. La conclusión fáctica debe, entonces, sustentarse en prueba firme, de modo que el sentenciador no puede estar convencido respecto de la existencia de un enunciado, a menos que y hasta que tenga una prueba rigurosa de ello. Para Horvitz no basta con la convicción: en cuanto al umbral mínimo, debe haberse desarrollado una mínima actividad probatoria, la que jamás podrá consistir en la mera declaración del acusado (artículo 340, inciso tercero, del CPP). En cuanto al umbral máximo, no es necesaria la plena convicción; basta la convicción exenta de dudas razonables. Regla que constituye un criterio de preferencia que expresa la primacía de la finalidad que ningún inocente sea

condenado por sobre el objetivo de que ningún culpable sea absuelto.<sup>15</sup>

Finalmente, el tribunal debe cumplir en su sentencia definitiva con el requisito señalado en el artículo 342 letra c) del CPP, a saber: «La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297».

Bajo tales exigencias normativas debe realizarse la motivación fáctica en la sentencia definitiva, o sea el tribunal debe efectuar un razonamiento justificativo, mediante el cual demuestre que la decisión adoptada se sostiene en bases racionales idóneas, que la hacen aceptable.

Para Miranda Estrampes ese razonamiento justificativo debe permitir un control intersubjetivo y, para ello, debe dar cuenta de las siguientes operaciones básicas:<sup>16</sup>

a) El juez debe identificar los elementos de pruebas utilizados para sustentar el relato de los hechos probados, lo que constituye una labor eminentemente descriptiva.

b) El juez debe reflejar el contenido objetivo de los diferentes medios de prueba practicados, lo que permite constatar su significación o potencialidad incriminatoria. Fase descriptiva que no debe agotar el contenido de la motivación entendida en clave de justificación.

c) El juez debe explicar, también, cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar, para lo cual deberá utilizar las máximas de la experiencia, es decir, deberá explicar el razonamiento inferencial utilizado, dando cuenta de las máximas de la experiencia empleadas para justificar su decisión. Exigencia predicable no sólo

---

<sup>15</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2004, p. 338.

<sup>16</sup> En este sentido Miranda Estrampes, Manuel, «La valoración de la Prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Peruano de 2004», Lima, Perú, Instituto de Ciencia Procesal Penal, JUSPER, p. 38, <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf>.

para los supuestos de prueba indiciaria sino también para los casos de pruebas directas.

Para entender a cabalidad las exigencias normativas arriba expresadas, resulta útil, además, la distinción que efectúa Jordi Ferrer de los tres momentos fundamentales, lógicamente distintos y sucesivos, en el juicio fáctico, a saber: <sup>17</sup>

a) «La conformación del conjunto de elementos de prueba rendidos en el juicio» por las partes, para apoyar o refutar los enunciados de hecho, eligiendo aquellos que servirán a la decisión y desestimando los que no servirán (por razones epistémicas o jurídicas);

b) «La valoración de los elementos de prueba seleccionados» para acreditar las hipótesis en conflicto, en forma individual y en conjunto, cuyo resultado nos permitirá saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis, está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad, y

c) «La adopción de la decisión sobre los hechos probados», que dependerá del estándar de prueba que se utilice. La racionalidad exige un estándar de probabilidad prevalente, que se describe bajo la máxima «más probable que no»; en el ámbito penal, sin embargo, atendidos los intereses en juego y la distribución del error, se ha optado legislativamente por un estándar de probabilidad más alto, bajo la fórmula «más allá de toda duda razonable».

Explica Ferrer que el resultado de la valoración de la prueba que se obtiene en el segundo momento no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar. Para ello es necesaria la intermediación de algún estándar de prueba. Así, según dicho estándar, para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad penal deberían darse conjuntamente las siguientes condiciones:<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Ferrer Beltrán, Jordi, «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Edit. AbeledoPerrot, LegalPublishing, enero de 2010, pp. 6-10.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

i) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

ii) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad-hoc*.

Al establecer nuestro legislador el estándar de convicción más allá de toda duda razonable no altera la naturaleza racional cognoscitiva de la prueba judicial, intersubjetiva, que se aprecia del resto de las normas antes citadas. En efecto, no nos parece correcto entender que la «voz convicción» nos conduce hacia una noción subjetivista de la prueba, donde el punto de interés está en el estado mental del juzgador, en su mera creencia.

Como señala Accatino, la noción subjetivista de prueba, que vincula los enunciados declarativos de hechos probados con la convicción o la creencia del juez en la verdad de su ocurrencia, pone a la exigencia de fundamentación en un callejón sin salida. Eso porque las creencias son algo que nos sucede, algo cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad, y puesto que sólo los actos voluntarios admiten justificación, no habría entonces posibilidad de justificar el resultado de la valoración de la prueba realizada por el juez. Eventualmente podría requerirse la explicación de las causas que le han llevado a esa creencia, pero, por una parte, el cotejo de la efectividad de esa creencia y sus causas es prácticamente imposible y, por otra, una explicación es conceptualmente distinta de una justificación, para la que importa no la efectividad de las causas sino la validez de las razones justificativas.<sup>19</sup>

La misma autora añade otras dificultades de una noción subjetivista de prueba. En primer lugar ella no puede dar cuenta de la falibilidad judicial, pues según esa noción de prueba la convicción o creencia es condición suficiente para que una proposición esté

---

<sup>19</sup> Accatino, Daniela, «La Fundamentación de la Declaración de Hechos Probados en el Nuevo Proceso Penal. Un Diagnóstico», *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Vol. XIX, núm. 2, Diciembre de 2006, p. 20.

probada y carece de sentido hablar de error respecto de la ocurrencia de ese estado mental. En otros términos, la noción subjetivista de prueba hace equivalentes dos situaciones que parece razonable poder distinguir conceptualmente: que un enunciado acerca de la ocurrencia de un hecho haya sido «tenido por probado» por algún sujeto y que ese enunciado «esté probado». Sólo si ambas situaciones pueden distinguirse adquiere sentido la existencia de controles relativos a las decisiones judiciales sobre los hechos. En segundo lugar, la noción subjetivista de la prueba no permite dar cuenta de los numerosos casos en que los jueces deciden contra sus creencias, como ocurre, por ejemplo, si el juez dispone de elementos de juicio, sobre los que basa su creencia, que no han sido incorporados al proceso y que, por lo tanto, no puede tomar en cuenta en su decisión.<sup>20</sup>

Concluye la profesora Accatino que las dificultades antes expuestas sugieren que es necesario abandonar la noción subjetivista de prueba y sustituirla por una noción que haga posible hablar de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba y que permita dar cuenta de su falibilidad y de su carácter racional respecto de los elementos de juicio aportados al proceso. Afirmar que una proposición está probada tiene que ser equivalente a afirmar algo en relación con los elementos de juicio aportados al proceso y, además, algo que –desde el punto de vista conceptual– sea susceptible de justificación y de evaluación crítica.

Por su parte, el profesor español Jordi Ferrer acude a la noción de «aceptabilidad de las conclusiones fácticas» como adecuada actitud proposicional del juez, que supera la subjetividad de la mera creencia o convicción.<sup>21</sup> Expresa que la aceptación es un acto voluntario que se estructura sobre la base de los elementos de prueba del juicio, los que se estiman suficientes para dar por probado el enunciado fáctico. No basta con la creencia o convicción meramente subjetiva, pues para adoptar una decisión fáctica racional,

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>21</sup> Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, segunda edición, Madrid 2005, pp. 90-101.

en vigencia de las garantías constitucionales de un proceso justo, es preciso, además, que esa decisión sea aceptable intersubjetivamente, o sea, que permita el control de su justificación por terceros.

Dicha noción de aceptabilidad reconstruye la actitud proposicional del juez incluyendo el elemento de la voluntariedad en la selección de los hechos probados, de modo que el sujeto aceptante decide acerca de su aceptación y es responsable por aquello que acepta, ya sea por elementos epistemológicos o normativos, debiendo justificar racional y jurídicamente tal decisión.

En consecuencia, la justificación racional de la decisión fáctica o «razón epistémica» dependerá del apoyo de tal conclusión en los elementos probatorios aportados a juicio, de modo que si carece de sustento en la prueba será irracional. En este caso el enunciado se expresará por el juez con fuerza descriptiva, ya que describe la existencia en el juicio de elementos probatorios suficientes a favor de tal proposición. Si bien, en este caso, la creencia coincide con la aceptación, ésta última supone un elemento adicional externo (objetivo) a la mera actitud mental, la justificación, que posibilita el control de la decisión por terceros y, por ende, la aceptación por éstos de la misma o de su impugnación.

En tanto que, la «razón normativa», concebida por ejemplo a través de una presunción legal de un hecho, una norma de prohibición probatoria u otro límite a la libre valoración, desvincula a la aceptación de la creencia. Se puede aceptar normativamente esa decisión fáctica, en cuyo caso se habla de que el enunciado de hecho se tuvo por probado por decisión legal, y no por la creencia del juzgador en ello.

Tenemos así que la falibilidad de la decisión del juez al valorar la prueba puede ir tanto por el lado de la justificación epistemológica de su conclusión, o falta de ella, cuanto por la no aplicación o errónea aplicación de una norma imperativa que alteraba la libre valoración.

Entonces, la correcta valoración del material probatorio incorporado a juicio supondría que la conclusión fáctica esté racionalmente justificada, en el sentido de que los elementos probatorios disponibles en el proceso permitan así afirmarlo y, por otro lado,

que las reglas procesales sobre la prueba justifiquen normativamente las premisas aceptadas por el juez.

#### **4. Cómo opera la garantía epistémica en los diversos tipos de juzgamiento penal**

Todo lo dicho en los apartados anteriores es plenamente aplicable al procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública, que termina en un juicio oral, público, inmediado y contradictorio, pero sufre disminuciones en la garantía epistémica en los procedimientos especiales donde opera la negociación, esto es, en el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y en el procedimiento abreviado.

##### **4.1. Principios que sirven a la garantía epistémica**

La oralidad, la inmediación, la continuidad y la concentración son principios del juicio penal que contribuyen a optimizar la búsqueda aproximativa de la verdad. Si bien se ha señalado que no se trata propiamente de principios definidores del sistema constitucional de enjuiciamiento penal, sino de meras reglas técnicas del debate procesal, no cabe duda del aporte que generan en la determinación del juicio fáctico.

La oralidad y la inmediación son valores que operan en conjunto y se potencian mutuamente. De nada sirve una ritualidad de debate oral, que excluye la escrituración, sin la presencia directa de los intervinientes y del tribunal en una misma audiencia, de modo que la comunicación produzca un efecto inmediato en los interlocutores, sin intermediarios que mediaten los flujos de información y argumentación. En el ámbito probatorio, la percepción directa de los medios de prueba por parte del sentenciador mejora ostensiblemente la capacidad de éste para valorar correctamente su aporte epistemológico, especialmente si se trata de los llamados órganos de prueba (testimonial, pericial y declaración del acusado), ya que en ese escenario se pueden

realizar juicios más certeros respecto de la credibilidad del declarante y de sus dichos, pudiendo las partes, en primer lugar, y el tribunal, al final, realizar preguntas al deponente para que dé razón de lo declarado, explique situaciones oscuras y salve eventuales contradicciones. De este modo se impone la observación personal, directa e indelegable como la única válida para decidir. Mejor aún si todo el debate argumental y probatorio sucede en un solo acto, sin solución de continuidad, ya que ello optimiza la ponderación conjunta de todo el material útil a la convicción del tribunal.

Por su parte, el principio adversarial o contradictorio promueven la dialéctica dentro de la audiencia, pudiendo las partes, en planos de igualdad jurídica, controvertir las aseveraciones de la contraria y refutar las pruebas por ellas aportadas, promoviendo el tribunal un escenario óptimo para debatir y luego concluir. Es por ello que el diseño de la ritualidad procesal en juicio está estructurado de un modo coherente a estos principios y en respeto de los derechos de los intervinientes de alegación, prueba y refutación, siempre dentro del contexto de un proceso con todas las garantías.

Finalmente, el principio de libertad de medios y de valoración probatoria racional son funcionales a la garantía en estudio, ya que propenden a la incorporación de la mayor cantidad de información posible, así como a su rigurosa ponderación, mejorando las posibilidades de concluir con certeza en el ámbito fáctico.

En el desarrollo legal de estas garantías epistémicas encontramos la imposición de la ritualidad oral en el debate (artículo 291 del CPP); la continuidad y concentración en el juzgamiento (artículos 282, 283 y 374, letra d del CPP); la exigencia de presencia personal e indelegable del tribunal en el juicio, so pena de nulidad (artículos 35, 284 y 374, letra b del CPP); la obligación de decidir fundamentadamente en lo fáctico, únicamente sobre la base de la prueba rendida en la audiencia de juicio (artículos 295, 296, 297, 340, inciso 2; 342, letra c y 374, letra e del CPP).

## **4.2. Afectación de estos principios en los procedimientos simplificados y abreviados**

En el caso del procedimiento simplificado, si el imputado requerido admite su responsabilidad en el hecho, el juez de garantía dictará sentencia definitiva en base a los antecedentes del requerimiento, narrados verbalmente en la audiencia respectiva por el Fiscal del Ministerio Público (artículo 395 del CPP).

En tanto que, en el procedimiento abreviado, si el acusado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepta expresamente y manifiesta su conformidad con la aplicación de esta ritualidad especial, en la sentencia definitiva respectiva el juez de garantía dará por establecidos los hechos sobre la base de la aceptación del acusado, valorando los antecedentes de la investigación en la forma prevista en el artículo 297 (artículos 406 y 413, letra c del CPP).

Se trata de procedimientos especiales de actas donde el juzgamiento fáctico se realiza en base a los registros que el MP reunió durante la investigación, no existe, por lo tanto, un procedimiento probatorio formal donde se controlen y admitan elementos de prueba, y no hay incorporación de la misma en un contexto inmediato y contradictorio.

En ambos casos existe una negociación previa entre el ente persecutor penal y el imputado, debidamente asistido por su abogado defensor, en la cual el primero cede en la intensidad de su pretensión punitiva y el segundo renuncia advertida y voluntariamente a su derecho a un juicio oral efectivo, obteniendo así un juzgamiento más rápido y económico.

En el caso del procedimiento abreviado existe una menor afectación de las garantías epistémicas, toda vez que ha existido un ofrecimiento formal de la prueba por parte del MP, junto a la acusación, adjuntando, además, los antecedentes que justificaron tal decisión de persecución; se le otorgó a la defensa un plazo razonable para conocer a cabalidad los elementos de inculpación; pesa sobre el juez un deber cautelar de contornos más claros, ya que sólo debe aceptar el abreviado si los antecedentes de la investigación son

suficientes (artículo 410, inciso 2° del CPP); una vez aceptado este procedimiento, en el debate, tomará conocimiento de la acusación y de las diligencias de la investigación en que se sustenta (artículo 411 del CPP) y al dictar sentencia, no puede condenar fundado exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado (artículo 412, inciso 2° del CPP), debiendo valorar los antecedentes de la investigación en la forma prevista en el artículo 297 (artículo 413, literal c del CPP).

Mayor vulneración se genera en el procedimiento simplificado, pues el nivel de control configurado por la ley es menos exigente: presentado el requerimiento por el MP el juez de garantía debe estudiar éste y desde dicho análisis podría no dar curso al procedimiento si estima que los antecedentes o elementos que fundan la imputación son insuficientes (artículos 390, inciso 1° y 391, literales b y d del CPP); al inicio del procedimiento simplificado se le da a conocer al imputado el requerimiento, pero a través de una breve relación (artículo 394 del CPP); no se contienen resguardos especiales relativos a la valoración de los antecedentes investigativos en que se sustentaba la imputación, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas del Libro Segundo, de acuerdo a la norma de reenvío del artículo 389 del CPP, en cuanto se adecuen a la brevedad y simpleza del procedimiento en análisis.

Las estadísticas nos demuestran que la utilización del juicio oral y público, con todas las garantías, constituye una anécdota en el sistema (menos del 3% del total de juicios terminados por sentencia en el año 2012) y que, los procedimientos especiales analizados son aplicados con una frecuencia altísima. De un total de 124.668 sentencias, 4.008 fueron absolutorias y el resto condenatorias, aumentando el porcentaje de absoluciones en los juicios orales y públicos efectivos, donde alcanza al 18,2 %.<sup>22</sup>

Lo anterior genera, obviamente, la duda acerca de si efectivamente la búsqueda de la verdad de los hechos y la correcta

---

<sup>22</sup> *Boletín Estadístico del Ministerio Público*, del Primer Semestre del año 2012, publicado en su página web [www.ministeriopublico.cl](http://www.ministeriopublico.cl).

aplicación del derecho sustantivo son los fines del proceso penal constitucionalizado.

## **5. Conclusiones**

De lo que se ha expuesto precedentemente podemos extraer las conclusiones que siguen:

a) Desde una interpretación sistemática de los artículos 295, 296, 297, 340, 342 y 374 letra e) del CPP, es posible afirmar que el legislador chileno ha adscrito, en el ámbito de juzgamiento penal, a una concepción racional o cognoscitivista del proceso judicial, cuyos fines primordiales son el acertado establecimiento de los hechos y, desde allí, la correcta aplicación del derecho.

b) Que, como consecuencia de lo anterior, la búsqueda de la verdad por aproximación es un fin de la prueba judicial.

c) Que el resultado esperado de la actividad probatoria, desarrollada con todas las garantías procesales y epistémicas, es una decisión fáctica justificada racionalmente y, por ende, susceptible de control intersubjetivo.

d) No obstante lo anterior, el juicio oral, público, concentrado, inmediado y contradictorio, tiene una escasa frecuencia práctica en nuestra realidad, abundando los juzgamientos de inferior contenido de protección, constatación empírica que pone en duda nuestro aserto inicial, en el sentido que la verdad de los hechos y la correcta aplicación del derecho son los fines principales del proceso penal.

## Bibliografía

- Accatino, Daniela, «El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad», en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Edit. AbeledoPerrot, LegalPublishing, enero de 2010, pp. 119-121.
- Accatino, Daniela, «La Fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico», *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Vol. XIX, núm. 2, Diciembre de 2006, p. 20.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Los Límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 313.
- Araya, Marcela, *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*, Santiago, Edit. AbeledoPerrot, LegalPublishing, marzo de 2011, p. 13.
- Coloma, Rodrigo, «Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XIX, núm. 2, diciembre de 2006, p.31.
- Coloma, Rodrigo, *et al.*, «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, XXXIII, Segundo semestre de 2009, p. 307.
- Del Río Ferreti, Carlos, «Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho Penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, Primer Semestre, 2010, pp. 352 y 353.
- Ferrer Beltrán, Jordi, «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana», en AA.VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Edit. AbeledoPerrot, LegalPublishing, enero de 2010, pp. 6-10.

- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, segunda edición, Madrid 2005, pp. 90-101.
- Horvitz, María Inés y López, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2004, p. 338.
- Miranda Estrampes, Manuel, «La valoración de la Prueba a la luz del Nuevo Código Procesal Peruano de 2004», Lima, Perú, Instituto de Ciencia Procesal Penal, JUSPER, p. 38. <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/mirandaestampres.pdf>
- Taruffo, Michele, «Consideraciones sobre Prueba y Verdad», *La Prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago, LexisNexis, mayo de 2003.
- Taruffo, Michele, «¿Verdad negociada?», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen XXI, núm. 1, julio de 2008, p. 136.

## **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**



## CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES DEL ESTADO DE SINALOA

El 27 de noviembre de 2013 se publicó en el Periódico Oficial «El Estado de Sinaloa» el decreto número 973, mediante el cual se expidió el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa, el cual, de conformidad a su artículo primero transitorio, entró en vigor treinta días después de su publicación, es decir, el 28 de diciembre del mismo año.

Con la publicación de la legislación adjetiva en materia familiar se derogaron las siguientes disposiciones del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sinaloa: del Título XI, los capítulos III y IV; del Título XIV, las secciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII y XIII; del Título XV, el capítulo II, secciones I, II, III y IV, y capítulos III y IV.

El Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa está integrado por 688 artículos divididos en tres libros.

El Libro Primero se denomina «De las Instituciones del Procedimiento Familiar», consta de seis títulos en los que se establecen las disposiciones generales que regularán los asuntos del orden procesal familiar, de igual forma se establece que las normas del procedimiento se interpretarán de tal manera que se otorguen los mismos derechos tanto a las mujeres como a los hombres; en cuanto a la primera se establecen algunas excepciones en virtud de los procesos de gestación, lactancia y el derecho de los hijos menores de doce años de estar bajo los cuidados de su madre. En el segundo capítulo se regulan las atribuciones y la participación activa de la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia en los procesos de competencia familiar en los casos específicos que este capítulo enuncia.

La novedad legislativa que aportó el Libro Primero, Título Primero, capítulos III y IV, es la inclusión de la mediación y la conciliación.

liación como mecanismos alternativo de solución de controversias en materia familiar; estableciendo como eje rector la obligación del juez de informarles a las partes la existencia de especialistas que los ayudarán a resolver el conflicto, haciendo la acotación que las partes podrán acceder a ellos siempre y cuando sea de manera voluntaria; sin embargo, en algunos casos, tales como los que se prevén el último párrafo del artículo 18, será indispensable agotar los medios alternativos de solución de controversias antes de ir a juicio; en estos capítulos también se hace referencia a las controversias de orden familiar que en ningún caso podrán ser susceptibles de la aplicación de tales mecanismos, las funciones específicas de los especialistas y las características de los organismos que habrán de operar la aplicación de los aludidos medios de solución.

En el Título Segundo, se especifican los temas de la acción y la pretensión, la capacidad y la personalidad, y la defensa y excepciones en las controversias de orden familiar. En cuanto al Título Tercero, en este se establecen los deberes, derechos y cargas procesales de las partes, así como su definición y su derecho prioritario a contar con asistencia técnica.

La competencia de los Juzgados Familiares, los impedimentos, excusas y recusaciones están previstas en el Título Cuarto que se denomina «De la Autoridad Judicial». Los actos procesales tales como las formalidades procesales, las resoluciones judiciales, la presentación de documentos, los exhortos, las notificaciones, los plazos, la interrupción y suspensión del procedimiento, y las cauciones están integrados y regulados en el Título Quinto del mencionado Libro Primero y en el último título de este libro se establecen los actos prejudiciales del juicio en general.

La tramitación de los juicios ordinario, sumarios y orales, están descritos en el Libro Segundo, y es precisamente este libro donde radicó el mayor cambio de los procesos de derecho familiar que antes era regulado por el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sinaloa y ahora están reglamentados en esta ley adjetiva especializada en la materia; entre éstos encontramos el cambio de la denominación de algunos juicios y también su tipo de tramitación, como a continuación se mencionan:

<b>Denominación por el Código de Procedimientos Civiles</b>	<b>Denominación en el Código de Procedimientos Familiares</b>
Juicio ordinario civil nulidad de acta de matrimonio	Juicio de tramitación especial nulidad de matrimonio
Juicio ordinario civil sin expresión de causa	Juicio de tramitación especial divorcio
Juicio ordinario civil concordancia sexo-genérica	Juicio de tramitación especial concordancia sexo-genérica
Juicio sumario civil pérdida de la patria potestad	Juicio de tramitación especial pérdida de la patria potestad
Juicio sumario civil restitución de menor	Juicio de tramitación especial restitución de niñas y niños
Juicios de tramitación especial de rectificación de actas (nacimiento, adopción, reconocimiento, matrimonio y defunción.	Juicio de tramitación especial modificación y/o convalidación de actas del registro civil
Diligencias de jurisdicción voluntaria	Actividad judicial no contenciosa

Asimismo, se incluyen, como se mencionó anteriormente, la tramitación de juicios orales, los que procederán en las controversias familiares previstas en los artículos 216 y en el 220 los asuntos familiares no contenciosos.

Lo referente al tipo de pruebas, su ofrecimiento, su admisión, desahogo y valor tanto en los juicios escritos como en los orales está previsto en el Título Tercero del Libro Segundo. El Título Cuarto se denomina «De los alegatos y la sentencia» y en este se explica el procedimiento a seguir una vez que se han desahogado todas las pruebas, que consta desde la citación para sentencia, el dictado de esta, los requisitos que debe contener, los plazos en los que debe ser dictada, cuando ésta causa ejecutoria y el efecto que recae en ella una vez que feneció el término para impugnarla, de cosa juzgada.

La ejecución forzosa de la sentencia y los medios de impugnación de la misma se incorporaron en los Títulos Quinto y Sexto del aludido libro.

El último libro que conforma este ordenamiento jurídico se denomina «De los procedimientos en particular» en este se abordan los procedimientos de la pérdida de la patria potestad, el divorcio judicial procedente cuando ambos cónyuges convengan divorciarse en los términos del artículo 181 del Código Familiar del Esta-

do de Sinaloa, la modificación, convalidación de actas del estado familiar y del registro extemporáneo, intromisiones ilícitas en la intimidad privada y familiar, disposición de cadáveres, divorcio administrativo, levantamiento de acta por reasignación sexo-generica, juicio en rebeldía, nulidad de matrimonio, restitución internacional de niñas y niños, procedimiento y particularidades de los juicios sucesorios y la actividad jurisdiccional no contenciosa.

Cabe destacar que en este último libro, Título Primero, Capítulo IX se regulan los procedimientos en los casos de violencia familiar, en este se establece la función del Ministerio Público, principalmente, de la Procuraduría de la Defensa del Menor, la Mujer y la Familia principalmente, así como de otras autoridades ante la presencia de este tipo de violencia. También se describen las medidas provisionales que habrán de tomarse en estos casos, la obligación del juez de decretar con carácter urgente dichas medidas con el objetivo de salvaguardar la integridad física, psicoemocional, la dignidad humana y la libertad de las personas.

En ese contexto, la publicación del Código de Procedimientos Familiares, viene a complementar la autonomía de la materia, ahora en cuanto a sus procedimientos y la tramitación especial de los mismos, integrando al Derecho Familiar con reglas procesales específicas para abordar las controversias suscitadas en ese ámbito, otorgando seguridad jurídica a los usuarios.

## LEY DE EJECUCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO DEL ESTADO DE SINALOA

El 27 de noviembre de 2013 se publicó en el Periódico Oficial «El Estado de Sinaloa» el decreto número 970 a través del cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de la Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa.

Los artículos que fueron reformados son los siguientes: 1, párrafo segundo; 3, 8, 9, 10, 12, 13, 14, fracciones I y II; 15; 16, párrafo primero y fracciones I, II, III, IV, V, XI y XIII; 17; 18; 19, párrafo segundo; 20, fracciones VIII y X; 21, fracción II; 22; 23; 24, párrafo primero; 25, párrafo primero, fracciones I, II, III, VII y párrafo último; 26; 27; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35, párrafo primero; 36; 41; 43; 44; 45; 47; 49, párrafo último; 52, párrafo tercero; 53, párrafo último; 54; 58, párrafo segundo; 61; 64, párrafo cuarto; 67; 68; la denominación del Capítulo III del Título Segundo; 69; 70, párrafo primero; 71; 72; 73, párrafo primero; 74; 75; 76; 77, párrafo primero y fracción IV y último párrafo; 78; 79; 80; 82, fracciones VII, VIII; XIII, XIV; 84, fracción VI; 87; 88; 90, párrafo segundo; 92 párrafos primero, segundo y tercero; 93, párrafo segundo; 94; 95, párrafo primero y fracción III; 97, párrafo primero; 98; 99, párrafo segundo; 102, párrafo primero, fracción segunda; 104; 114, párrafos segundo y último; 116, párrafo segundo; 117; 119, párrafo primero; 120; 121, párrafo primero y tercero; 124; 125, párrafo segundo; 128, fracciones I, II y III; 132; 134; 136; 138; 139; 140 párrafo primero y tercero; 141; 142; 143; 144, párrafo primero; 145; 146; 147; 148; 149; 150; 151; 154, párrafo primero; 155; 156, párrafos primero y tercero; 157; 158; 159; 160; 161; 162, párrafo primero; 163, párrafo primero; la denominación del Título Séptimo; 164 párrafo segundo; 165; 166, párrafos primero y último; 167; 168, párrafo primero; 169, párrafo primero; 170; 172, párrafo primero; 176 y 179, primer párrafo.

Asimismo, fueron adicionados los siguientes artículos: 9 bis; 9 bis A; 9 bis B; 9 bis C; 9 bis D; las fracciones XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI y XXVII al artículo 16; las fracciones VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XI y XXII al artículo 25; 69 bis; 69 bis A; 69 bis B; 69 bis C; 69 bis D; 69 bis E; 69 bis F; el capítulo III bis al Título Segundo; 79 bis; 79 bis A; 79 bis B; 79 bis C; 79 bis D; 79 bis E; las fracciones XV, XVI, XVII y XVIII al artículo 82; un párrafo segundo, el cual se integrará por las fracciones del párrafo primero recorriéndose subsecuentemente los siguientes al 102; 103 bis; un último párrafo al artículo 105; 106 bis; 106 bis A; 106 bis B; 108 bis, 108 bis A; 108 bis B; el Capítulo VII bis al Título Segundo; 111 bis; 111 bis A; 111 bis B; 123 bis; 123 bis A; 123 bis B; 139 bis y 139 bis A. Se derogaron también del artículo 16 las fracciones VI y XII.

Las reformas realizadas a este ordenamiento jurídico consistieron principalmente en adecuarlo a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las reformas del 18 de junio de 2008 y en la del 10 de junio de 2011. Así, se establecieron las autoridades que deberán fungir como tal en el proceso de reinserción de los sentenciados, sus atribuciones y los principios rectores de la ejecución de la pena y una adecuación de los términos empleados en la Ley por otros acordes al marco constitucional vigente: «reinserción» por «readaptación», «juez de primera instancia de vigilancia de la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito» por «juez de ejecución de las consecuencias jurídicas del delito», «régimen de readaptación» por «régimen de reinserción» y «Dirección de Prevención y Readaptación Social» por «Dirección de Prevención y Reinserción Social»; esos cambios impactaron en los siguientes artículos:

Cambios de denominación					
	Reinserción	Nombre de la Dirección de Prevención y Reinserción Social	Régimen de reinserción	Juez de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito	Defensor público
Art.	Segundo párrafo del artículo 1; 10; 13; 43; 74; 92; 97; 116; 119; 128 y 134	Párrafo segundo del artículo 18; fracciones VIII y X del artículo 20; 36; 49 último párrafo; 53; 54; 58; 67; 68; 77; 87; 88; 89; 114; 121; 136; 139; 140; 142; 146; 148; 149; 151; 155; 156; 157; 159; 160; 161; 162; 164; 165; 166 y 179.	69; denominación del Capítulo III; 71; 72; 73; 75; 76; 77; 78; 79; 94; 95; 98; 99; 102; 114 y 124	Párrafo primero del artículo 18; fracción III del artículo 20; 26; 27; 29; 30; 117; 128; 132; 136; 138; 139; 140; 141; 142; 143; 144; 145; 146; 147; 148; 155; 158; 159; 162; 163; 164; 166; 167; 168; 169; 170; 172 y 176	Artículo 33; 34 y 35

Por otra parte, en el artículo 12 se añadió como función exclusiva del Poder Ejecutivo la organización y operación de las instituciones destinadas a cumplir con las consecuencias jurídicas del delito y se le quitó la facultad de ejecutar, modificar y autorizar la ejecución de las penas; asimismo, en el diverso artículo 23, se otorgaron facultades al Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado para que sea éste quien determine la competencia territorial que habrán de tener los jueces de ejecución.

En cuanto a las atribuciones que fueron añadidas al ámbito competencial de los jueces con intervención en el proceso de ejecución de penas, se encuentra que única y exclusivamente esta autoridad será la encargada de hacer cumplir, sustituir, modificar o declarar extintas las penas o medidas de seguridad impuestas en sentencia definitiva. Otro de los temas que aborda la reforma a la Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito es precisamente la libertad preparatoria, misma que antes de la reforma podía ser solicitada solamente por el Director de Prevención y Readaptación Social, ahora los facultados para solicitarla ante el juez de ejecución son el sentenciado o su defensor, añadiéndose también la participación activa del Ministerio Público en los procedimientos de ejecución de las consecuencias jurídicas del delito con el objetivo

de que vigile la legalidad y preserve los intereses tanto de la víctima u ofendido como de la sociedad en general.

En el mismo orden de ideas, estas reformas también se ocuparon de ampliar el régimen de reinserción social (Capítulo III) de los sentenciados con enfoque en diferentes áreas, tales como la salud, el deporte, el fortalecimiento de las relaciones de familia y en general los vínculos sociales; así como el trato de personal especializado. También se añadió un el capítulo III bis que comprende la creación, atribuciones, funcionamiento y operación de los Consejos Técnicos Interdisciplinarios.

En cuanto a la remisión parcial de la sanción, se especificó que la autoridad judicial es quien otorgará este beneficio a petición del sentenciado ya sea a través de la Dirección de Prevención y Reinserción Social o bien de su defensor, también en el artículo 143 de la Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito se establece la obligación del juez de ejecución para que levante las constancias correspondientes al momento de realizar el decomiso de los objetos e instrumentos del delito, que previamente fueron ordenados en la sentencia.

Es preciso señalar que esta ley establece que el Juez de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito es quien deberá realizar todo lo conducente para que las sentencias sean cumplidas en todos sus términos y realizará los cómputos de las penas y medidas de seguridad.

## **JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES**



## JURISPRUDENCIA Y TESIS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

### **Materia constitucional**

PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES.

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799, con el rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.”, reconoció de que por virtud del texto vigente del artículo 10. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el ordenamiento jurídico mexicano, en su plano superior, debe entenderse integrado por dos fuentes medulares: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. También deriva de la aludida tesis, que los valores, principios y derechos que materializan las normas provenientes de esas dos fuentes, al ser supremas del ordenamiento jurídico mexicano, deben permear en todo el orden jurídico, y obligar a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Sin embargo, del prin-

cipio pro homine o pro persona no deriva necesariamente que las cuestiones planteadas por los gobernados deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera so pretexto de establecer la interpretación más amplia o extensiva que se aduzca, ya que en modo alguno ese principio puede ser constitutivo de “derechos” alegados o dar cabida a las interpretaciones más favorables que sean aducidas, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas, porque, al final, es conforme a las últimas que deben ser resueltas las controversias correspondientes.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004748; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 104/2013 (10a.); Página: 906.

**ACCESO A LA JUSTICIA. ES UN DERECHO LIMITADO, POR LO QUE PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO CUMPLIR CON LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA, ASÍ COMO DE OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO.**

Todos los Jueces mexicanos deben partir de los principios de constitucionalidad y convencionalidad y, por consiguiente, en un primer momento, realizar la interpretación conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, de acuerdo con el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluso de oficio. En función de ello, y conforme al principio pro personae (previsto en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica), que implica, inter alia, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, conforme a los artículos 17 constitucional; 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la citada convención, el derecho humano de acceso a la justicia no se encuentra mermado por la circunstancia de que las leyes ordinarias establezcan plazos para

ejercerlo, porque tales disposiciones refieren que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente; sin embargo, ese derecho es limitado, pues para que pueda ser ejercido es necesario cumplir con los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia para ese tipo de acciones, lo cual, además, brinda certeza jurídica. De igual forma, no debe entenderse en el sentido de que puede ejercerse en cualquier tiempo, porque ello se traduciría en que los tribunales estarían imposibilitados para concluir determinado asunto por estar a la espera de saber si el interesado estará conforme o no con la determinación que pretendiera impugnarse, con la consecuencia de que la parte contraria a sus intereses pudiera ver menoscabado el derecho que obtuvo con el dictado de la resolución que fuera favorable, por ello la ley fija plazos para ejercer este derecho a fin de dotar de firmeza jurídica a sus determinaciones y lograr que éstas puedan ser acatadas. De ahí que si el gobernado no cumple con uno de los requisitos formales de admisibilidad establecidos en la propia Ley de Amparo, y la demanda no se presenta dentro del plazo establecido, o los quejosos no impugnan oportunamente las determinaciones tomadas por la autoridad responsable, ello no se traduce en una violación a su derecho de acceso a la justicia, pues éste debe cumplir con el requisito de procedencia atinente a la temporalidad, por lo que resulta necesario que se haga dentro de los términos previstos para ello, ya que de no ser así, los actos de autoridad que se impugnen y respecto de los cuales no existió reclamo oportuno, se entienden consentidos con todos sus efectos jurídicos en aras de dotar de firmeza a dichas actuaciones y a fin de que los propios órganos de gobierno puedan desarrollarse plenamente en el ámbito de sus respectivas competencias, sin estar sujetos interminablemente a la promoción de juicios de amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2004823; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXVI, Noviem-

bre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Constitucional, Común; Tesis: XI.10.A.T. J/1 (10a.); Página: 699.

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL PREVÉ DOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DIFERENCIADOS.**

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. LXXV/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, Tomo 1, marzo de 2013, página 881, de rubro: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.”, estableció que el citado precepto constitucional contiene el derecho humano al debido proceso, integrado por un núcleo duro de formalidades esenciales del procedimiento, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva. Sin embargo, entendido como derecho esencialmente destinado a otorgar un derecho de defensa, es posible identificar en los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, dos ámbitos de aplicación diferenciados. Desde una primera perspectiva, dicho derecho se ocupa del ciudadano, que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción que, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe verificar que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de otorgar al sujeto pasivo de la relación procesal la posibilidad de una defensa efectiva, por lo cual se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; se le dé el derecho de alegar y ofrecer pruebas, y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. Sin embargo, el debido proceso también puede entenderse desde la perspectiva de quien insta la función jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho y no tanto defenderse del mismo, en cuyo caso se ubica en una posición, al interior de un juicio, de cuya suerte depende el ejercicio de un derecho, el cual en caso de no dirimirse adecuada-

mente podría tornar nugatorio su derecho. Así, bajo esta segunda perspectiva, se entiende que dicho derecho humano permite a los justiciables acceder a los órganos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal, esto es, exige un procedimiento que otorgue a las partes igual oportunidad de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004466; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. CCLXXVI/2013 (10a.); Página: 986.

## **Materia civil-mercantil**

REPOSICIÓN. PROCEDE ESTE RECURSO CONTRA RESOLUCIONES DE TRÁMITE DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN JUICIOS CIVILES Y MERCANTILES, CON INDEPENDENCIA DE QUE LA RESOLUCIÓN COMBATIDA EN ESA VÍA HAYA SIDO EMITIDA DE MANERA UNITARIA O COLEGIADA (LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

De la interpretación gramatical de los artículos 686 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 1,334 del Código de Comercio, se desprende que el recurso de reposición procede contra todos los autos y contra todos los decretos que se dictan por los tribunales en el trámite de la segunda instancia, sin importar si son dictados de forma unitaria o colegiada, pues limitar la procedencia del recurso de reposición sólo a las resoluciones que emita uno de los magistrados integrantes de la Sala, resulta contrario a la obligación derivada de los artículos 14 y 17 constitucionales pues, en ese supuesto, el juzgador estaría restringiendo, sin sustento legal alguno, una procedencia genérica establecida por el legislador. Sin que el numeral 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de

Justicia del Distrito Federal tenga el alcance de cambiar la naturaleza jurídica del citado recurso horizontal.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004580; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 76/2013 (10a.); Página: 918.

**CAUSAHABIENCIA. NO EXISTE ENTRE QUIEN ADQUIERE UN DERECHO DE PROPIEDAD DEL TITULAR REGISTRAL Y LOS TITULARES REGISTRAL ANTERIORES AL VENDEDOR, SI SE TRATA DE COMPRAVENTAS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE EL ADQUIRENTE SEA EN AUTOMÁTICO TERCERO DE BUENA FE REGISTRAL.**

La “causahabienencia” es la sustitución de la persona de quien directamente emana el negocio jurídico, por otra que queda ligada por los efectos de dicho negocio como si personalmente hubiese intervenido en la formación de la relación jurídica que le dio origen. Por virtud de la causahabienencia, el concepto de “parte” de un negocio jurídico se extiende a la persona que sustituye al causante, de manera que no se le puede tener como tercero, a pesar de no haber intervenido para nada en la celebración del mismo. En esa tesitura, el causahabiente se integra a la relación jurídica original, por virtud de la cual, una de las partes puede exigir a la otra el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Sin embargo, una vez agotadas las obligaciones asumidas por las partes, el contrato se termina, debido a que se cumplió con su objeto. De manera que la causahabienencia sólo puede tener lugar mientras continúa vigente la relación jurídica en la cual el causahabiente se sustituye, puesto que no es posible que un tercero se integre como parte a un acto jurídico que ha cesado. Ahora bien, el contrato de compraventa es por regla general “de ejecución instantánea”, porque las prestaciones de las partes se ejecutan en un solo momento. Salvo cuando se celebre con reserva de dominio, o se pacte el pago del precio a plazos, por regla general, las obligaciones derivadas del contra-

to de compraventa se agotan en el momento en que la misma se celebra. De manera que en la compraventa de ejecución instantánea no hay un acto jurídico en el cual un tercero pueda sustituirse en calidad de causahabiente. Sostener lo contrario, implicaría que toda persona que adquiriera la propiedad de un bien resulta ser causahabiente del primer titular. El causahabiente a título particular se coloca en la situación jurídica que tenía su causante en relación con un acto jurídico concreto, en el cual lo sustituye, de manera que se integra a una relación jurídica determinada, para asumir las obligaciones derivadas de esa relación jurídica exclusivamente; mas no puede atribuírsele la obligación de cumplir con las obligaciones que hayan asumido terceros con quienes no tiene vínculo jurídico alguno. No obstante, el hecho de que no exista la causahabencia aducida, y por lo tanto, no se pueda ejercitar una acción personal, no quiere decir que el tercero adquirente resulte ser, en automático, un tercero de buena fe registral, puesto que sólo puede tener dicho carácter quien: (a) haya adquirido un derecho real sobre el inmueble de que se trate de quien aparece como titular registral, por virtud de un acto jurídico que se presuma válido al momento de la adquisición o de una resolución judicial; (b) haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad a su favor el derecho real adquirido; (c) haya adquirido a título oneroso, entendiendo por tal, que debe existir una proporción razonable entre el valor de la cosa y el precio o contraprestación pagado por ella; y, (d) siempre y cuando no haya pruebas suficientes de su conocimiento respecto de los vicios del título de su vendedor, en su caso, o éstos no se desprendan claramente del propio Registro Público de la Propiedad. Cuestiones que el juzgador debe valorar en cada caso concreto para determinar si el tercero es de buena fe registral o no, pues la ausencia de buena fe del tercero adquirente no se debe a que sea causahabiente de los titulares anteriores a su vendedor, sino a que no puede aducir desconocimiento de los vicios de su título.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004657; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro

XXV, Octubre de 2013, Tomo 2; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 82/2013 (10a.); Página: 951.

**APELACIÓN EN EL JUICIO MERCANTIL. PARA LA PROCEDENCIA DE DICHO RECURSO POR RAZÓN DE LA CUANTÍA DEBE ATENDERSE, POR REGLA GENERAL, A LA NORMA VIGENTE AL MOMENTO DE APELAR, SALVO QUE EXISTAN DERECHOS ADQUIRIDOS O DISPOSICIONES TRANSITORIAS QUE PREVEAN UNA VIGENCIA ESPECÍFICA DEL SUPUESTO NORMATIVO.**

La norma aplicable para determinar la procedencia del recurso de apelación en razón de la cuantía del juicio, prevista en los artículos 1339 y 1340 del Código de Comercio, debe ser la vigente al momento de actualizarse el supuesto respectivo, al ser de carácter procesal, es decir, cuando llegue el momento de apelar la sentencia, como regla general. Lo anterior, porque de acuerdo con las teorías de los derechos adquiridos y de los componentes de la norma, en las cuales se ha apoyado esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar la vigencia de las leyes en el tiempo, las facultades y cargas procesales de las partes se concretan en la etapa para la cual están previstas, de suerte que mientras no se actualice el supuesto normativo, el derecho no se ha adquirido sino sólo constituye una expectativa de derecho, y si la norma cambia antes de llegar a la etapa correspondiente, una vez actualizada ésta debe regir la nueva norma. Y lo mismo puede sostenerse bajo la teoría de los componentes de la norma, porque hasta que el procedimiento llega a cierta etapa tiene lugar el supuesto y, por tanto, también su consecuencia. Sin embargo, sobre dicha norma general se advierten dos excepciones que derivan: 1) de las normas transitorias de los decretos de reformas a tales preceptos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril y el 30 de diciembre de 2008, respectivamente, donde el legislador dispuso expresamente que las nuevas reglas no serían aplicables a juicios cuya demanda se hubiera admitido con anterioridad a la entrada en vigor del primer decreto (90 días después de su publicación);

y, 2) del derecho adquirido por las partes que, antes de la reforma publicada en el mismo medio de difusión oficial el 9 de enero de 2012, hubieran interpuesto y se les hubiera admitido recurso de apelación preventiva, pues con esto se generó en su favor el derecho de apelar contra la sentencia definitiva, del cual no puede privárseles con la nueva regla que incrementa el importe mínimo del negocio para admitir el recurso respectivo, porque entonces ésta sería retroactiva en perjuicio de los interesados. Lo anterior, en el entendido de que el juzgador no debe desconocer la facultad de las partes de renunciar a los recursos a que tienen derecho, en términos del artículo 1053, fracción IV, en relación con los diversos 1051 y 1052 del Código de Comercio.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004849; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 95/2013 (10a.); Página: 180.

#### EFICACIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA NO INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO DE FECHA CIERTA POSTERIOR AL REGISTRO HIPOTECARIO PARA LA CONCESIÓN DEL AMPARO.

El contrato de compraventa de fecha cierta posterior al registro de la hipoteca y que carezca de inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, no resulta apto para conceder la protección federal al quejoso que pretende ser llamado al juicio hipotecario. Pues al ser de fecha cierta posterior al registro de la hipoteca y ante la falta de inscripción de la traslación de dominio, ocasiona que el derecho subjetivo que ostenta el quejoso no pueda ser oponible al actor hipotecario, y en consecuencia lo procedente es la negativa del amparo. Lo anterior, de ningún modo implica limitar el derecho de tutela judicial conforme está reconocido en el artículo 17 constitucional a favor del quejoso, en virtud de que éste ostenta un derecho subjetivo de propiedad con el contrato de compraventa de fecha cierta, en el sentido de que la tutela judicial

no se limita, en estos casos, al llamamiento al juicio hipotecario en cuestión, pues invariablemente quedan a salvo los derechos del quejoso de accionar en la vía jurisdiccional adecuada en contra de quien considere pertinente a fin de realizar la defensa a su derecho de propiedad.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004905; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Común, Civil; Tesis: 1a./J. 69/2013 (10a.); Página: 287.

**PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A EJECUTAR UN CONVENIO JUDICIAL CELEBRADO EN UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. LA SOLICITUD DE REINSCRIPCIÓN DE UN EMBARGO ES APTA PARA INTERRUMPIR EL TÉRMINO PARA QUE OPERE.**

De los artículos 1041, 1079, fracción IV y 1398 del Código de Comercio, se advierte que los convenios judiciales derivados de juicios ejecutivos mercantiles que adquieren la categoría de cosa juzgada, están sujetos a la figura de la prescripción cuando transcurra un plazo de tres años, que comienza a partir de que sea exigible la obligación en términos del convenio judicial. Ahora bien, el referido artículo 1041 prevé los actos susceptibles de interrumpir la prescripción, a saber: a) la demanda; b) cualquier otro género de interpelación judicial hecha al deudor; c) el reconocimiento de las obligaciones; y, d) la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, los cuales no deben interpretarse limitativamente, pues el segundo supuesto, al emplear la expresión “cualquier otro género de interpelación judicial”, debe entenderse como el requerimiento de cualquier índole que hace el acreedor al deudor para cumplir su obligación. De lo anterior se colige que dicho artículo no restringe ni prohíbe que se aplique a otros casos, ya que se hace extensiva a todos aquellos en los que se advierta la voluntad del acreedor de mantener vigente su derecho; como lo constituye la solicitud de reinscripción de un embargo, cuya intención

es mantener vigente la exigibilidad de los derechos derivados del convenio judicial. Por tanto, dicha solicitud es apta para interrumpir el término para que opere la prescripción negativa del derecho a ejecutar un convenio judicial.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004961; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 57/2013 (10a.); Página: 405.

#### ACCIÓN CAUSAL. EL ENDOSATARIO EN PROPIEDAD DE UN TÍTULO DE CRÉDITO NO PUEDE EJERCERLA CONTRA EL SUSCRIPTOR ORIGINAL.

Del artículo 168 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se advierte que la acción causal es independiente de la acción cambiaria, al subsistir si ésta se pierde, siempre que derive del negocio que originó el título de crédito o su transmisión y que no hubiera novación. Lo anterior, porque la emisión o transmisión de los títulos de crédito proviene de un negocio jurídico subyacente, lo que implica que por cada endoso se generan diversas relaciones jurídicas entre endosatarios y endosantes. Por tanto, para que el suscriptor de un título de crédito pueda ser demandado mediante una acción causal, es requisito que haya sido parte en el negocio jurídico del cual deriva dicha acción, con base en el principio *res inter alios acta* (relatividad de los contratos). En consecuencia, el endosatario en propiedad de un título de crédito no puede ejercer acción causal contra el suscriptor original, toda vez que éste carece de legitimación pasiva para ser demandado por el último tenedor, ya que no comparten una relación jurídica causal entre ellos, lo cual además contrasta con las acciones cambiarias, que emanan de los títulos de crédito que pueden exigirse contra el deudor original en la vía directa o contra los demás signatarios en vía de regreso.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005033; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciem-

bre de 2013, Tomo I; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 96/2013 (10a.);  
Página: 291.

**APELACIÓN PREVENTIVA EN MATERIA MERCANTIL. EL  
APELANTE PUEDE EXPRESAR LOS AGRAVIOS EN CONTRA  
DE LAS DETERMINACIONES PROCESALES EN EL MISMO ES-  
CRITO DE APELACIÓN PRINCIPAL.**

El artículo 1339 del Código de Comercio prevé que tratándose del recurso de apelación de tramitación conjunta con la apelación de la sentencia definitiva, los agravios que el apelante haga valer se expresarán en la forma y términos previstos en el artículo 1344 del mismo ordenamiento. Por su parte, este último numeral estatuye que el apelante, ya sea vencedor o vencido, deberá hacer valer, también en escrito por separado, los agravios que considere le causaron las determinaciones que combatió en las apelaciones admitidas en efecto devolutivo de tramitación preventiva. Así, es posible que la parte que resultó vencida en el juicio mercantil interponga recurso de apelación contra la sentencia definitiva y, conforme a los referidos artículos 1339 y 1344, haga valer -en el mismo escrito de apelación- los agravios contra las determinaciones procesales dictadas por el juez de origen durante la tramitación del juicio principal. Ahora bien, de la concatenación de ambas disposiciones se concluye que la circunstancia de que el apelante pueda expresar agravios contra las determinaciones procesales ocurridas durante el procedimiento mercantil en el mismo escrito en que se contienen los agravios contra la sentencia definitiva, no constituye impedimento para que el tribunal de alzada efectúe su análisis, siempre que el apelante agrupe los agravios enderezados contra autos, interlocutorias o resoluciones del procedimiento, de manera que el tribunal competente pueda identificarlos destacadamente y realizar su estudio de manera preferente.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005036; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1,

Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 73/2013 (10a.); Página: 348.

COSTAS EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL. ES IMPROCEDENTE LA CONDENA RELATIVA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CUANDO EXISTA UNA RESOLUCIÓN QUE DETERMINA LA FALTA DE PERSONALIDAD DE QUIEN REPRESENTA A LA ACTORA.

Si bien es cierto que, en principio, en los juicios ejecutivos mercantiles en los que se resuelve de forma definitiva la falta de personalidad de quien representa a la parte actora, puede considerarse que ésta “no obtuvo sentencia favorable” debido a que tal resolución impide en definitiva la continuación del proceso y extingue la instancia, también lo es que tal circunstancia no hace procedente la condena en costas en términos del referido artículo 1084, fracción III del Código de Comercio, que prevé que siempre será condenado en costas el que intente el juicio ejecutivo mercantil “si no obtiene sentencia favorable”, toda vez que no se actualiza la hipótesis normativa para su procedencia, porque en tal caso no logró consolidarse en el proceso una parte actora individualmente considerada, dado que quien compareció al juicio, por un lado, no tuvo facultades suficientes para representar a quien aparecía como actora y, por otro, tampoco actuaba a título personal, sino que pretendía obrar en nombre y por cuenta de la representada, por lo que al no poder identificarse jurídicamente que exista una parte actora, tampoco existe una persona jurídica cierta a la que le sea jurídicamente reprochable la iniciación infructuosa del juicio, lo que excluye la posibilidad de que en tal caso exista una persona cierta que hubiere intentado el juicio ejecutivo sin obtener sentencia favorable. PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005037; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Civil; Tesis: 1a./J. 81/2013 (10a.); Página: 348.

REVOCACIÓN. PROCEDE ESE RECURSO CONTRA AUTOS Y DECRETOS DICTADOS EN UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL, CUANDO SU MONTO SEA INFERIOR AL QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 1339 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE EL ASUNTO SEA APELABLE (LEGISLACIÓN POSTERIOR AL DECRETO DE 9 DE ENERO DE 2012).

De la interpretación conjunta de los artículos 1334 y 1340 del Código de Comercio, este último reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2012, se advierte que los autos y decretos recaídos en un juicio ejecutivo mercantil, cuyo monto sea inferior al previsto en el artículo 1339, reformado por el mismo decreto, pueden impugnarse a través del recurso de revocación, al ser irrecurribles mediante el recurso de apelación. Lo anterior, ya que la intención del legislador al usar la expresión “son irrecurribles”, en el párrafo primero del citado artículo 1339, fue definir que no son impugnables específicamente mediante el recurso de apelación aquellas resoluciones, como se advierte de la parte conducente del proceso legislativo de la citada reforma, así como de su párrafo cuarto, el cual establece que las sentencias recurribles conforme al primer párrafo del propio artículo, atendiendo a la cuantía, serán apelables, aunado a que el contenido normativo integral forma parte del libro quinto “De los Juicios Mercantiles”, título primero “Disposiciones Generales”, capítulo XXV, denominado “De la Apelación”, del propio Código de Comercio, que se ocupa de regular la apelación mercantil. Por tanto, constituye regla general que los autos y decretos dictados en un juicio ejecutivo mercantil, cuando su monto sea inferior al señalado, son impugnables mediante el recurso de revocación. Además, debe tenerse presente que el juicio ejecutivo mercantil es de tramitación especial en el Código de Comercio, por lo que acorde con el contenido conducente del artículo 1390 bis 1, no es susceptible de tramitarse en la vía oral mercantil (cuyas resoluciones no admiten recurso ordinario alguno).

PRIMERASALADELASCJN. Décima Época; Registro: 2005047; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gace-

tadelSemenarioJudicialde laFederación;Libro1,Diciembrede2013, TomoI;Materia(s):Civil;Tesis:1a./J.70/2013(10a.);Página:401.

TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO EN MATERIA MERCANTIL. LAS PRESTACIONES RECLAMADAS EN DICHO JUICIO SON DE CUANTÍA INDETERMINADA, POR LO QUE PREVIAMENTE A IMPUGNAR EN AMPARO DIRECTO LA RESOLUCIÓN QUE LE PONE FIN A AQUÉLLA, DEBE AGOTARSE EL RECURSO DE APELACIÓN.

De la reforma al Código de Comercio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2012, se advierte que la cuantía de un juicio mercantil se fija tomando como base únicamente la prestación principal reclamada en la demanda; de ahí que, para ese efecto, no es válido acudir a algún factor ajeno a aquélla. Ahora, si bien es cierto que la tercería excluyente de dominio en materia mercantil, se vincula al juicio al que se encuentra afecto el bien o los bienes que el tercerista pretende excluir, también lo es que no autoriza a tomar en cuenta la cuantía de ese juicio para determinar la de la tercería pues ésta, formal y materialmente, constituye un juicio autónomo, en donde la materia de la controversia es distinta a la del juicio con el cual se vincula; tan es así, que la tercería se ventila por cuerda separada, porque a través de ella se ejercita una acción nueva y diversa a la que se discute en el juicio preexistente. Consecuentemente, si en la tercería excluyente de dominio el tercerista sólo busca que se le reconozca la propiedad o dominio de uno, varios o todos los bienes en el juicio respecto del cual se promueve, se concluye que dicha tercería es un juicio de cuantía indeterminada, en tanto que el tercerista no persigue como prestación principal el pago de una cantidad líquida determinada o susceptible de determinarse a través de una simple operación aritmética, sino únicamente que se le respete su derecho de propiedad o de dominio en relación con el bien o los bienes que pretende excluir de la afectación generada con el juicio preexistente en que hace valer la tercería, de ahí que si por la propia naturaleza del fin que se persigue a través de la tercería, ésta debe considerarse

de cuantía indeterminada, entonces para la procedencia del juicio de amparo directo, tratándose de tercerías excluyentes de dominio derivadas de juicios mercantiles, es necesario agotar el recurso de apelación pues, por un lado, el artículo 1339 Bis del Código de Comercio, establece que los asuntos de cuantía indeterminada siempre serán apelables y, por otro, es necesario agotar los recursos ordinarios antes de promover el juicio de amparo, al ser una regla institucional del sistema procesal que implica que las autoridades judiciales locales deben solucionar las controversias que se sujetan a su jurisdicción, antes de que dichas disputas sean sometidas al conocimiento de las autoridades que ejercen la jurisdicción constitucional; de ahí que al justiciable le sea obligatorio agotar los recursos ordinarios antes de acceder a la justicia de amparo, pues así lo exige el principio de definitividad contenido en el artículo 107, fracción III, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, cuyo contenido en el tema que interesa esencialmente se reitera en el artículo 170 de la Ley de Amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005051; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Común; Tesis: 1a./J. 94/2013 (10a.); Página: 498.

## **Materia familiar**

PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL. NO CESA EN SUS EFECTOS CON EL MERO DICTADO DE LA SENTENCIA QUE LOS FIJA EN DEFINITIVA, PUES DEBEN APRECIARSE TANTO LOS YA PRODUCIDOS COMO LOS QUE PUEDE SEGUIR GENERANDO.

La causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVI de la Ley de Amparo (en vigor hasta el 2 de abril de 2013), debe

implicar la desaparición total de la violación de los derechos transgredidos con el acto reclamado; en consecuencia, para su actualización, es preciso que los efectos de la violación reclamada desaparezcan en su totalidad, de modo que ya no sea posible cumplir con el objetivo buscado en el amparo. En esa virtud, el dictado de la sentencia que fija la pensión definitiva, no es suficiente para considerar que cesaron los efectos de la provisional, pues si se tiene en cuenta que los alimentos son de tracto sucesivo e indispensables para la subsistencia, los efectos de la pensión provisional deben analizarse en dos sentidos, pues por un lado deben tenerse en cuenta los que se produjeron desde el momento en que se emitió, hasta el dictado de la sentencia que fija la definitiva; y por otro, aquellos que a pesar de ese dictado se pueden seguir generando. Así, viendo hacia el pasado, es dable afirmar que la pensión alimenticia definitiva no extingue los efectos que la provisional ya ha producido, pues al ser autónoma e independiente de ésta, no elimina las violaciones a los derechos humanos que a través de la provisional se hayan cometido y reclamado en el amparo, por tanto, no puede considerarse que la finalidad perseguida en el juicio constitucional carezca de objeto. En efecto, si se tiene en cuenta que la parte acreedora generalmente pretenderá combatir esa determinación en el amparo, argumentando que la pensión es deficiente, y que por su parte, el deudor puede alegar que es excesiva o que no debió concederse por no estar demostrado el vínculo en que la actora sustentó su pretensión, es claro que ante esa posibilidad de reclamos, no puede considerarse que la determinación que fija la pensión definitiva prive de sentido el análisis constitucional de la provisional, pues la pensión definitiva en modo alguno erradica las violaciones cometidas a través de la decisión que fija los alimentos de manera provisional, lo cual sí puede ocurrir con la concesión del amparo, de manera que en caso de actualizarse una causa de improcedencia ésta no es la relativa a la cesación de efectos. Por otro lado, viendo hacia el futuro, debe decirse que si bien esta Primera Sala ha señalado que la pensión provisional cesa con el mero dictado de la sentencia que fija la definitiva, pues la provisional subsiste hasta el momento en que se dicta la sentencia que resuelve la

controversia planteada, esta afirmación debe entenderse desde un punto de vista meramente formal, mas no material, pues aunque formalmente el dictado de la sentencia que fija en definitiva los alimentos, sustituye a la resolución que los establece de manera provisional, ello no siempre es así desde el punto de vista material, pues como los alimentos son de tracto sucesivo, los efectos materiales de la pensión provisional sólo pueden dejar de producirse cuando la pensión definitiva ya es susceptible de ejecución.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005045; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Común; Tesis: 1a./J. 92/2013 (10a.); Página: 399.

## **Materia Penal**

**CONEXIDAD DE DELITOS. LA COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XXI, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONSTITUYE UNA FIGURA DE ORDEN PÚBLICO, DE ERICTO CUMPLIMIENTO Y DE ESTUDIO OFICIOSO EN EL JUICIO DE AMPARO.**

La figura de la competencia debe entenderse como un requisito de corte constitucional y procesal que condiciona el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y normal culminación, consistente en el dictado de una sentencia. De ahí que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos subordine la eficacia de la actuación de las autoridades jurisdiccionales a las facultades competenciales que la ley les confiere; esto es, sólo pueden hacer lo que ésta les permite. De esta forma, si el artículo 73, fracción XXI, párrafo segundo, constitucional faculta a las autoridades jurisdiccionales federales para conocer y sancionar delitos pertenecientes al fuero común, siempre que tengan conexidad con uno del fuero federal, resulta lógico y jurídico que la referida competencia

constitucional por conexidad sea una figura de orden público y de estricto cumplimiento, ya que los titulares de los distintos órganos jurisdiccionales no pueden atribuirse o renunciar a voluntad a ésta, así como tampoco modificarla ni alterar las reglas que rigen su ejercicio. Además, es susceptible de analizarse oficiosamente en el juicio de amparo con independencia de que la hagan valer las partes, ya que la validez del proceso penal depende del correcto ejercicio de dicha facultad constitucional; por tanto, no se requiere la expresión de concepto de violación o agravio alguno para analizar el debido ejercicio de esa facultad competencial constitucional. Precisamente, el orden público que le es inherente, permite que en el juicio de amparo se verifique que la autoridad judicial federal que conozca de delitos conexos del fuero federal y común, observe las normas de previsión y sanción contenidas en el código penal estatal respectivo en lo relativo al delito de fuero común y del Código Penal Federal en lo que corresponde al delito del fuero federal, al tratarse de una condición de validez de la sentencia.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Época: Décima Época; Registro: 2004426; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Común, Penal; Tesis: 1a./J. 87/2013 (10a.); Página: 708.

#### SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO, CUANDO SE TRATE DE PERSONA FÍSICA.

Del análisis sistemático y analítico de los artículos 10., 20, apartado B, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, 103 y 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (artículos 1, numeral 2, 8, numeral 1, 10, 21, 25 y 44); y de la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI) se colige que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección, en virtud de que su tutela es innegable. Ahora bien, el vocablo “persona” a que aluden dichos instrumentos jurídicos se refiere a todo ser humano, lo cual debe interpretarse bajo el principio *pro personae*, exclusivamente, en relación con las personas físicas, no así a las morales o jurídicas, las cuales sólo pueden ser titulares de aquellos derechos que por su esencia o naturaleza les sean aplicables, mas no de los que definitivamente les son inherentes a las personas físicas (derechos fundamentales), por ejemplo, los relativos a la vida, libertad, educación, salud, alimentación e integridad física. Incluso, sobre ello se delimita la procedencia del juicio de amparo en materia penal por actos de autoridad que violen esos derechos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección, los cuales, por su naturaleza, tienen pretensión de universalidad y corresponden a la persona física en su condición de tal, cuyo objetivo y justificación es su dignidad. De ahí que la suplencia de la queja deficiente opere en favor de la víctima u ofendido del delito cuando se trate de persona física, pues así se garantizan los derechos de igualdad y equilibrio de acceso a la justicia a quienes bajo sus propias circunstancias, se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Décima Época; Registro: 2004806; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3; Materia(s): Común; Tesis: I.90.P. J/10 (10a.); Página: 1719.

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGUARDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B Y 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO, LA PREVEA SÓLO EN BENEFICIO DEL REO.

La posibilidad de suplir la queja deficiente en favor de la víctima u ofendido por el delito representa un cambio trascendental a la cultura jurídica preservada en nuestro país desde que se instauró este principio en el juicio de amparo; sin embargo, la práctica jurisdiccional demuestra que en varios asuntos se violan derechos fundamentales en perjuicio de esos sujetos, por lo que es necesario que acudan al amparo solicitando la justicia que no han podido encontrar en las instancias naturales del procedimiento penal. Ahora bien, la labor jurisdiccional cotidiana y las diversas reformas constitucionales y legales enseñan que el derecho es un instrumento evolutivo que no puede permanecer estático ante los cambios de la sociedad, de manera que el significado de justicia, en su acepción elemental de dar a cada quien lo que le pertenece, debe ser moldeado de tal forma que permita aplicar el derecho, no en sentido estricto, sino con un enfoque integral e incluyente acorde con los tiempos que se viven, razón por la cual esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, ha evolucionado significativamente respecto a la visión protectora del ofendido; muestra de ello son los diversos y variados criterios relevantes con marcada mejora en el rubro de acceso pleno a la justicia, esto es, la jurisprudencia se erige como el medio conductor que actualiza las disposiciones de la ley reglamentaria y evita que el derecho positivo caiga en desuso. Así, el modelo de juicio de amparo legalista y rígido, que impone el principio de estricto derecho, ha perdido vigencia para el afectado, en virtud de que actualmente el artículo 20, apartados A y B, de la Constitución Federal, coloca en un mismo plano los derechos del acusado y los de la víctima u ofendido; además, porque el segundo párrafo del numeral 10. constitucional exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la propia Carta Magna y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro persona. Bajo esa línea argumentativa, se concluye que el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que autoriza la suplencia de la

queja deficiente sólo en favor del reo, no corresponde a la realidad constitucional y social de nuestra Nación, pues quedó rebasado por la transformación de los derechos humanos; por lo que debe afirmarse que el espíritu del poder reformador que dio vida a dicho precepto y fracción, ha perdido su asidero constitucional y, por ende, esta Primera Sala determina que tal institución se extiende en pro de la víctima u ofendido por el delito, lo que representa un paso más hacia el fin primordial para el que fue instituido el juicio de control constitucional, esto es, la búsqueda de la justicia.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2004998; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 1; Materia(s): Constitucional, Común; Tesis: 1a./J. 29/2013 (10a.); Página: 508.

**PERSONA INDÍGENA. PARA QUE SEA EFICAZ LA “AUTOADSCRIPCIÓN” DE UN SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA, DEBE REALIZARSE DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O LA PREINSTRUCCIÓN DE LA CAUSA.**

Los conceptos de “persona indígena” o “pueblo indígena” empleados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si bien tienen un significado de sustrato esencialmente antropológico y sociológico, lo cierto es que también poseen uno jurídico tendente a identificar a los destinatarios de las prerrogativas que la Ley Fundamental establece en favor de dicho sector. Por ende, este alto tribunal determina que la “autoconciencia” o la “autoadcripción” realizada por el propio sujeto, debe ser el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena. De esta forma, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca a sí mismo como tal, lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. Circunstancia que no deviene ilegal ni arbitraria, mucho menos ambigua o imprecisa, al ser congruente con el artículo 20., párrafo tercero, constitucional, el cual establece: “La conciencia de su identidad indígena deberá

ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.”; además es acorde con los criterios utilizados en el ámbito internacional, como es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, a fin de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica contra la víctima u ofendido, para que sea eficaz la autoadscripción de un sujeto a una comunidad indígena, ésta debe realizarse en las primeras etapas del proceso penal, esto es, ya sea ante el Ministerio Público en el procedimiento de averiguación previa, o bien, durante la fase de preinstrucción de la causa (referido a aquellos sistemas procesales en donde aún no se haya establecido la vigencia del modelo acusatorio). De ahí que, en caso de que dicha calidad específica de indígena hubiese sido manifestada durante las fases procesales de instrucción, primera o segunda instancias, e incluso ante el tribunal colegiado de circuito que conozca del eventual amparo directo interpuesto contra el fallo definitivo, dicha manifestación no tendrá la fuerza suficiente para ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005027; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Constitucional, Penal; Tesis: 1a./J. 58/2013 (10a.); Página: 278

**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO QUE LLEVEN A CONSIDERARLO COMO REINCENTENTE, DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA FIJAR LA PUNIBILIDAD.**

Los antecedentes penales son aquellos registros que efectúa la autoridad administrativa con el propósito de llevar un control de los procesos que se instruyen contra las personas, o bien, de las condenas recaídas a los sentenciados; la reincidencia, en cambio, es una figura del derecho sustantivo penal, regulada en los artículos 20 y 65 del Código Penal Federal, que permite agravar la sanción

a imponer al sentenciado. Como se advierte, son dos conceptos diferentes pero relacionados entre sí, dado que los antecedentes penales caracterizan a la reincidencia, sin que ello signifique que sus efectos deban equipararse. Lo anterior, porque el concepto de antecedentes penales se incluye en el más amplio aspecto de “la vida del reo”, esto es, su pasado penal, lo que puede hacer, o lo que podría esperarse de él, y ello, como ya lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1a./J. 110/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, página 643, de rubro: “CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO.”, no puede servir como parámetro para fijar el grado de culpabilidad del sujeto activo; en esa tesitura, si bien es cierto que la reincidencia deriva del antecedente penal en sentido genérico, también lo es que los efectos de la agravación de la pena se apoyan en razones de otra índole, es decir, de política criminal, determinadas por el deber que el Estado tiene al ejecutar su función de tutela jurídica, de procurar el orden que queda perturbado por la actividad delictiva del reincidente; así, la reincidencia implica que el juzgador tome en cuenta, al individualizar la pena, que al sentenciado se le condenó con anterioridad por la comisión de un delito, pero no como un antecedente penal que revele una característica propia del sujeto activo a modo de constituir un factor para determinar su grado de culpabilidad, pues tal revelación de la personalidad únicamente puede considerarse en relación con el hecho cometido, sino más bien, como la figura que le permite agravar la punibilidad, en términos de la ley, por el nuevo delito perpetrado, a pesar de existir una sentencia de condena intermedia y de que fue prevenido con imponérsele una sanción mayor en caso de reincidir, pues conoce con exactitud la antijuridicidad de su propio hacer y, por tanto, es mayor la reprobación que el hecho merece en relación con la conducta desplegada.

PRIMERA SALA DE LA SCJN. Décima Época; Registro: 2005042; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Li-

bro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Materia(s): Penal; Tesis: 1a./J.  
80/2013 (10a.); Página: 353.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Derecho a la vida**

*Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs.  
Guatemala  
Sentencia de 19 de noviembre 1999(fondo)*

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

145. Como bien ha establecido el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas,

[1]a protección contra la privación arbitraria de la vida, que es explícitamente exigida por el tercer párrafo del artículo 6.1 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es de suprema importancia. El Comité considera que los Estados Partes deben tomar medidas no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida [causada por] actos criminales sino también para prevenir los homicidios arbitrarios [cometidos por] sus propias fuerzas de seguridad. La privación de la vida

por autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. En consecuencia, [el Estado] debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en las cuales [una persona] puede ser privada de su vida por tales autoridades.

146. La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción (infra, párr. 191).

*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*  
*Sentencia de 21 de junio de 2002 (fondo, reparaciones y costas)*

105. La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, “se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte”.

106. Una de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, ésta se utiliza para castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad, como ocurre en Trinidad y Tobago en virtud de lo dispuesto por la Ley de Delitos contra la Persona, es decir, cuando la aplicación de esa pena no se ciñe a las previsiones del artículo 4.2 de la Convención Americana.

*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*  
*Sentencia de 8 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas)*

124. El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.

128. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existe un patrón de violaciones a los derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales impulsadas o toleradas por el Estado, contrarias al *juscogens*, se genera un clima incompatible con una efectiva protección del derecho a la vida. Este Tribunal ha establecido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

129. El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección integral del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados

deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.

130. La Corte ya ha señalado que

[e]n casos de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así, se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida.

131. En este sentido, la salvaguarda del derecho a la vida requiere que se realice una investigación oficial efectiva cuando hay personas que pierden la vida como resultado del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que

[l]a prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo [...] sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2 respecto a la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la obligación general [...] del Estado [...] de ‘asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en [la] Convención’, requiere la realización de [...] una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza.

*Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay  
Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*

160. En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión.

161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra “desarrollo” de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social<sup>165</sup>. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen que:

13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

*Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*  
*Sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas)*

161. Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

*Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*  
*Sentencia de 31 de enero de 2006*

119. Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten un carácter angular en la Convención. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como unos de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.

120. Este Tribunal ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Los Esta-

dos tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. El cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva). Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones.

142. La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.

143. En particular, por constituir el goce pleno del derecho a la vida la condición previa para la realización de los demás derechos, una de esas condiciones para garantizar efectivamente este derecho está constituida por el deber de investigar las afectaciones al mismo. De tal manera, en casos de ejecuciones extrajudi-

ciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

145. La realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como lo son en el presente caso los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

146. La Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar efectivamente, en su caso, a los responsables, el Estado viola sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención a la presunta víctima y sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido<sup>220</sup> y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.

147. En tal sentido, en el marco de la obligación de proteger el derecho a la vida bajo el artículo 2 del Convenio Europeo de Dere-

chos Humanos y Libertades Fundamentales, leída en conjunto con el artículo 1 del mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la teoría de la “obligación procesal” de efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquél derecho. En el caso *Ergi vs. Turquía*, el referido tribunal europeo decidió que, aunque no existían pruebas fehacientes de que las fuerzas de seguridad habían causado la muerte de la víctima, el Estado había faltado a su deber de protección del derecho a la vida de la víctima, tomando en cuenta la conducta de las fuerzas de seguridad y la falta de una investigación adecuada y efectiva, por lo que había incurrido en violación del artículo 2 del Convenio Europeo. A una conclusión similar llegó la Corte Europea en los casos *Akkoç y Kiliç*, ambos contra Turquía, luego de determinar el limitado alcance y corta duración de las investigaciones oficiales llevadas a cabo en relación con la muerte del esposo de la peticionaria.

*Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*  
*Sentencia de 4 de julio de 2006*

125. En virtud de este papel fundamental que se asigna al derecho a la vida en la Convención, la Corte ha afirmado en su jurisprudencia constante que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.

*Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*  
*Sentencia de 3 de abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas)*

74. La observancia del artículo 4.1 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

75. Este deber de “garantizar” los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como el presente, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.

*Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*  
*Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*

47. Al interpretar el tema de la pena de muerte en general, la Corte ha observado que el artículo 4.2 de la Convención permite la privación del derecho a la vida por medio de la imposición de la pena de muerte en aquellos Estados en los que no ha sido abolida. Esto es, que la pena de muerte no es per se incompatible o prohibida por la Convención Americana. Sin embargo, la Convención ha establecido una serie de limitaciones estrictas a la imposición de la pena de muerte. Primero, la imposición de la pena de muerte debe limitarse a los delitos comunes más graves no relacionados con los delitos políticos. Segundo, la pena debe ser individualizada según las características del delito, la participación del acusado y su grado de culpabilidad. Por último, la imposición de esta sanción

está sujeta a ciertas garantías procesales y el cumplimiento de las mismas debe ser estrictamente observado y revisado.

48. En particular, al abordar el tema de la aplicación obligatoria de la pena de muerte en otros casos, la Corte ha sostenido que las referencias a los términos “arbitrariamente” en el artículo 4.1 de la Convención y a “los delitos más graves” en el artículo 4.2 son incompatibles con las disposiciones que imponen obligatoriamente la pena de muerte a conductas que pueden variar considerablemente y que no restringen su aplicación a los delitos más graves.

49. Las disposiciones de la Convención respecto a la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse a la luz del principio pro persona, es decir, a favor del individuo, en el sentido en que dichas disposiciones “imponen restricciones para limitar rigurosamente la aplicación y alcance [de la pena de muerte], de modo que se vaya reduciendo hasta su supresión final”.

51. De esta manera, la Convención reserva la pena de muerte para aquellos delitos más graves. Sin embargo, la Sección 2 de la Ley de Delitos contra la Persona impone de forma indiscriminada la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo cual es contrario a lo establecido en la Convención.

53. Este Tribunal ha sostenido previamente que una pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado, ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito. Con respecto a la Sección 2 de la LDGP, la Corte ya ha declarado que ésta prevé legalmente la pena de muerte como la única forma posible de castigo para el delito de homicidio, y a su vez no permite la aplicación de una pena menor teniendo en cuenta las características específicas del delito o la participación y culpabilidad del acusado.

54. Al respecto, la Corte ha sostenido en otras oportunidades que considerar a todas las personas que hayan sido encontradas culpables por homicidio como merecedoras de la pena de muerte “significa tratar a las personas condenadas de un delito específico no como seres humanos únicos, sino como miembros de una masa anónima, sin diferencias, sujeta a la imposición ciega de la pena de muerte”.

57. En conclusión, independientemente de las defensas disponibles para la determinación de una condena por homicidio y sin perjuicio de la posibilidad de solicitar al poder ejecutivo la conmutación de la pena de muerte, la Corte considera que en la determinación de la sanción, la Sección 2 de la LDCP impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio. Esto, según ha indicado el Tribunal previamente, constituye una contravención de la prohibición de privar del derecho a la vida arbitrariamente, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención, ya que no permite la individualización de la pena de conformidad con las características del delito, ni con la participación y culpabilidad del acusado.

**CRITERIOS DE LAS SALAS DEL SUPREMO  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE  
SINALOA**



## CRITERIOS DE LA PRIMERA SALA

SECUESTRO EXPRÉS. LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO, REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES LA ÚNICA NORMA JURÍDICA QUE DETERMINA EL DELITO DE.

Si mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, en fecha treinta de noviembre del año dos mil nueve, se expidió la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se precisó en su artículo primero transitorio, que entraría en vigor noventa días después de su publicación, es innegable que si los hechos tipificados como secuestro exprés acudieron posteriormente a su entrada en vigor, el juzgador deberá sustentar sus decisiones conforme a dicha legislación general y abandonar la aplicación de los preceptos jurídicos aplicables al referido ilícito que se establecen en el Código Penal del Estado de Sinaloa, pues aun subsista esta norma jurídica, lo cierto es que la consecuencia de la entrada en vigor de la ley general mencionada, es la abrogación de la atribución de las entidades federativas para legislar sobre los delitos en materia de secuestro y, por ende, las leyes que regían sustantivamente al mencionado tipo penal perdieron su vigencia.

Primera Sala.

Toca No. 169/2013.

Magistrada Ponente: Gloria María Zazueta Tirado.

Fecha de la ejecutoria: 29 de noviembre de 2013.

SECUESTRO EXPRÉS. PROCEDE REPONER EL PROCEDIMIENTO DE LA CAUSA PENAL, SI AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA EL JUEZ APLICÓ LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 167, INCISO D) Y 167 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA, ESTANDO VIGENTE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO, REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE DETERMINA EL DELITO DE.

Si el Congreso del Estado de Sinaloa, no obstante la entrada en vigor de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformó el marco normativo que regula el delito de secuestro posterior a la misma; así pues, es innegable que se apartó de lo imperado en la referida fracción XXI del artículo 73 de la Carta Magna, toda vez que del mismo se advierte que única y exclusivamente el Constituyente Federal está facultado para legislar en la materia. En esa tesitura, tenemos que en el artículo 23 de la Ley General, se estableció que los delitos de secuestros se prevendrán, investigarán, perseguirán y sancionarán en los casos que estén fuera de la delincuencia organizada, por las autoridades del fuero común, razón por la que si el delito de secuestro exprés se cometió posteriormente a la entrada en vigor de la Ley General, se deberá aplicar esta última y no lo establecido en los artículos 167, inciso d) y 167 bis del Código Penal para el Estado de Sinaloa, por ende, el juez de primera instancia deberá reponer el procedimiento desde el auto en el que declaró cerrada la instrucción, pronunciándose respecto a la translación normativa correspondiente, con el objetivo de permitir al encausado ejercer su derecho constitucional de conocer de manera precisa la norma jurídica que establece el delito por el cual se le acusa.

Primera Sala.

Toca No. 169/2013.

Magistrada Ponente: Gloria María Zazueta Tirado.

Fecha de la ejecutoria: 29 de noviembre de 2013.

VIOLENCIA FAMILIAR, EN EL DELITO DE. ES OBLIGATORIO APLICAR COMO CONSECUENCIA ADICIONAL A LA PENA DE PRISIÓN LA PÉRDIDA DEL DERECHO DE PENSIÓN ALIMENTICIA AUN Y CUANDO LA VÍCTIMA SEA MENOR DE EDAD.

De una recta interpretación del artículo 241 bis del Código Penal para el Estado de Sinaloa, se aprecia como sanción adicional a la pena de prisión: la pérdida del derecho de pensión alimenticia, lo cual debe imponer de manera obligatoria el juez aún y cuando la víctima sea menor de edad; ello en razón de la relación de parentesco que existe entre la víctima y el acusado, ya que la calidad específica del sujeto activo está ubicada como una de las instituciones legitimadas para poder exigir alimentos, de conformidad con el artículo 205 del Código Familiar para el Estado de Sinaloa. Por consiguiente, resulta obligatorio decretar la pérdida de dicho derecho de subsistencia, al declarado penalmente responsable del delito de violencia familiar, no obstante que la parte ofendida sea menor de edad, ya que posterior al suceso, cuando ésta sea persona con pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones y esté en aptitud de proporcionar alimentos, el sentenciado podría solicitar judicialmente el suministro referido a quien fue su víctima por haberle inferido daño o sufrimiento físico, sexual, psico-emocional, económico o patrimonial.

Primera Sala.

Toca No. 343/2013.

Magistrada Ponente: Gloria María Zazueta Tirado.

Fecha de la ejecutoria: 17 de octubre de 2013.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, DEBE PREVALECER EL. EN EL DELITO DE VIOLENCIA FAMILIAR, AL CONFRONTAR EL DERECHO DEL ACUSADO A LA INVIOABILIDAD DE SU DOMICILIO, FRENTE AL DESARROLLO Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD, AL IMPONER LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE IR A UN LUGAR DETERMINADO.

El artículo 241 bis del Código Penal para el Estado de Sinaloa prevé como medida de seguridad que debe imponerse al acusado en sentencia: la prohibición de ir a lugar determinado, la cual procede aún tratándose de su propio domicilio, ya que si bien es cierto el derecho a la inviolabilidad del domicilio está establecido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, no menos cierto es que éste queda supeditado ante el interés superior del niño, debido a que es también el domicilio de la víctima menor de edad y en aras de protegerla de afectaciones posteriores de carácter irreparable, puesto que al permitir de nuevo el acceso del acusado, ésta se encontraría expuesta a todo tipo de peligros, desde agresiones físicas, como psicológicas o hasta sexuales, que atendiendo a la edad la misma podría dejar afectaciones permanentes; por ello, al decretar dicha medida de seguridad se está cumpliendo con la protección de la menor víctima y con el desarrollo integral de ésta, ejes rectores de los compromisos internacionales del Estado mexicano, como la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en lo previsto en el artículo 4 Constitucional y en la Ley Federal para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Primera Sala.

Toca No. 343/2013.

Magistrada Ponente: Gloria María Zazueta Tirado.

Fecha de la ejecutoria: 17 de octubre de 2013.

TESTIGO ÚNICO. ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRAR LA ACCIÓN TÍPICA ATRIBUIDA Y SOSTENER UNA SENTENCIA DE CONDENA.

Si en autos sólo se encuentra el dicho de un testigo, el cual no está corroborado ni apoyado con otros medios de prueba que le den validez plena y que lo incriminen directamente como autor material y directo del ilícito al imputado, su dicho queda en un plano singular y aislado; razón por la que deviene insuficiente para que con base en ese solo indicio se demuestre la acción típica que se le atribuye al acusado, así como insuficiente para sostener una sentencia de condena y determinar con la certeza requerida y sin duda alguna tanto la existencia del delito como su participación en el mismo.

Primera Sala.

Toca No. 398/2013.

Magistrada Ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 31 de octubre de 2013.

CORRUPCIÓN DE MENORES. ELEMENTOS NECESARIOS PARA ACREDITAR LA MENDICIDAD EN EL DELITO DE.

Para acreditar el delito de corrupción de menores previsto en el artículo 273 del Código Penal vigente, en su modalidad de mendicidad, es necesario que de autos se advierta que el acusado impulsó a los menores de edad valiéndose de amenazas y engaños para que estos pidieran dinero a los transeúntes y, posteriormente, dicho dinero fuera entregado al referido acusado, conducta con la cual afectó, además del estado emocional de los pasivos, la moral pública.

Primera Sala.

Toca No. 382/2013.

Magistrada Ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 22 de octubre de 2013.

GRAVEDAD DEL HECHO, GRADUALIDAD DE LA. EN LOS DELITOS SEXUALES EN LOS QUE LA VÍCTIMA SEA MENOR DE EDAD, EL JUZGADOR DEBE ANALIZAR LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE FUE COMETIDO EL DELITO Y LA CONDICIÓN EN LA QUE SE ENCONTRABA LA VÍCTIMA.

En los delitos de índole sexual, para ubicar la gravedad del hecho en su justa dimensión, el juzgador debe analizar la edad de la víctima y el lugar donde ésta se encontraba al momento de la comisión del ilícito; es decir, si dicho lugar era considerado seguro para ella (su domicilio o de algún familiar), así como la relación que existe entre la víctima y el victimario; además de la situación de superioridad que el acusado tenga sobre la ofendida y la capacidad de ella para comprender tal situación.

Primera Sala.

Toca No. 512/2013.

Magistrada Ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 29 de noviembre de 2013.

ABUSO SEXUAL, EN EL DELITO DE. EL ARTÍCULO 188 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA NO SE EXCLUYE LA CONDENA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

En el delito de abuso sexual, si bien explícitamente el artículo 188 del Código Penal para el Estado de Sinaloa establece la excepción de imponer como reparación del daño el pago de alimentos, misma que es procedente, dado que por su naturaleza no puede ocurrir como resultado la concepción de hijos; por ende, dicha exclusión no debe interpretarse como una excluyente para condenar al acusado a la reparación del daño material y moral de la víctima, ya que dicho derecho está expresamente establecido en el artículo 20, apartado C, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Primera Sala.

Toca No. 714/2013.

Magistrada Ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 17 de diciembre de 2013.

SUPERVISIÓN DE AUTORIDAD COMPETENTE. EN AUXILIO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO, EL JUEZ DEBE ORDENAR LA.

En casos en los que existen posibles violaciones a los derechos humanos de un menor, en aras de proteger su interés superior y brindarle una protección integral, con la finalidad de que no sea nuevamente víctima, se debe ordenar dar vista a la autoridad correspondiente: Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, para que en auxilio de la administración de justicia y en virtud de que es la institución correspondiente, implemente los mecanismos idóneos de protección íntegra a la menor víctima, así como la realización de investigaciones serias y efectivas para que constate que la misma se encuentre en un ambiente sano y apto para su desarrollo.

Primera Sala.

Toca No. 714/2013.

Magistrada Ponente: María Gabriela Sánchez García.

Fecha de la ejecutoria: 17 de diciembre de 2013.



## CRITERIO DE LA SEGUNDA SALA

ARRENDAMIENTO POR TIEMPO DETERMINADO. PARA SU TERMINACIÓN SE REQUIERE ACUERDO DE AMBAS PARTES. Si el pacto basal fue celebrado por tiempo determinado, tanto el arrendador como el arrendatario deberán estarse a éste, toda vez que ambos asumieron una obligación a plazo, esto es, se señaló para su cumplimiento un día cierto, que necesariamente ha de llegar conforme a lo previsto en los artículos 1835 y 1836 del Código Civil Local; por consiguiente, si el artículo 2366 del citado Código establece que: «[...] si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de desahucio [...]»; inconcuso es, que al estar en presencia de un contrato de arrendamiento celebrado por tiempo determinado, la condena a pagar las mensualidades rentísticas debe ser por la totalidad de la temporalidad pactada en el contrato, pese a que el inquilino haya desocupado el bien locado antes de su terminación.

Segunda Sala.

Toca No. 815/2012.

Magistrado Ponente: Roberto Gutiérrez.

Fecha de la ejecutoria: 05 de febrero de 2013.



## CRITERIOS DE LA TERCERA SALA

DAÑOS CULPOSOS. ANTE LA DISYUNTIVA DE APLICAR LAS PENAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 80 O LAS DEL DIVERSO NUMERAL 228 AMBOS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL PRECEPTO 81 DEL MISMO CÓDIGO, POR RESULTAR MENOR LA PENA DE PRISIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 228, PÁRRAFO PRIMERO, DEBERÁ APLICARSE INTEGRALMENTE LAS SANCIONES, PRIVATIVA DE LIBERTAD Y MULTA, CONTEMPLADAS EN ESTE ÚLTIMO DISPOSITIVO.

Cuando exista conflicto de normas jurídicas en cuanto a las penas aplicables en un caso concreto, ciertamente el juzgador deberá aplicar la que resulte más favorable al enjuiciado, esto es, la que permita imponerle una pena inferior, sin embargo, esta regla no implica que el juzgador, al individualizar la pena esté facultado para escoger la pena mínima o máxima o la sanción accesoria que resulte más favorable al sentenciado de las previstas en ambas normas, aunque esos límites fueran más benéficos para el sentenciado, pues de proceder así, contravendría los principios de reserva de ley en la creación de delitos y penas y el de indivisibilidad de la ley, porque el Poder Judicial no está facultado para crear leyes penales y se llegaría al extremo de considerar como ley un marco de punibilidad creado por el juzgador y no por el legislador, por lo tanto es indebido que la autoridad responsable integre una penalidad con penas diversas o límites mínimos o máximos tomados de ordenamientos en conflicto, bajo el argumento de aplicar una ley favorable. En este tenor, tratándose de daños culposos, ante la disyuntiva de aplicar las penas previstas en el artículo 80 del Código Penal para el Estado de Sinaloa en vigor o las del diverso numeral 228, párrafo primero, de dicho Ordenamiento penal, a la luz de lo dispuesto en el precepto 81 del mismo Código, por resultar menor la pena de prisión conforme al primer párrafo del artículo 228, deberá aplicarse integralmente las sanciones, privativa de libertad y multa, contempladas en dicho dispositivo, tomando

como criterio rector que el monto menor corresponda a la de la pena principal, que es la privativa de libertad, subordinando a ella las otras penas.

Tercera Sala.

Toca: 526/2013.

Magistrado Ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 3 de octubre de 2013.

**ROBO AGRAVADO Y CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LOS PARÁMETROS DE PUNICIÓN CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 79 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE SINALOA, AL EXISTIR AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE PENAS.**

Para determinar la pena a imponer para el delito de «Robo en local comercial abierto al público mediante el uso de arma de fuego para intimidar a la víctima en grado de tentativa», en apego a lo dispuesto en el artículo 79 del Código Penal que nos rige, el cual estatuye que cuando en dicho Código se prevea la disminución o el aumento de una pena con relación a otra, aquélla se fijará aplicando la disminución o el aumento a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que sirva de referencia, en este contexto al tratarse de un delito agravado y calificado en grado de tentativa, para obtener los parámetros de las penas mínimas y máximas aplicables, deberá realizarse un procedimiento complejo efectuando inicialmente un aumento a las penas contempladas para el delito básico por la agravante y la calificativa y posteriormente, a las penas obtenidas después del incremento, se aplicará una disminución en virtud de la pena atenuada para la tentativa, esto es, primero se deberá calcular y sumar a las penas mínima y máxima del delito básico las tres cuartas partes de dichas penas por la agravante, enseguida se añadirán las correspondientes a la calificativa; seguidamente a las penas resultantes de dicha sumatoria, por haberse realizado el delito en grado de tentativa, habrá de aplicársele la disminución de una tercera parte, para obtener las penalidades mínimas y máximas equivalentes a las dos terceras partes de la pena que correspondería si el delito se hubiera consumado.

Tercera Sala.

Toca: 445/2013.

Magistrado Ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 3 de octubre de 2013.

PENAS. ANTE LA CONCURRENCIA DE NORMAS QUE ESTABLECEN DISTINTAS PENAS, EL JUZGADOR DEBE SELECCIONAR, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO FAVORI REO, AQUELLA NORMA QUE RESULTE MÁS BENÉFICA PARA EL INCULPADO, PERO ÍNTEGRAMENTE Y EN LOS EXACTOS TÉRMINOS EN QUE ÉSTA FUE PREVISTA POR EL LEGISLADOR, SIN QUE PUEDA SECCIONARLA.

Conforme al principio de legalidad penal que rige en un Estado de derecho, corresponde en exclusiva al Poder Legislativo establecer, a través de las leyes, los delitos y las penas aplicables por su comisión. A la luz de dicho principio es de estimarse que en aquellos casos en que existe conflicto de leyes entre normas que establecen, cada una de ellas, distintas penas que deben ser aplicadas al condenado como consecuencia de la comisión del delito –ya sea en el tipo de pena o en el monto de la misma–, el juzgador debe seleccionar, en aplicación del principio *favori reo*, aquella norma que resulte más benéfica para el inculpado, pero íntegramente y en los exactos términos en que ésta fue prevista por el legislador. En consecuencia, en este tipo de casos, el juzgador no puede seccionar las disposiciones sancionadoras en conflicto, con el objeto de seleccionar, entre la totalidad de penas previstas en éstas, aquellas que aisladamente consideradas resultan más benéficas para el inculpado, puesto que tal proceder equivaldría a crear una norma jurídica y una pena nuevas, distintas a las expedidas por el legislador. En refuerzo de lo anterior, cabe señalar que atendiendo el principio de unidad o indivisibilidad de la ley, en virtud del cual no puede imponerse penas obtenidas combinando las previstas en dos preceptos diferentes, pues ello sería crear una pena no aprobada por el legislador, lo cual en atención al principio de división de poderes le está vedado al juzgador. En este tenor, se debe aplicar tal cual la pena mínima y máxima, la principal y la accesoria, en su caso, establecidas en una sola norma, sin poderla seccionar tomando una pena de un artículo y otra de un numeral distinto.

Tercera Sala.

Toca: 526/2013.

Magistrado Ponente: José Antonio García Becerra.

Fecha de la ejecutoria: 3 de octubre de 2013.

EN EL DELITO DE NARCOMENUDEO. DEL BENEFICIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 75 BIS DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE SINALOA SE DEBE INTERPRETAR CON LA LEGISLACIÓN FEDERAL PARA SU CONCESIÓN O NO.

La aplicación del artículo 75 bis del código penal vigente, para su aplicación en los delitos «Contra la salud», se relaciona la materia que nos ocupa con legislación federal correlacionada, a fin de poder interpretar el supuesto legal de referencia. Así, dado a que en los términos del artículo 194, fracción I, inciso doce, del Código Federal de Procedimientos Penales, el delito contra la salud en su modalidad de posesión genérica de narcóticos previsto y sancionado en el artículo 195 Bis, del Código Penal Federal, no se encuentra previsto como grave, es por lo que al tener que vincularse la conducta ilícita que se juzga con el artículo 477 de la Ley General de Salud, es inconcuso que resulta procedente aplicar los beneficios estatuidos en el artículo 75 Bis, del Código Penal vigente local.

Tercera Sala.

Toca No. 562/2013.

Magistrado Ponente: José Manuel Sánchez Osuna.

Fecha de la ejecutoria: 24 de septiembre de 2013.

EN EL DELITO DE NARCOMENUDEO LA DESTRUCCIÓN DE UN NARCÓTICO DEBE SER ORDENADA POR LA SECRETARÍA FEDERAL DE SALUD CONFORME AL REGLAMENTO INTERNO.

El Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, en su artículo 1, establece el funcionamiento, atribuciones y competencia de Los Servicios de Salud de Sinaloa, estableciendo el numeral 2, que los integrantes de dicha Secretaría son a quienes les corresponde el

ejercicio de las facultades y obligaciones, siendo una de ellas las que prevé el artículo 21, fracción XI, del mismo ordenamiento, que es la de realizar el control, recepción, aprovechamiento lícito o destrucción de estupefacientes en coordinación con las autoridades competente; siendo dicho órgano quien debe de realizar la estrategia en coordinación con las autoridades, para tener la facultad conferida en el último artículo señalado.

Tercera Sala.

Toca No. 649/2013.

Magistrado Ponente: José Manuel Sánchez Osuna.

Fecha de la ejecutoria: 29 de octubre de 2013.



## **RESEÑA JURÍDICA**



## PRUEBA ILÍCITA Y PROCESO PENAL

Omar J. Abitia Salazar\*

Autor: Manuel Miranda Estrampes

Título: *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*

Editorial: Ubijus

Plaza de edición: México

Año de edición: 2013

Nº de páginas: 348 pp.

ISBN: 978-607-8127-81-8

Hasta antes de la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, el tema de la prueba ilícita prácticamente había permanecido ajeno al análisis de la doctrina nacional y de la propia jurisprudencia de los tribunales federales o su tratamiento era más bien superficial; sin embargo, en la mencionada reforma se incorporó una regulación significativa relacionada con el proceso debido y el respeto a los derechos humanos: la anulación de toda prueba obtenida con violación de derechos humanos,<sup>1</sup> lo cual para el doctor Miranda conlleva «[...] una prohibición absoluta de admisión, práctica y valoración de los resultados obtenidos con la prueba ilícita». Sobre ello trata el libro *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, el cual se ha convertido en un referente dentro de la bibliografía hispanoamericana sobre el particular.

---

\* Director del Instituto de Capacitación Judicial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

<sup>1</sup> Artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: «Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula».

La obra consta de cuatro capítulos más un índice sistematizado de la jurisprudencia de mayor relevancia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos sobre la regla de exclusión probatoria (*exclusionary rule*), las excepciones a su eficacia directa, los efectos indirectos de la prueba obtenida ilícitamente, o eficacia refleja —lo que se conoce comúnmente como «doctrina de los frutos del árbol envenenado»—, así como las excepciones a ésta.

Con relación a los capítulos que integran el libro, en el primero, titulado «La prueba ilícita: concepto y clases», el autor parte de la explicación del concepto, o conceptos, mejor dicho, de prueba ilícita; aquí precisa que las diversas acepciones existentes no varían sólo en cuanto a sus diferencias terminológicas, sino que en ocasiones implican distinciones conceptuales que limitan o amplían sus alcances, de lo que se ocupa al analizar las dos grandes concepciones doctrinales producidas desde la academia: las amplias y las restrictivas; al respecto, debemos especificar que si bien el autor distingue entre prueba ilícita, la obtenida con violación a derechos humanos o fundamentales, y prueba irregular, que es la proveniente de la infracción de la legalidad ordinaria o se ha practicado sin formalidades previstas legalmente para su obtención y práctica, aclara que ésta no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino solamente una modalidad de la misma.

En el mismo capítulo, el análisis es complementado con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS) de España, para posteriormente pasar al estudio de la clasificación de la prueba ilícita donde se atienden dos criterios: uno temporal o cronológico, en el que se considera el momento en el que se produce la ilicitud, y otro causal o material, que atiende las causas que la provocaron.

Las consecuencias jurídico-procesales de la prueba ilícita son abordadas en el capítulo segundo bajo el enfoque metodológico establecido en el apartado anterior, pues se examinan las diversas posturas doctrinales acerca de los problemas de la admisión y eficacia de la prueba ilícita para luego hacerlo desde la óptica de la jurisprudencia del TC y del TS así como de la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera parte de este capítulo

refleja una discusión que en nuestro país se ha venido presentado en los procesos de implantación del proceso penal acusatorio, ya que en el sentido tradicional, referido en el libro, la doctrina era unánime cuando señala que la finalidad del proceso penal, bajo el modelo mixto-inquisitivo, era «descubrir la verdad histórica», lo que conlleva lógicamente en el tema en discusión a que la prueba, aun siendo ilícita, es totalmente admisible si contribuye al esclarecimiento de la Verdad; dicho en palabras del autor: «El fin —*descubrir la Verdad*— justificaba la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso resultaba intrascendente su forma de obtención. Lo verdaderamente importante era su disponibilidad por el juez para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos».

En este apartado el doctor Miranda explica también el concepto de *inutilizzabilità* utilizado en la doctrina italiana para aludir a la sanción procesal que debe recaer sobre toda aquella prueba obtenida ilícitamente: su ineficacia; la que se concreta en una prohibición de su admisión y en una prohibición de su valoración, aunque en este caso se identifican dos excepciones que permitirían al juzgador valorarla. Justo en este momento se introduce el tema de los efectos reflejos de la prueba ilícita, los cuales consisten en la imposibilidad de valorar toda aquella prueba que derive de una prueba ilícita, aun cuando se hubiese obtenido o practicado lícitamente.

El capítulo tercero está dedicado a los mecanismos de control de la prueba ilícita; esta parte de la obra inicia con un planteamiento interesante: ¿la ilicitud probatoria debe apreciarse de oficio o a instancia de parte? Si bien la conclusión a la que llega el autor tiene como base el derecho positivo español, en el sentido de que la apreciación puede ser oficiosa,<sup>2</sup> considero que el artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales nos permite concluir en similares términos: la ilicitud de la prueba puede ser apreciada,

---

<sup>2</sup> «[...] opino que el hecho de que dicho precepto condicione a la instancia de parte la apertura del turno de intervenciones no es obstáculo para el juez pueda apreciar de oficio que la prueba ha sido obtenida ilícitamente».

y declarada, oficiosamente por el órgano jurisdiccional.<sup>3</sup> La segunda parte del capítulo trata sobre el momento procesal en el que debe denunciarse la ilicitud tanto en el proceso ordinario y en los procedimientos abreviado y ante jurado.

En el último apartado de su libro, el doctor Manuel Miranda repasa los casos más emblemáticos de la doctrina judicial estadounidense sobre la regla de exclusión probatoria, desde el que sentó sus bases (*Week vs. U. S.*) hasta aquéllos que han convertido hoy día a la *exclusionary rule* en una excepción. Decisiones que la despojaron de su fundamento constitucional para convertirla en una medida instrumental, que la limitaron a los actos de los agentes policiales y aquellas que ampliaron las excepciones a su eficacia refleja, sin dejar de lado el caso *Hudson vs. Michigan* —el costo social por encima de todo—, han llevado a esta doctrina a un «estado de agonía» que hace al autor «poco optimista en relación con su propia supervivencia».

Conocer los antecedentes que se explican en este último capítulo es indispensable para comprender el enorme dilema que supondrá, o supone ya en algunas entidades federativas, en nuestro sistema jurídico la constitucionalización de la regla de exclusión probatoria en la reforma constitucional de junio de 2008. En Estados Unidos la creación doctrinal de la misma, a través de la jurisprudencia, de alguna manera permite ver como algo lógico que a través de ese mismo sistema se hayan ido morigerando sus efectos; pero en México, con esa regla constitucionalizada en la fracción IX, apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es fácil justificar la existencias de excepciones en la legislación secundaria a lo que, se supone, es un derecho fundamental; contradicción que es explicada de una ma-

---

<sup>3</sup> «Artículo 97. Cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser *declarada de oficio* por el Órgano jurisdiccional *al momento de advertirla* o a petición de parte en cualquier momento». Si bien este precepto no está ubicado en el apartado relativo a la prueba, una interpretación armónica del CNPP nos lleva a concluir lo dicho.

nera clara por el propio autor en la introducción que hace en esta edición para México, la cual llega en buena hora a nuestro país.



**ÁGORA**



ENTREVISTA CON EL DOCTOR JOSÉ DANIEL  
HIDALGO MURILLO  
*La legislación procesal única en materia penal*

Entrevistador: Francisco Meza

FM: ¿Cuál será el impacto a corto y mediano plazo del Código Nacional de Procedimientos Penales en México?

HM: Yo veo tres o cuatro impactos. Uno, tenemos la lucha individual de 32 Estados y, en cierto sentido, una actitud negativa de la federación. Es decir, tenemos un Código único que rige al país. Por ello, la federación tiene la presión de 32 Estados, de los cuales 29 ya tenían un código propio, y no solamente código propio sino capacitación para el mismo; entonces esto será una fuerza muy grande desde el punto de vista moral de las entidades federativas ante la federación.

Por otro lado, el impacto tiene un segundo elemento que es el hecho de que la experiencia la tienen los Estados y no la federación, pero no podemos negar que por mandato constitucional es la federación la que define los conceptos jurisprudenciales. Entonces, viene un 2014, un 2015, un 2016 en los cuales debemos estar a la altura de la circunstancias. Me pregunto, ¿se podría decir que en estos momentos la federación está a la altura de la circunstancias?, según mi experiencia, no. ¿Podemos decir que las entidades federativas están a la altura de la circunstancias? Me parece que los once Estados que tienen el sistema vigente lo han hecho muy bien, lo han hecho enfrentándose a limitaciones económicas y orgánicas muy fuertes y aun así han logrado sacar adelante un proceso.

La tercera sería un problema político, es decir, cómo logramos que una legislación única no se convierta en la legislación de una persona, sino en una legislación de un país hacia un objetivo de administración de justicia; quizá es el tema más fuerte en el que podríamos ir ahondando pronto, conforme se vaya desarrollando el sistema.

FM: ¿La reforma constitucional, desde su punto de vista, se verá dinamizada desde la entrada del Código Nacional de Procedimientos Penales?

HM: Bueno, el Código Nacional entra en vigor no solamente por la reforma de 18 de junio de 2008, que es una reforma al sistema de justicia penal, sino además obedece a 5 reformas posteriores. Me centraré en una, en la reforma del 2009 que es la de protección de datos; esto es, México enfrenta por un lado la publicidad de las audiencias y, por otro lado, la protección de los datos de las personas que están en esas audiencias. Por lo anterior, México enfrenta un problema de gran relieve, ya que la publicidad libera los datos y la reforma constitucional los protege. En esa misma línea se encuentra la reforma de 2010 al artículo 17 constitucional, que se refiere a las acciones colectivas; es decir, la posibilidad de que no solamente una persona la cual es ofendida por delito, sino que una comunidad, una ONG, una asociación pueda denunciar a personas concretas en delitos colectivos; pensemos en la destrucción de un bosque o de una zona acuifera, esto ya no tiene que denunciarse desde la perspectiva de una persona contra una persona, sino que puede hacerse, por ejemplo, desde una asociación ecológica contra una persona. Habrá que añadir que la reforma de 2010 no ha tenido una acogida inteligente y valiosa en el Código Nacional. En fin, no tenemos acciones colectivas ni tenemos acciones por interés de difuso; por lo tanto, el Código Nacional ingresa con un vacío —la protección de intereses difusos—, esto implica que no haya una víctima sino una colectividad de víctimas respecto a una acción ilícita.

Después de la reforma al 18, llegan las dos reformas más importantes. Una es la reforma al amparo (el 6 de junio de 2011),

que hace cambiar totalmente la visualización de un amparo añejo; un amparo mexicano que aparte se venía corrompiendo y que era necesario irlo aclarando respecto las nuevas necesidades, por lo menos desde el punto de vista del garantismo y, en concreto, la garantías del derecho desde el imputado y la víctima como sujetos del proceso penal. Y la que remata es la reforma constitucional, es decir, poder comprender al sujeto de los derechos como fuente del derecho. Entonces, una vez que vemos el Código Nacional, nos percatamos que no es únicamente el producto de la reforma del 2008, sino el producto de una serie de reformas que se vienen concatenando hasta producir un Código único; lo lógico es pensar que ese Código único es la criatura de todos estos cambios hacia bien de la mentalidad de la construcción política mexicana.

FM: ¿Considera necesario el Código único?

HM: No, conforme transcurra el tiempo las entidades federativas podrán darse cuenta si conservaron su autonomía respecto al Código único en relación con los códigos propios de cada una de las entidades. Por ejemplo, pensemos en un Presidente al cual no le guste el sistema. Esta realidad conlleva un tema muy fuerte a nivel de debate: la división de poderes; si el poder ejecutivo no tuviera que influir en materia económica con respecto al poder judicial, podríamos entender que existe una división de poderes muy clara a la hora de administrar justicia en materia penal. Sin embargo, la realidad es que existe una gran influencia del poder ejecutivo sobre el poder judicial en la mayoría de los Estados; esto significa, que dichas entidades no tienen una configuración propia; por ende, los errores se captarán de una manera mucho más grave. Pensemos que el poder judicial le puede decir al Estado o al país que no puede funcionar porque no hay presupuesto, o porque no tiene las leyes correspondientes por la culpa del poder ejecutivo; entonces, a quién le vamos a echar la culpa cuando las cosas no resulten: al ejecutivo, al legislativo; no, la legislación ya está y debe de cumplirse. Ahora, ¿están los Estados preparados con las salas de juicios necesarias para realizar las audiencias orales y públicas

como lo plantea el Código Nacional? Este sería un cuestionamiento importante al que hay que darle respuesta. En este momento, es relevante mencionar que no podemos responsabilizar de todo al aspecto económico, sino buscar que esa nueva funcionalidad que le da el Código a los jueces penales sea verdadera en todo sentido, tanto en la organización del poder judicial, del Ministerio Público, la defensa, los peritos, de los oficiales de policía (quienes en última instancia le dan efectividad a las causas que se ventilan en las audiencias), etc.

FM: ¿Se tendría que pensar en un plan integral para que este Código Nacional de Procedimientos Penales funcione?

HM: El problema prioritario que observo hoy en día con la implementación del sistema (desde el 2008 que inicia la reforma constitucional), es que nos hemos centrado en los cambios de códigos de los procedimientos penales, nos hemos preocupado de unas reformas parciales de algunas construcciones políticas para que acojan las ideas o los principios de la Constitución federal, nos hemos centrado en algunos cambios en las leyes orgánicas del poder judicial, el Ministerio Público y de la defensa; sin embargo, el error más grave es que esas reformas orgánicas (poder judicial, Ministerio Público y defensa) sean solamente un híbrido, una partecita del todo. Los juicios orales y el sistema acusatorio exigen un cambio en la organización del poder judicial. Por ejemplo, pensemos en la siguiente analogía, el sistema es como el hermano mayor que mandamos estudiar a Harvard y regresa a casa con un carro que no cabe en la cochera, sus libros no caben en el cuarto y así sucesivamente hasta convertirse en un hijo incomodo, uno que vino a ocupar toda la casa; en fin, el sistema viene a estorbar, dado que no se hicieron modificaciones orgánicas para cambiar totalmente el poder judicial hacia la oralidad, sino que se hicieron reformas orgánicas parcializadas para acoger sólo la oralidad del juicio penal, olvidándose de la oralidad del juicio de familia, mercantil, civil, etc. Es decir, estamos actuando en la oralidad con legislaciones que llaman a la escritura —por cierto acabo de escribir un artículo

que se titula «Jueces de oralidad y policías de papel» donde hablo de esto; entonces, los jueces estamos entendiendo la oralidad y estamos haciendo juicios orales, pero hacia abajo, tanto en Ministerio Público como en policías, todo es documento.

FM: ¿Particularmente en el desahogo de juicios orales qué consecuencias tendrá el nuevo Código?

HM: El nuevo Código entra cuando hay 29 códigos aprobados y 11 implementándose. Esto significa que hay algunos Estados que están a la espera de implementar sus códigos, como el caso de Sinaloa. Entonces, la primera decisión que deben de tomar los Estados es saber si implementan el código estatal o se esperan para implementar el Código único. En particular pienso que si Sinaloa implementa el código estatal estaría cometiendo un error, porque el Código Nacional estaría entrando en vigencia próximamente. Todo esto para evitar el caso de ciertos Estados como Chihuahua, Oaxaca, Yucatán o Guanajuato que tienen tres legislaciones: la anterior, la nueva y la nacional. En el caso de los estados que acaban de implementar un código estatal, lo deseable es que continúen con dicho código siempre y cuando abracen el Código Nacional. Los que no han implementado: Sinaloa, Campeche o Sonora, etc., deberían de impedir que entrará el código de ellos para darle cabida al Nacional; obviamente, en obediencia a un mandato constitucional que se encuentra en la reforma al artículo 73. Ahora, es necesario preguntarnos, ¿hemos cambiando total y sustancialmente, de modo que el Código Nacional nos obliga a pensar distinto a nuestras codificaciones? No, no es un cambio sustancial, por lo contrario siguen los moldes que estaban en ese momento vigentes, lo que hay que atender son detalles, aristas nuevas que el Código Nacional incluye. Esto lo comento después de haber leído los 29 códigos, incluyendo el que está aprobado en Sinaloa; por ejemplo, no hay cambio en las salas de juicio ni en las personalidades, pero sí existe un cambio orgánico, esto es importante recordarlo.

También debemos pensar en los efectos. Por ejemplo, un buen funcionario de Sinaloa que no logra, por diferentes motivos, ir cre-

ciendo en el escalafón, gracias a la existencia de un Código único puede ser un excelente juez penal en Michoacán, en Oaxaca o en cualquier sitio, de igual forma en el caso de un policía o un Ministerio Público. Entonces, esto genera una relación de competencia muy fuerte; es decir, si yo soy un buen funcionario judicial, con el código único lo soy en cualquier parte del país. Pensemos lo siguiente, muchos de los errores del sistema de justicia penal han sido por magistrados y jueces que giran en torno a ciertos despachos, en ciertos lugares; en esa línea, un buen abogado de otro Estado distinto, a la sazón del código único, puede romper las inercias inherentes de esos grupos de poder que, desgraciadamente, existen en algunas entidades federativas.

Otro asunto positivo es que ahora nos va a preocupar lo que están resolviendo en otros Estados, los problemas que acaecen en otros Estados y el cómo se resuelven. Ello nos llevaría a buscar nuevas formas analógicas de resolución de conflictos o problemas de salas. En fin, ir nutriendo con todas las experiencias a nivel nacional nuestra nueva legislación. A su vez, la capacitación nacional también se beneficia; por ejemplo, si algún funcionario o catedrático sacará un manual, éste sería para toda la república y esto, repito, a mí me parece un beneficio fundamental.

FM: En materia de derechos humanos, ¿usted cree que este Código único abonará para un mayor respeto y cumplimiento de los mismos?

HM: Bueno, no podemos decir que es un código que se humaniza. Todos los códigos son meramente procesos, son rutas. Entonces, la realización de la justicia está en la aplicación del Derecho. Si se pudiera hablar de una violación de los derechos humanos en la justicia penal mexicana, tendríamos que hablar de las personas y no de las formas. Es decir, si se ha torturado, lo ha hecho el ejército, la policía, se ha hecho a los ojos de un ministerio público pero no porque exista una legislación constitucional que lo permita. Por ello, pensar que una legislación cambia esa actitud, sería un pensamiento cándido, porque desafortunadamente siem-

pre hay funcionarios que torturan y atropellan los derechos humanos. Estamos en un tema muy complejo. Sin embargo, debo decir que los derechos humanos se deben de proteger a través de tipos penales, si los tipos penales no protegen el bien jurídico, se está violando un derecho humano. Eso es fundamental entenderlo, dado que no es un problema del proceso sino del Derecho sustantivo. Pero habría que preguntarnos, ¿cuál es la razón por la cual se le relaciona al sistema acusatorio con los derechos humanos? La respuesta es que se considera injusto que el órgano que condena no vea al imputado, ni escuche personalmente al defensor ni al Ministerio Público; en fin, el juez conoce indirectamente el problema. Otro defecto del sistema jurídico mexicano en materia de derechos humanos es haberle permitido al órgano acusador actuar con fe ministerial. Pensemos en las causas que recibe el juez; las cuales, basándose en la fe pública ministerial, no pueden ser cuestionadas por él, y si no fueran cuestionadas por la defensa, el juez tiene que tomarlas automáticamente por válidas y, por tanto, con ese expediente desahogado ya por el órgano acusador, el juez tiene la obligación de dictar sentencia. Esto ha sido inhumano, porque no había cuestionamiento. Hoy, todo esto que produce el ministerio público desde el punto de vista de la investigación, junto con la policía y los peritos, debe desahogarse ante la presencia de los tres jueces o el juez, dependiendo de lo que decida cada Estado, y debe de contradecirse con la defensa, en presencia de los mismos jueces, para que adquiriera la certeza necesaria y los jueces puedan condenar o absolver; es decir, esa prueba tiene un valor pero no la tiene para que el juez dicte sentencia. Esto es el mayor grado de humanización que adquiere el sistema de justicia penal. A su vez, las partes se están dando cuenta de quiénes son los juzgadores que van a resolver. Esto para mí es el tema central del porqué el Código Nacional y los códigos acusatorios son más garantistas en materia de derechos humanos. No quita lo mencionado que el juez basándose en los documentos escritos tendría que haberlo sido, pero no tenía la presión de la publicidad, de la oralidad y la inmediación de las partes.

FM: Para finalizar, ¿podría decirnos cuáles son los mayores retos, no solamente de México, sino de América latina en lo referente a impartición de justicia?

HM: Todos los países latinoamericanos hemos aprendido Derecho de México, excepto del derecho penal y el derecho procesal penal. A los grandes tratadistas mexicanos los hemos leído desde Argentina hasta Guatemala en todas las universidades. ¿Qué hacía que no leyéramos el derecho penal ni procesal mexicano? Nos parecía que México se había quedado en los años treinta. Los cambios que ahora introduce México son cambios que copia de los países latinoamericanos y europeos. Sin embargo, hoy en día, podemos decir que el sistema acusatorio, como sistema de justicia penal, se puede llamar sistema acusatorio mexicano. México ha introducido unas variables muy propias; de modo que muy pronto en cualquier seminario internacional, en cualquier congreso internacional de derecho procesal penal, tendremos que abordar a las instituciones mexicanas para el estudio del tema. En fin, México ha introducido variables muy complejas que son soluciones a los grandes problemas que ha tenido Latinoamérica en dichos tópicos. Un ejemplo sería la casación, es decir, el recurso que se hace contra las sentencias condenatorias ante el tribunal de apelación, ya que se impedía que los tribunales pudieran revisar en alzada la sentencia, porque la prueba fue desahogada frente a la presencia de los jueces y, por tanto, los tribunales de alzada no sabían qué había pasado con la prueba porque no estuvieron ahí; por ende, no podían cuestionar los hechos que daba por probados el juez. Ante dicha problemática, México introduce desde 2006 la video-grabación y entonces convierte aquella ausencia de inmediación en una inmediación virtual. Ahora, ya los tribunales en alzada pueden revisar, no solamente el derecho, sino los hechos. Otro aporte mexicano es, mientras todo el sistema acusatorio permitía una investigación a veces con detenido, México exige que se fije la *litis* desde la misma investigación. Entonces, hay dos audiencias con sabor muy mexicano: la audiencia del control de la detención y la audiencia de vinculación al proceso. De tal manera, México está exigiendo que el Ministerio

Público convenza de inmediato al juez de un hecho que pueda ser demostrado. A su vez, México introduce otro elemento que se está discutiendo en Europa, principalmente en Alemania, me refiero a la responsabilidad penal de las personas morales; es decir, que no se siga causa sólo contra la persona sino contra la sociedad moral y sus representantes. Este es un tema nuevo que incorpora el Código Nacional, aunque ya lo habían introducido Veracruz y Coahuila que, por cierto, ya apoyaban el proyecto del Código federal.



# **JUSTICIA Y CULTURA**



## LA MUERTE TIENE PERMISO

Ernesto Diezmartínez Guzmán\*

En un momento clave de *Los Imperdonables* (1992), acaso la obra cumbre como actor y cineasta de Clint Eastwood, el desalmado matarife William Munny (Eastwood *himself*), le dice al (dizque) audaz asesino a sueldo «The Schofield Kid» (Jaimz Woolvet) que eso de matar a un hombre no es tan fácil, pues a la víctima «le quitas todo lo que tiene y también todo lo que tendrá».

La frase es herética, viniendo de los labios de Munny, un hombre que a lo largo de su vida, ha matado a hombre, mujeres, niños y «a todo lo que alguna vez se arrastró o caminó sobre la tierra». Él sabe lo que es matar: nadie se lo ha contado. Y ha llegado el momento de que cada muerte le pesa. De todas formas, en *Los Imperdonables* Munny volverá a matar con auténtica saña, en una explosión de rabia vengadora de la que no podremos despegar los ojos.

Munny no se hace ilusiones ni engaña a nadie. Lo suyo no es la justicia. Así pues, cuando está a punto de matar al atrabiliario sheriff Little Bill (formidable Gene Hackman), le aclara que morir como va morir él, de un escopetazo en el rostro, «no tiene nada que ver con merecerlo o no». Lo que quiere Munny es venganza, no justicia.

¿No es más o menos lo mismo la pena de muerte legalizada y burocratizada?

---

\* Crítico de cine del Grupo Reforma y del diario Noroeste.

## Sí matarás

Esta última pregunta se hace el joven abogado Piotr Balicki (Krzysztof Globisz) al inicio del quinto episodio de la teleserie polaca *El Decálogo* (1989), dirigida por Krzysztof Kieslowski. En ese capítulo, titulado «No Matarás» —que se estrenó en una versión un poco más extensa en formato cinematográfico en todo el mundo—, Kieslowski y su coguionista Krzysztof Piesiewicz nos muestran, por un lado, la firme oposición del abogado Balicki a la pena de muerte, que considera una venganza legalizada, «un castigo que proviene del Estado en nombre de ¿quién?» mientras, por otra parte, se nos presenta un crimen arbitrario, sin razón de ser, sin lógica alguna, nomás porque sí: un día cualquiera un jovencito veinteañero llamado Jacek (Mirosław Baka) asesina a un taxista (Jan Tesarz), ¿para robarlo?

Las dos narraciones paralelas con las que inicia el filme desembocarán, hacia el desenlace, en el encuentro del idealista abogado con el confundido asesino, quien sabe que será ahorcado legalmente a tal día y a tal hora. Jacek se encuentra perdido: aunque Balicki le asegura que el Estado lo está castigando por lo que hizo y no por lo que es, el muchacho le contesta simplemente que «es lo mismo».

En efecto, el humanista y pesimista —y no hay contradicción en ello— Kieslowski nos presenta la confusión que sufre el asesino, pero también el abogado. ¿Cuál es el sentido, más allá de la venganza, de que el Estado le quite la vida a Jacek? ¿Se soluciona algo haciéndolo?

Al final, cuando todo ha terminado, cuando el asesino ha sido (legalmente) asesinado, un devastado Balicki, lloroso y enfurecido, sólo acierta a repetir como mantra, una y otra vez, «te odio, te odio, te odio, te odio, te odio...». Pero, ¿a quién? ¿A su profesión, que ha servido para legalizar una muerte más con su fallido trabajo como abogado defensor? ¿Al Estado con su fría lógica procedimental? ¿A la naturaleza humana misma, que hace que un asesinato se cometa y que a este crimen le siga otro, sólo que instrumentalizado/racionalizado?

Kieslowski sólo puede compartir con nosotros y a través del ángel? interpretado por Artur Barcis —la misma presencia que aparece, como testigo mudo, en casi todos los demás capítulos de *El Decálogo*— su profundo desconcierto. Barcis, vestido como cualquier trabajador del Ayuntamiento, ve fijamente a Jacek antes de que cometa el crimen, casi rogándole con la mirada y con un grave movimiento de su cabeza, que no lo haga. Que no mate. Imposible: Jacek es lo que hace. O lo que hará. Y el Estado, llegado el momento, cumplirá con su «deber».

### En el abismo de la ley

El mismo desconcierto muestra el sacerdote Richard López al inicio del documental *Into the Abyss: a Tale of Death, a Tale of Life* (EU-GB-Alemania, 2011), dirigido por Werner Herzog. López describe paso a paso su tarea al acompañar a los condenados a muerte hasta el momento preciso de su ejecución por inyección letal cuando, incluso, si ellos lo permiten, el sacerdote toma del tobillo al condenado para despedirlo con el último contacto humano posible.

Herzog, fiel a sí mismo, interrumpe al casi lloroso López para preguntarle en *off*, con su inconfundible acento germano, por qué Dios permite que suceda esto. López, mirándolo fijamente, sólo acierta a responder «no lo sé». Por supuesto que no lo sabe. Es más: nadie lo puede saber. Pero por eso mismo el tema le interesa a Herzog.

El cineasta bávaro no juzga ni editorializa. Aunque deja claro desde el inicio que está en contra de la pena de muerte, *Into the Abyss* no es un alegato en contra del asesinato legal de los criminales. Es algo más difícil: un intento de explorar la inasible naturaleza humana, un acercamiento a un grupo de personajes unidos por la violencia, el dolor y la muerte.

Michael James Perry, un sonriente niño, tiene diez años esperando morir en la cárcel de Huntsville, Texas. En el 2001, él y un tal Jason Aaron Burkett, mataron a una mujer, a su hijo y al mejor

amigo de él, aparentemente porque querían manejar el Camaro rojo que poseía la víctima. Días después del triple asesinato, Michael y Jason fueron capturados, juzgados y condenados, el primero a la pena de muerte y el segundo a la prisión perpetua, gracias a que el papá de Jason, Delbert Burkett, otro presidiario igual que el hijo, logró conmovier a los miembros del jurado echándose la culpa de su fracaso como padre.

Herzog da por hecho que los dos son culpables y, por las evidencias mostradas en la cinta, nadie duda de ello. El documental no se entretiene demasiado en los hechos policiales: lo que le interesa al director de *Fitzcarraldo* (1982) no es descubrir nueva evidencia de un caso juzgado y sentenciado, sino dotar de voz a todas las personas involucradas en este absurdo, arbitrario, estúpido, triple asesinato. Es decir, Herzog habla con las víctimas pero también con los victimarios y quienes los rodean.

Así pues, frente a cámara, llora una hermana e hija de las víctimas pero, también, el culposo papá de Burkett quien lúcidamente y tras las rejas, explora en qué momento su vida se fue al caño, prefigurando el fatal destino de su propio hijo que, en el mejor de los casos, podría merecer la libertad bajo palabra en el año 2041.

Herzog se niega a todo discurso aleccionador, a toda explotación morbosa e, incluso, cuando muestra que Jason Burkett se ha casado dentro de la cárcel y que, de hecho, espera un hijo —¿pero cómo, si no se permiten visitas conyugales?, ¿fue por inseminación artificial?, ¿se contrabandó su semen para embarazar a su esposa?—, el cineasta deja las preguntas sin respuesta, asombrado, acaso, por esa invencible «urgencia de la vida», que es el título del último segmento de este documental.

Anoté antes que Herzog está en contra de la pena capital, aunque no insiste en ello. Y es que no es necesario: la entrevista a Fred Allen, un excapitán de la Marina que dirigió más de 120 ejecuciones en esa misma prisión en Huntsville, lo dice todo. Cierta día, después de ejecutar a Karla Fraye, la primera mujer asesinada con inyección letal, Allen no pudo seguir haciendo ese trabajo.

¿Quién es el auténtico condenado? ¿El individuo que va a ser ejecutado —y Perry fue inyectado letalmente ocho días después de

platicar con Herzog— o los verdugos como Allen, quienes tienen que vivir el resto de sus vidas con las decenas de asesinatos legales en su memoria?

### El perdón

Acaso no hay nada que hacer. O acaso sí. Tal vez para aspirar no tanto a una solución pero sí a cerrar ese interminable círculo de crímenes, resentimientos, odios y asesinatos legales que muestra Herzog en *Into the Abyss*, habría que buscar no tanto en la ley sino en lo mejor que nos puede ofrecer la naturaleza humana.

Algo por el estilo propone, desde una posición cristiana/humanista militante, *Pena de Muerte (Dead Man Walking, EU, 1995)*, la cinta ganadora del Oso de Oro a la Mejor Película y del Oso de Plata al Mejor Actor en Berlín 1995, segundo largometraje del actor/guionista/realizador Tim Robbins.

Nueva Orleans. La monja católica Helen Prejean (Susan Sarandon, oscareada por este papel) recibe una carta de un preso condenado a muerte, Matthew Poncelet (Sean Penn), acusado de haber participado en la violación y el brutal asesinato de una pareja de adolescentes. Poncelet le pide ayuda para conseguir el perdón, pues asegura que es inocente y que su compañero, sentenciado a prisión perpetua, fue el único victimario de la pareja de novios. Aunque en un inicio Helen se siente repelida por Poncelet y cree que él la está manipulando, la monja trata de ayudarlo en sus apelaciones y peticiones de clemencia, y después que éstas fallan, se convierte en su consejera espiritual, buscando que el criminal acepte su responsabilidad en los hechos, para así redimir su alma frente a la ya inevitable muerte.

Contada así, la cinta pareciera un tremebundo melodrama en donde un horrendo criminal —«un animal», como lo llaman los padres de los muchachos asesinados— es salvado de la hoguera del infierno por la intervención de una verdadera santa. Una película pues, didácticamente cristiana sobre el verdadero valor del

arrepentimiento. Sin embargo, creo que *Pena de Muerte* es y sigue siendo algo más complejo que esto.

El Poncelet de Sean Penn no es un animal, pero tampoco es una blanca palomita. Es un delincuente que en un momento de drogas y alcohol asesinó y violó a dos adolescente. Fue un asesinato brutal y Robbins, como cineasta, nunca intenta siquiera explicarlo. Porque, ¿algo como lo que ha hecho Poncelet tiene explicación? Otra vez: Kieslowski y Herzog dirían que no.

Sin embargo, Robbins tampoco olvida que Poncelet es un ser humano: tiene una familia que lo quiere, una madre que lo adora, tiene buenos recuerdos de su padre muerto. Es capaz de reír abiertamente, pero también de portarse como un monstruo sin entrañas. En los diferentes matices del personaje creado por Sean Penn, reside la misma provocación moral que nos planteaba Kieslowski. El Estado va a asesinar a un criminal que efectivamente es culpable, pero... ¿esto tiene algún sentido?

En la secuencia final de la ejecución de Poncelet, Robbins, inteligentemente, intercala las escenas del asesinato de los muchachos con las escenas de los preparativos para aplicarle la inyección letal al condenado. Robbins nos hace ver lo frío e inhumano de la ejecución legal y, al mismo tiempo, lo cruel y dantesco de la ejecución de los dos inocentes en manos de dos monstruos drogados y borrachos. Las imágenes fantasmagóricas de los jóvenes inocentes se superponen, incluso, a la imagen del presidiario ultimado por el Estado, como si la sombra de la muerte hubiera reunido por fin a las víctimas con el victimario.

Robbins dirige con sabiduría y contención, dejando que sus actores lleven la carga más pesada sobre los hombros. Y se agradece esa decisión a la luz del trabajo de Sarandon y de Penn pero, también, del resto del reparto. Quien brilla especialmente en la última parte de la película es Raymond J. Barry en el papel del señor Delacroix, el padre de Walter, uno de los muchachos asesinados por Poncelet y su amigo.

En una escena clave, Delacroix le cuenta a Helen cómo ha sido destruida su vida después del asesinato de su hijo. De improviso, el rostro duro pero agotado de Delacroix se ilumina y éste empieza

a contar los momentos felices que vivió con su hijo: cuando empezó a caminar, las risas compartidas, los accidentes infantiles que sufrió en la casa. En este momento, la cámara de Roger Deakins, que ha tomado la escena muy funcionalmente, se va alejando en un suave movimiento de *dolly* hacia atrás, como respetando de improviso el dolor y la alegría del viejo. Es una escena vibrante y conmovedora; la escena de un verdadero maestro, y me refiero no sólo a la cámara del gran Deakins o a la dirección de Robbins, sino a la actuación de Barry.

Por supuesto, si usted recuerda la película, Poncelet se redime al final de cuentas. Pero estamos muy lejos del *happy-end*. Falta que los familiares de las víctimas se rediman también. Que alejen el odio de sus vidas y de sus corazones. «No creo tener fe», confiesa Delacroix, todavía odiando al asesino ya legalmente asesinado. «No se trata de tener fe, sino de trabajar por ella», le contesta Helen.

Una imagen final nos muestra a la monja rezando junto con Delacroix. El trabajo para su redención ha empezado. Le espera un camino duro. Acaso no haya otra solución más que esta: el aferrarse a la posibilidad del perdón. El vivir devastado por el dolor y, aun así, con la posibilidad de la esperanza.



## LA ETERNA SOSPECHA

Francisco Meza Sánchez\*

Noberto Bobbio (1909-2004) conjugó durante su vida dos saberes que por muchos años, asunto que se ha abandonado en la actualidad, estuvieron en estrecha cercanía: Filosofía y Derecho. Desde esas dos áreas clásicas del pensamiento ensayó y pensó la realidad que acontecía a su alrededor. No es gratuito que un intelectual que ha vivido el fascismo desde sus entrañas, se haya preocupado por develar, indagar y criticar los mecanismos que subyacen bajo los poderes del Estado, y por defender y afinar lo que debe ser un verdadero régimen democrático.

*Democracia y secreto*, título que ahora nos ocupa, compila tres artículos y una conferencia escritos entre 1980 a 1990: «El poder invisible», «El poder invisible al interior y contra el Estado», «Democracia y secreto» y «Secreto y misterio: el poder invisible». Desde la sola denominación de los textos el lector podrá ir identificando las directrices que Bobbio abordará en los mismos: la opacidad al interior del Estado, el secreto como herramienta de control y de poder. Es necesario decir que los cuatro textos analizan diferentes crisis públicas y políticas de la vida italiana, esto es, responden a cismas que pusieron en entredicho la claridad de las instituciones de dicha república; son escritos que en su momento criticaron públicamente al Estado imperante y que por su maestría en el manejo de las ideas y por los temas en que indagan tienen toda pertinencia en la actualidad. Bobbio pertenece a ese grupo

---

\* Titular de la Unidad Editorial y de Análisis Legislativo y Jurisprudencial del Instituto de Capacitación Judicial.

de intelectuales que vivieron y sobrevivieron la ideologías del siglo XX, por ello no resulta extraño que estos tópicos hayan sido de su principal interés. Digámoslo, asumió el compromiso intelectual como un ejercicio público, a la manera de su precedente (y precedente de muchos) Émile Zola con el caso Dreyfus.

Una de la virtudes de estos escritos es la claridad en su tratamiento y en su redacción lo cual resulta congruente, puesto que fueron pensados y dictados para criticar la opacidad de ciertos acontecimientos políticos, mejor dicho, de ciertos escándalos que estremecieron la paz social de Italia. Sobre ello Marco Revelli, en su prólogo a este libro, nos dice: «[...] el escándalo como una forma ejemplar de desconexión entre las promesas que una democracia no puede dejar de hacer y su incapacidad para cumplirlas». Bobbio soporta sus reflexiones desde un concepto al cual llama «doble Estado» o «Estado dual»; es decir, la existencia de un Estado normativo y visible, y un Estado discrecional que oculta información y es libre de actuar fuera de los límites de la legalidad si así le es conveniente. En fin, un Estado doble donde ambas facetas conviven y gobiernan a una comunidad. Obviamente, como Ravelli nos indica, Bobbio no aspira a una transparencia absoluta en dicho Estado, sino a una vigilancia y señalamiento constante de sus actos lo cual puede sanear, en la medida de lo posible, su comportamiento y diafanidad hacia sus gobernados.

En el primer texto, «El poder invisible», Bobbio desde las primeras líneas nos advierte que la democracia idealmente es el gobierno de un poder visible; justamente es dicha característica (si se cumple en la realidad) lo que la distingue de las autocracias, ya que los monarcas no tienen la obligación de revelar a sus súbditos los secretos de sus decisiones. Así, para nuestro autor el sentido de la publicidad es el eje fundamental por el cual todo Estado democrático debe rotar. Este postulado es, en términos prácticos, el mínimo común denominador del libro *Democracia y secreto*. Frente a la *arcana imperi* (secretos del poder), concepto recurrente cuando se habla del Estado absoluto, Bobbio contrapone el deber de la diafanidad de un gobierno elegido por el voto popular y trae a ocasión el siguiente principio de Kant: «Todas las acciones relacionadas

con el derecho de otros hombres cuya máxima no puede ser publicada, son injustas». Después de reflexionar sobre una democracia que a menudo es incapaz de cumplir con sus promesas: combatir a elites del poder, autogobierno, igualdad, por nombrar algunas, Bobbio señala, como lo hará a lo largo de este volumen, la oscuridad en la que permanece la toma de decisiones, lo que él llama el «criptogobierno». Finalmente, dicta este principio: «Esto significa que el poder es opaco; la opacidad del poder es la negación de las democracias».

En el segundo artículo, «El poder invisible al interior y contra el Estado», se pone en manifiesto la importancia de la publicidad, y nuestro autor exhorta a aquellos que tienen la capacidad de reconocer y ver la red de ocultamientos a develarla. Él mismo dice: «No hay democracia sin opinión pública, sin formación de un público que reivindica el derecho de ser informado sobre las decisiones que se toman en favor del interés colectivo, y de expresar sobre ellas su libre crítica». Estas palabras nos remiten al pensamiento de Voltaire sobre la libertad de expresión y su relevancia en un régimen republicano: «Podré no estar de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo».

«Democracia y secreto», el tercer texto en aparecer, debe generar particular atención en el lector, pues no es fortuito que sea éste el que le dé título al libro; en este ensayo que se pensó como conferencia, Bobbio se internará en el recurso del secreto como piedra angular para el arte de gobernar; su puntal epistemológico (entre otros) son las previas indagaciones que hizo Elias Canetti en *Masa y poder*, en cuyo capítulo «El secreto» se deja leer lo siguiente: «El secreto está en el núcleo más interno del poder». A su vez, Canetti explica algunas de las técnicas que el poderoso practica para que el secreto le sea útil como delegar uno de sus muchos secretos a un individuo y otro a otro, hasta generar una intrincada red donde los diferentes depositarios funcionen como vigilantes de sus propios compañeros. Por supuesto todos deben de llevar la información al poderoso, lo cual, obviamente, incrementará sus potencias sobre la red. Por ello, Bobbio vuelve sobre la clásica pregunta: *quis custodiet custodes?* (¿Quién cuida al cuidador?), para Bobbio

el ciudadano debe ser quien vigile al vigilante. El poder oculto, según nuestro autor, toma diferentes caminos y atajos para atentar contra la libertad, llegando incluso a radicalizaciones como el stalinismo «[...] puede ser interpretado como el descubrimiento que el tirano hace —pues sólo él puede— del universo como inmenso complot, como la realidad profunda del mundo [...]». Justamente, en esos atajos y caminos, el lenguaje es el que permite a ciertos Estados la posibilidad del enmascaramiento, por un lado el lenguaje cifrado, el que sólo es propicio para iniciados; por otro, el lenguaje que recurre a terminologías comunes para decir lo contrario de lo que se piensa.

Pero ¿cómo el ciudadano de a pie puede traspasar los muros de ocultamiento que el Estado edifica? Para dicho dilema, Bobbio regresa a Kant, quien explica que la Ilustración consiste en la salida del hombre de la minoría de edad, esto es, la educación y la formación de un criterio con el cual hacer uso público de la razón.

De tal forma, dando un lance panorámico, nuestro autor termina hablando de que las relaciones internacionales entre los Estados tienden a incrementar el uso del poder invisible entre los mismo; de igual manera, señala la paradoja entre un Estado que debe de proteger (y para ello se ve en la necesidad de guardar información), y el derecho de un pueblo a tener transparencia en sus instituciones.

En el artículo final, «Secreto y misterio: el poder invisible», Bobbio disipa las diferencias entre ambos conceptos, digamos, la manera en que él los entiende: «El secreto es un artificio institucional. El misterio, hasta que no se disipe, es un límite para nuestro conocimiento que puede vencerse sólo a través de proceder en nuestro conocimiento, en revelar lo que está oculto».

*Democracia y secreto* es un libro pertinente, por no decir indispensable, para empezar a cumplir la mayoría de edad kantiana; esto es, empezar a andar sobre el conocimiento para la construcción de una mirada aguda que nos permita ver y hacer uso de nuestra razón en los asuntos públicos. Sobre todo en este siglo XXI permeado por el discursó de la transparencia y acosado por la suspicacia de una teoría de la conspiración, es decir, en la eterna sos-

pecha de que sucede algo que no sabemos y que determina la vida de las instituciones que nos rigen.



DEL DOCUMENTO A LA HISTORIA

Gilberto J. López Alanís\*

GOBIERNO SUPREMO

DEL ESTADO DE SINALOA.

*Manuel María Bandera Vice-gobernador en ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo del Estado soberano, libre é independiente de Sinaloa á sus habitantes S. B. E. D. que la Augusta Asamblea Legislativa del Estado, ha decretado lo siguiente.*

Núm. 6. La primera asamblea legislativa del Estado soberano, libre é independiente de Sinaloa, usando del poder constitucional que ejerce, decreta con el caracter y fuerza de ley lo siguiente.

1.º Que no se reciban de abogados á los que pretendan serlo, sin presentar las certificaciones que acrediten haber cursado los cuatro cursos de jurisprudencia, haber recibido el grado de Bachiller en Cánones ó leyes: haber practicado cuatro años en el despacho de algun abogado y comprobante de su conducta.

2.º Que ninguno obtenga en la subsecuiva Magistratura en la suprema corte de justicia sin tener las cualidades todas del artículo anterior, y veinte y cinco años cumplidos de edad.

3.º Que para obtener el juzgado de primera instancia han de tener las mismas cualidades que se requieren para Magistrado de la alta corte de justicia.

El gobernador del Estado procederá á su sancion y solemne publicacion, haciendo la imprimir circular y observar. = *Jesus Serrano*, diputado presidente. = *Francisco Delgado*, diputado Srío. = *Antonio Fernandez Rojo*, diputado Srío. = Al Gobernador del Estado.

*Por tanto, mando se imprima, publique y circule, dandosele su debida observancia.*

Culiacan Setiembre 26 de 1832.

*Manuel María  
Bandera*

*J. Felipe Gomez*

517

\* Director del Archivo Histórico General del Estado de Sinaloa.

Impartir justicia ha sido una tarea complicada desde siempre, el ramo ha tenido muchos inconvenientes y uno de ellos es la solvencia de los jueces y magistrados que la representan. Este decreto del 26 de septiembre de 1832 muestra una de las carencias en la solvencia de la impartición de la justicia de su tiempo. El documento es una copia de un impreso existente en la *Arizona Pioneer Historical Society* y forma parte de la «Colección de los Decretos expedidos por las Legislaturas de los Estados, Libre de Occidente, y Libre y Soberano de Sinaloa desde el 12 de septiembre de 1824, hasta el 26 de octubre de 1835, incluyendo las primeras constituciones políticas de ambas Entidades». Cuarto tomo, MCMLXVI (1966), Hermosillo, Sonora. Compilados por Don Antonio Nakayama Arce.

## **INFORMACIÓN INSTITUCIONAL**



## INFORMACIÓN INSTITUCIONAL

### Capacitación

Las actividades de capacitación durante el tercer cuatrimestre de 2014 iniciaron con el *Curso introductorio al sistema acusatorio*, impartido en septiembre y octubre en la ciudad de Culiacán; asimismo en esos meses tuvo lugar el *Segundo coloquio de actualización jurídica y jurisprudencial entre jueces y magistrados de la materia penal 2013*, realizado en las ciudades de Los Mochis, Culiacán y Mazatlán.

Ante la especial relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la impartición de justicia en las entidades federativas, de manera conjunta con esa institución y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Supremo Tribunal de Justicia organizó el 12 de octubre en la ciudad de Mazatlán el seminario internacional *Diálogo jurisprudencial e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en el que participaron el Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la postre presidente de la misma; el profesor Enrique Gil Botero, Consejero de Estado del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Consultivo del Gobierno de Colombia; el catedrático Dr. Néstor Pedro Sagiés, y el Dr. José Antonio García Becerra, Magistrado Décimo Propietario del Supremo Tribunal de Justicia de Sinaloa. Por su trascendencia, este evento fue abierto al público en general, por lo que se contó con la asistencia de personal del Poder Judicial, integrantes del foro y profesores y estudiantes universitarios.

Con el tema «Las reformas procesales en América Latina», el 15 de octubre inició el *Máster en Proceso Penal Acusatorio*, coorganizado entre el Supremo Tribunal de Justicia y la Universidad Carlos III de Madrid. El máster, impartido en modalidad semipresencial,

está integrado por 10 módulos que se impartirán durante un año, el I y el II durante tercer cuatrimestre de 2014, el primero relativo al tema «Debido proceso y modelo acusatorio», a cargo de los doctores Víctor Moreno Catena y Juan Manuel Alcoceba, y el segundo denominado «Procedimiento preliminar, estatuto del imputado y estatuto de la víctima», facilitado por las doctoras Raquel Castillejo Mazanarez y María Dolores Fernández Fustes. A este posgrado asisten 4 titulares de magistratura, 18 jueces y 3 secretarios.

El 24 de octubre se dictó en Culiacán la conferencia *La protección de datos personales en el ámbito jurisdiccional*, impartida por el licenciado José Ramón Bohon Sosa, Director de Datos Personales y Archivos de la Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa; esta actividad tuvo como finalidad dar a conocer temas relacionados con la transparencia y rendición en el quehacer jurisdiccional.

En el marco del Programa de Fortalecimiento a la Transversalidad de la Perspectiva de Género, con la colaboración del Instituto Sinaloense de las Mujeres, los días 29, 30 y 31 de octubre en la ciudad de Culiacán se realizó el *Taller de argumentación jurídica con perspectiva de género* para el personal del Poder Judicial con funciones jurisdiccionales o de apoyo a la misma, impartido por el Dr. Miguel Carbonell Sánchez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Otra actividad igualmente relacionada con la introducción de la perspectiva de género a la función jurisdiccional tuvo lugar el 6 de diciembre, con la *Presentación del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, realizada en Culiacán por la Mtra. Dalia Berenice Fuentes Pérez, especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha y asesora de la Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte.

Durante noviembre y diciembre se llevó a cabo el *Diplomado de especialización en el sistema acusatorio*, al que asistieron titulares de juzgado y secretarías del Poder Judicial del Estado Sinaloa, zona centro. Este diplomado tuvo un carácter predominantemen-

te práctico al celebrarse sobre la base de simulacros de audiencias. Esta actividad fue facilitada en la ciudad de Culiacán por el Dr. Hesbert Benavente Chorres, capacitador certificado en sistema acusatorio por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, y el Dr. José Daniel Hidalgo Murillo, también docente certificado y con experiencia como juez de instrucción penal y juez penal en Costa Rica.

Enfocado también en la preparación requerida para la operación del proceso penal acusatorio, pero en el ámbito administrativo, el 19 de noviembre tuvo lugar en la ciudad de Culiacán el *Taller sobre el modelo de gestión en el proceso penal acusatorio para mandos medios y superiores*, impartido por el Mtro. Gerardo Arroyo, consultor del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Esta capacitación fue complementada los días 6 y 7 de diciembre a través del curso *La administración del tribunal en el nuevo proceso penal*, a cargo del maestro Julio Ernesto Silvar García, consultor del INAP.

## **Vinculación académica**

Durante los meses de septiembre y octubre, profesores de la Universidad de Occidente Unidad Los Mochis asistieron a la 8ª edición 2013 del *Curso introductorio al sistema acusatorio y su implementación en México*, facilitado por personal del Supremo Tribunal de Justicia.

El día martes 15 de octubre tuvo lugar en el Palacio de Justicia el acto protocolario de firma de un convenio de colaboración entre la Universidad Carlos III de Madrid y el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, con la representación de la Universidad a cargo del Dr. Víctor Moreno Catena, director del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la mencionada Universidad, y del magistrado Enrique Inzunza Cázarez, como Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. Con este documento se sentaron las bases para la celebración del *Máster en Proceso Penal Acusatorio*.



AEQUITAS REVISTA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE SINALOA, Año 2, No. 4, septiembre-diciembre 2013, es una publicación cuatrimestral editada por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. Av. Lázaro Cárdenas, # 891 Sur, Col. Centro Sinaloa, Culiacán, Sinaloa, México, C.P. 80129, Tel. (667) 7587000, [icj.sinaloa@stj-sin.gob.mx](mailto:icj.sinaloa@stj-sin.gob.mx). Editor responsable: Magistrado Enrique Inzunza Cázarez. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2012-110713163700-103, ISSN: 2007-6479, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Impresa por Servicios Editoriales Once Ríos, S.A. de C.V., Río Usumacinta, No. 821, Col. Industrial Bravo, C.P. 80120, Culiacán, Sinaloa, México. Este número se terminó de imprimir el 31 de diciembre de 2013 con un tiraje de 750 ejemplares.