



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE
HIDALGO**

**INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y
HUMANIDADES.**

**ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y
JURISPRUDENCIA.**

**Proyecto terminal de carácter profesional para obtener el grado de
Maestra en Derecho Penal y Ciencias Penales.**

**ADICIÓN AL ARTÍCULO 346 BIS FRACCIÓN I, EN RELACIÓN AL
346 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL
ESTADO DE HIDALGO.**

Presenta:

Licenciada en Derecho: Martha Eugenia Monroy Mejía.

Director de Tesis: Doctor en Derecho Edmundo Hernández Hernández.

Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo, Noviembre del año 2014.

A DIOS
POR QUE SIN ÉL NADA SOY.

A MARTHA JUANITA Y JUAN
MIS PADRES,
POR SER MI APOYO INCONDICIONAL
Y MOTIVACIÓN PARA HACER LAS COSAS BIEN.

A FAUSTINO, JUAN, HILDA, EDUARDO, OMAR,
KASSANDRA, ALONDRAYJOHANA
POR BRINDARME DE MOMENTOS IMPERECEDEROS
Y QUE SON MI ALICIENTE EN EPOCAS DIFICILES.

INDICE

ADICION AL ARTICULO 346 BIS FRACCION I, EN RELACION AL 346 TER DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL ESTADO DE HIDALGO.....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCION.....	7
PROTOCOLO DE INVESTIGACION.....	9
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	11
HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION.....	12
JUSTIFICACION.....	13
MARCO DE REFERENCIA DE LA INVESTIGACION.....	16
METODOLOGIA GENERAL DE INVESTIGACION.....	17
CAPITULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES.	
1.1 Antecedentes.....	18
1.2 Teorías De Los Derechos Fundamentales.....	20
1.3 Teorías del Estado de los derechos fundamentales.....	22
1.3.1 Modelo historicista	23
1.3.2 Modelo individualista.....	24
1.3.3 Modelo Estatilista.....	26
1.4 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales.....	28
1.4.1 Teoría liberal.....	28
1.4.2 Teoría de los valores	30
1.4.3 Teoría institucional.....	33
1.4.3.1 Teoría sistémica.....	37
1.4.3.2 Teoría multifuncional.....	37
1.4.4 Teoría democrático-funcional.....	38

1.4.5 Teoría jurídico-social.....	40
1.4.6 Teoría de la garantía procesal.....	42
1.5 Los Derechos Fundamentales y la Aplicación en la Justicia Constitucional.....	44
1.6 Los Derechos Fundamentales como Derechos Protegidos por la Constitución en un Estado de Derecho.	46
1.7 De Las Garantías Dadas por el Derecho Constitucional a Efectos de la Protección de los Derechos Fundamentales.	48
1.8 El Recurso de Habeas Corpus y el Derecho Fundamental a la Libertad y de Locomoción.	50
1.9 El Recurso de Amparo Constitucional y los Demás Derechos Fundamentales Existentes.....	50
CAPITULO II GARANTIAS INDIVIDUALES	
2.1 El concepto de las garantías individuales.....	54
2.2 Las características de las garantías individuales.....	57
2.2.1 Derechos absolutos.....	57
2.2.2 Derechos unilaterales.....	58
2.2.3 Derechos originarios.....	58
2.2.4 Derechos inalienables.....	59
2.2.5 Derechos subjetivos públicos.....	59
2.2.6 Derechos Irrenunciables.....	60
2.3 Clasificación.....	60
2.4 Relación Jurídica de las Garantías Individuales.....	61
2.5 Opinión de Ignacio L. Vallarta.....	63
2.6 Sujeto activo.....	66
2.7 Sujeto pasivo.....	67
2.8 El gobernado	68

2.9 Garantía de Seguridad Jurídica.....	69
2.10 Concepto De Seguridad Jurídica.....	70
2.8 Concepto De Garantías De Seguridad Jurídica.....	71
2.9 Garantías del artículo 17 Constitucional.....	74
2.10 La garantía de brevedad en la solución de juicios penales.....	75
CAPITULO III.- LOS RECURSOS	
3.1 Concepto.....	83
3.2 Impugnación.....	83
3.3 Procedencia.....	85
3.4 Apelación.....	86
3.4.2 Interposición.....	88
CAPITULO IV. REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO	
4.1 Delimitación Conceptual.....	88
4.2 Jurisdiccional.....	89
4.2.1. Legal.....	92
4.2.2 Jurisprudencial.....	94
CAPITULO V. PROPUESTA LEGISLATIVA	
5.1 Antecedentes.....	95
5.2 Cuadro comparativo de cómo es tramitado el recurso de Apelación en Hidalgo, Distrito Federal y ahora Código Nacional de Procedimientos Penales y el surgimiento de la Reposición del Procedimiento.....	96
5.3 Decreto número 347 (al calce al P.O. núm 14 de 22-III-1999).....	104
5.4 Propuesta Legislativa.....	106
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	109

**ADICION AL ARTICULO 346 BIS FRACCION I, EN
RELACION AL 346 TER DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS PENALES EN EL ESTADO DE
HIDALGO.**

*ESTOY A FAVOR DE LA VERDAD, NO IMPORTA QUIEN LA
DICE,
ESTOY A FAVOR DE LA JUSTICIA, NO IMPORTA PARA
QUIÉN ES, A FAVOR O EN CONTRA.
MALCOLM. X*

RESUMEN

En un estado de derecho, gran parte de la actividad humana se regula por normas jurídicas, de las que se exige su cumplimiento y por su propia naturaleza, es dinámica, debiendo responder a requerimientos de una sociedad cambiante.

Dicho cambio deberá estar regulado por normas benéficas que otorguen celeridad y respuesta a los procedimientos, por lo tanto, con las actuales Reformas Constitucionales y el surgimiento de los nuevos Juicios de Oralidad aparentemente se subsana el retraso, sin embargo, en nuestra Entidad aún no entran en vigor para poder afirmar que son por demás eficaces y más aún no sabemos el desarrollo y resolución de los medios de impugnación.

La vigencia del Código de Procedimientos Penales de nuestro Estado data de julio de 1990, habiéndose reformado por última vez en el año de 1999, durante el lapso de 24 años de su vigencia, se ha observado que algunas de sus disposiciones deben ser adicionadas para una mejor respuesta a los tiempos actuales, que ante tales circunstancias es prioritario consolidar en la entidad en vigoroso Estado de Derecho, donde el respeto a las Leyes sea la regla general y en donde su aplicación no admita excepciones o privilegios, prevaleciendo la impartición de justicia de forma pronta y expedita a aquel que lo demande, cumpliendo satisfactoriamente con la responsabilidad de proveer Seguridad Jurídica al gobernado en cualquiera de sus facetas pero sobre todo respeto a sus Derechos Fundamentales.

ABSTRACT

In a law's estate, most part of the human activity is regulated by juridical rules, same rules which is required it's compliment, and for its own nature it is dynamical, and it must response to the society requirements.

Many changes must be regulated by beneficial rules, rules that give us celerity and give us an answer to the procurements, in deed, with the recently constitutional changes, and with the new oral process, it's apparently subsumed the original retard, but in our stated nowadays we're not able to say without duds that this new process is better, in deed with know how many time it takes the solution of the recourses.

Our penal procurements Code was made in 1990, and the last change was in the year of 1999, during 24 years of life, it has been seeing that some rules must be changed to make it better, it's necessary to make a better law state, a state where the citizens respect for the law be the principal character, where justice be the principal rule, taken the respect for the fundamental rights of the citizens by the principal character in the law state.

INTRODUCCION

Es urgente que se dé resultado a una sociedad más armónica confiada en que la tarea prioritaria del Estado es ser garante de la Seguridad Pública, la Procuración y Administración de Justicia.

El derecho procesal penal, ciencia tan profunda para su estudio, pero sobre todo para su interpretación requiere de un análisis en buena medida, pues en esta ocasión nos enfocaremos a procurar y proteger las garantía de seguridad jurídica y la de brevedad en la solución de juicios penales, contenida en los artículos 17 y 20 fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero todo ello respetando los derechos fundamentales del hombre, que pareciera solo interesa su aplicación en primera instancia lo cual resulta de igual forma importante en la segunda y que se le ha restado trascendencia, sin embargo, se ha dado origen a los recursos que son el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante el juez o tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o confirmada y en el caso concreto, la apelación penal se regula en nuestro Código Procesal en forma más flexible, en cuanto se encuentra inspirada en el principio de in dubio pro reo y, por este motivo el Tribunal de segundo grado posee mayores facultades, puesto que en esencia implica un nuevo examen de todo el procedimiento y de las resoluciones impugnadas en primera instancia.

Luego entonces, cuando menos desarrollado este una dogmática, más importante será la decisión de los tribunales, pues dependerá del azar y de factores incontrolables, la condena o la absolución. Si no se conocen los límites del proceso penal no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería, cuando menos sea el desarrollo dogmático hasta llegar a la caótica y anárquica aplicación de un derecho procesal penal del que por no haber sido objeto de estudio sistemático y científico, se desconoce su

alcance y límite, buscando como consecuencia en este trabajo una aplicación adecuada y pronta.

Es posible también que este derecho al tiempo entre en colisión con el derecho a un juicio penal rápido en el que se eviten las dilaciones indebidas. Por esta razón, a fin de no afectar los derechos de los procesados, se requiere que los legisladores articulen mecanismos que busquen el equilibrio entre la necesaria celeridad de los procesos penales y el derecho al tiempo conveniente para la preparación de la defensa de igual forma en segunda instancia.

En el primero capítulo se analizarán los derechos fundamentales del hombre que de ninguna manera podrán ser vulnerados en la aplicación de esta propuesta y que han evolucionado y dado a conocer en diferentes facetas haciendo sus interpretaciones plasmados en modelos y teorías, hasta poder recurrir a un medio de control constitucional para su defensa.

En el segundo capítulo estudiaremos las particularidades de las Garantías individuales y la diferencia con los derechos humanos, en especial la de Seguridad Jurídica cuya garantía representa la organización estatal en orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo nacional y extranjero revisaran la garantía de brevedad en la solución de juicios penales.

En los capítulos tercero y cuarto estarán más enfocados a los recursos como medios de impugnación pero particularmente me abocaré a la Apelación y su resultado al Reponer el Procedimiento, haciendo un comparativo de la redacción de los numerales con el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y ahora en Código Nacional de Procedimientos Penales. .

Y finalmente estableceré la propuesta legislativa respecto a la adición que conllevara a tener celeridad en los procesos penales pero procurando ante todo el respeto a los derechos Fundamentales.

PROTOCOLO DE INVESTIGACION

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACION.

Es verdad que la resolución del Tribunal de Alzada, en la que se ordena la reposición del procedimiento, por virtud de que no se desahogaron algunas pruebas ofrecidas por los procesados, por sí misma no produce la afectación inmediata de algún derecho sustantivo consagrado en las garantías individuales. Sin embargo, también es verídico que los efectos y consecuencias de la mencionada resolución sí constituyen actos que tienden a retardar el procedimiento, por ejemplo una vez admitido el recurso de apelación por el Ad quem y realizado el estudio correspondiente se ordene la reposición del procedimiento, sin que se de vista a las partes para que manifiesten si insisten o no en el desahogo de dichas probanzas, pues de manera automática se remiten las constancias de autos al juez de primera instancia quien deberá proveer lo conducente respecto a dicho mandato judicial y en la que nunca o casi nunca la Sala Penal convalida actuaciones o resoluciones que no se hallen directamente afectadas, tal y como lo establece el artículo 346 TER del Código de procedimientos Penales de Hidalgo, en consecuencia considero que lo único que se origina es retardar el procedimiento ya que una vez que se remiten las actuaciones regularmente las partes se desisten de las pruebas que quedaron pendientes por desahogar decretándose la nulidad de las actuaciones consecutivas, como es el caso de las

conclusiones del ministerio público, del inculpado y en algunos casos del coadyuvante, e ineludiblemente la sentencia definitiva, lo cual implica solo realizar tiempo y alargar el proceso y resulta más en perjuicio de inculpados detenidos quienes viven con la incógnita de saber el resultado de su situación jurídica y que desgraciadamente en lugar de que se dé trámite a la segunda instancia se tienen que repetir actos ya formulados y que únicamente es transcribir y repetir lo ya estudiado y valorado en el juicio de origen.

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

a) General:

1.- **Analizar** las consecuencias jurídicas que implica el ordenar una reposición de procedimiento para el único efecto del desahogado las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso por el inculpado o su defensor, tratándose de sentencias condenatorias; y que sea para el único efecto de que se desistan de ellas así como sus posibilidades de reforma.

b) Particular:

1.- **Determinar** el grado de afectación procesal y retraso del procedimiento a efecto de que en ningún caso sea en perjuicio del reo.

2.- **Construir** un modelo teórico normativo respecto a la función de las Salas Penales al resolver y ordenar la reposición del procedimiento.

3.- **Proponer** adiciones eficaces a los artículos 346 BIS Fracción I, en relación al 346 TER del Código de Procedimientos Penales en el Estado de Hidalgo.

HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION

Para realizar la presente y haciendo uso de los conocimientos adquiridos, la hipótesis parte de un conocimiento empírico para llegar a su demostración con el análisis de uno teórico, pues deberá garantizar a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que una vez cumplidos los requisitos procesales permitan obtener una decisión en la que resuelva sobre las pretensiones deducidas, debiendo estimarse que en la regulación respectiva pueda limitarse a esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando los presupuestos procesales encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República.

JUSTIFICACIÓN

Gran parte de la actividad humana se regula por normas jurídicas, y manifestándose como actos jurídicos, generalmente, por lo que se desarrolla dentro de la Entidad en el año de 1999, concretamente el 19 de marzo fueron adicionados al Capítulo III, correspondiente al Título Octavo, la Sección segunda y los artículos que la forman 346 bis y 346 Ter, por el decreto número 347 (al calce al P.O. núm 14 de 22-III-1999), en los cuales se crea la figura de la Reposición del Procedimiento, y que sin lugar a dudas surge en beneficio de los sujetos procesales mismos que a la letra establecen:

ARTICULO 346 BIS. Podrá reponerse el procedimiento, en los siguientes casos:

- I. Cuando por causas no imputables al oferente, no se hubieran desahogado las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso por el inculpado o su defensor, tratándose de sentencias condenatorias;
- II. Cuando habiéndose rendido dictámenes periciales discordantes, no se hubiere realizado la junta de peritos y, en su caso, el dictamen del tercero en discordia;
- III. por haberse omitido la designación de traductor o interprete al inculpado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley; o
- IV. en general, por no haberse observado las garantías que concede al procesado la constitución general de la república y la constitución

política del estado, así como los derechos que emanan directa e inmediatamente de estas.

ARTICULO 346 TER. De ser procedente la reposición del procedimiento, la sala penal ordenara al juez de primera instancia que lo reponga a partir del acto en que se causó el agravio, remitiéndole de inmediato las constancias de autos.

La Sala Penal podrá determinar la subsistencia de actuaciones o resoluciones que no se hallen directamente afectados con el acto que motivo la reposición del procedimiento y que satisfagan las condiciones que la ley dispone para que puedan ser convalidados.

Si la sala penal encontrare que el juez de primera instancia violo inexcusablemente la ley del procedimiento, o que el defensor falto gravemente a sus obligaciones, les impondrá una corrección disciplinaria, o dará vista al ministerio publico si la violación o el incumplimiento fueren penalmente relevantes; además, si se tratare del defensor de oficio, lo pondrá en conocimiento de su superior jerárquico.

Pues es el caso de O J V, O. R. V. S.B. V., entre otros, y quienes se encuentran enfrentando un proceso penal el primero de los mencionados desde julio de 2006, mismo que se encuentra privado de su libertad como probable responsable del delito de FRAUDE, el segundo desde junio de 2005 por LESIONES Y DAÑO EN LA PROPIEDAD, y el último desde noviembre de 2003, en su calidad de agraviado por el delito de FRAUDE, y en estos tres casos

se ha dictado sentencia definitiva, interpuesto el recurso de apelación en donde la superioridad ha ordenado **la reposición del procedimiento para efectos de dejar insubsistente el acuerdo en que se había decretado el cierre de instrucción**, y para el único efecto de que se desahoguen pruebas que quedaron pendientes de desahogar y que regularmente las partes se desisten de ellas y lo único que se actúa con posterioridad es el escrito de desistimiento, lo que prácticamente debía realizar la Sala de apelación para obviar tiempo y darle trámite a la resolución de segunda instancia, al no insistir en el desahogo de los medios probatorios y no perder tiempo en regresar los autos al de origen para realizar un simple desistimiento y que se tengan que transcribir nuevamente las actuaciones consecutivas, pues generalmente y de igual forma el juzgador emite la misma sentencia y por ende se expresan los mismos agravios que de ninguna manera alteran el fondo del asunto y si lo posponen en gran medida ya que es la fecha que ni a los probables dan solución, ni al agraviado le hacen el pago de la Reparación de Daños. .

Cabe hacer mención que de un estudio comparativo de los juzgados primero, segundo y tercero penal de esta Ciudad Capital un 50% de los asuntos son regresados para reponer el procedimiento por haberse quedado pruebas pendientes por desahogar y de ellos un 30% termina desistiéndose de ellas, debido a que lo que les interesa es conocer su situación jurídica.

En consecuencia a lo anterior se propone una adecuación y adhesión a los citados numerales con el fin de acelerar

el proceso de segunda instancia, específicamente por lo que hace a la fracción I del ordinal 346 BIS y que una vez que regrese el expediente al juez de primera instancia, a los sujetos procesales se les respete su garantía de breve proceso y seguridad jurídica.

MARCO DE REFERENCIA DE LA INVESTIGACION

Marco Teórico, Legislativo y Jurisprudencial de la investigación

En este sentido he de plantear la posibilidad de analizar la **teoría** acerca de los derechos humanos, derechos fundamentales y las garantías constitucionales, específicamente por lo que hace a la de seguridad jurídica y recursos, específicamente la apelación, aplicable al tema central que se trata, ya que en ella lleva implícita la teoría normativa.

En lo que respecta al marco **legislativo**, he de hacer referencia a los artículos aplicables al caso, tanto a nivel federal, para el Distrito Federal, así como para la entidad en estudio.

Por lo que hace al aspecto **jurisprudencial**, manifiesto que hay infinidad de criterios que al respecto ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en ese sentido, he de hacer referencia a ellos, en cuanto el desarrollo del trabajo me lo permita.

METODOLOGIA GENERAL DE LA INVESTIGACION

La metodología a emplear en el presente será de tipo Formal, ya que en ella se analizan aspectos históricos, comparativos, interpretativos y a su vez se plasmará una propuesta que redunde en una solución o que al menos sirva de base para atacar el fondo de la problemática principal que llevó a la realización del presente proyecto.

El tema principal se desglosa en apartados subsidiarios, empleando el método deductivo con base en que se planteó el tema general hasta llegar a sus aspectos concretos.

CAPITULO I.- DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 Antecedentes.

El desarrollo ¹constitucional contemporáneo europeo tiene en la teoría de los derechos fundamentales, la expresión más clara que la utopía liberal del siglo XVIII ha logrado institucionalizar en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo; debido a que "el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho".

Sin embargo, se puede señalar que los derechos fundamentales ²constituyen una constante histórica y teórica en todas las latitudes y marcan un horizonte social y temporal, dado los profundos alcances de su poder transformador con la sociedad, que el iuspositivismo definitivamente no logra comprender con sus categorías normativas. En ese sentido, el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la

¹ BURGOA O, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1997, p.10

² CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales en México, México, Porrúa, 2006, p. 6

base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional.

Para lo cual, se debe partir de reconocer que "la primera condición de la existencia de todos los seres humanos, que se constata en la historia, es que para vivir primero deben existir, lo que es condición para poder hacer la historia". Si bien, toda persona necesita ³*“primun vivere de inde filosofare”*, esto no supone reducir la condición humana al ⁴*“homo economicus”*, aunque si reconocer que el trabajo constituye el sistema material de satisfacción de las necesidades de toda persona.

En este sentido, se deben reconocer las condiciones reales que dan la pauta para la realización de los derechos fundamentales, en el marco constitucional; pero, sin someter absolutamente la validez de los derechos humanos a la fuerza normativa de los poderes públicos o privados transitorios, que muchas veces se presentan como portadores de las banderas del bienestar general, para soslayar sus prácticas autocráticas. Por ello, son las necesidades radicales relativas a los derechos y libertades subjetivos, basadas en el conocimiento, el pensamiento, el sentimiento y la acción, las que delimitan y otorgan sentido humano -racional y volitivo- a las necesidades materiales primarias, para evitar que se conviertan en instrumentos de las tiranías para la alienación popular.

³ Primero viviré y después filosofare

⁴ Condición Económica

En la perspectiva establecida, es la teoría sobre los derechos fundamentales, entendida como ⁵"una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales", la que más ha avanzado en plantear la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como las principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados. Ello ha sido así, gracias a que la teoría de los derechos fundamentales se asienta en una determinada idea de Estado y en una determinada teoría de la Constitución; lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución, que a continuación se presentan.

1.2 Teorías De Los Derechos Fundamentales

En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó adelante mediante reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales.⁶

⁵ Carbonell, Miguel, Op. cit, p.8

Desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, en la medida que, matizadamente, tiene como común denominador la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros.

Sin embargo, ⁷los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por desarrollar los derechos fundamentales son muy frágiles aún en América Latina. Esto se explica en la medida que la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales se vuelve nula sin un Estado de derecho que les otorgue un significado constitutivo en la totalidad del sistema constitucional. A ello ha contribuido el fuerte caudillismo presidencial, las obsecuentes mayorías parlamentarias, el militarismo y los medios de comunicación, además de la extrema riqueza y pobreza, en tanto constituyen serios límites al desarrollo democrático del Estado constitucional.

Pero, el embrionario desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia tutelar de los derechos fundamentales, también encuentra explicación en la cultura legal positivista, caracterizada por una supervaloración normativa en detrimento de la realidad de los derechos humanos y de una subordinación del derecho al poder político y económico de iure o de facto. En ese sentido, cuando se ha

⁷ Referencia Electronica:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

intentado juridificar y más aún judicializar la política, se ha terminado más bien politizando el derecho y la justicia, con lo cual Schmitt, recordando a Guizot, ha señalado que en esos casos: "la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar".

Frente a ello, la dogmática y la justicia constitucionales tienen como desafío pendiente, revisar sus propias fuentes doctrinarias que le permitan otorgar a los derechos fundamentales un rol protagónico en el fortalecimiento del Estado Constitucional en América Latina. Para lo cual, se debe investigar atentamente, pero con beneficio de inventario, la propia historia y teorías de los derechos fundamentales que aporta la dogmática europea y en particular la alemana, en la medida que después de la Segunda Guerra Mundial, constituye una fuente ineludible de estudio y desarrollo de los derechos humanos y, que en el actual proceso de globalización político-cultural, resulta válida también presentarla para Latinoamérica.

1.3 Teorías del Estado de los derechos fundamentales

La idea de los derechos fundamentales vinculada a la noción de Estado se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, siguiendo a Fioravanti, en tres modelos que se integran parcialmente: historicista, individualista y estatalista. De esta manera, "tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la

revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)".

1.3.1 Modelo historicista

La perspectiva histórica encuentra sus raíces en la etapa de construcción del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval más clara de la limitación del poder político de imperium. Por eso, se privilegian las libertades civiles negativas, que emanaban de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, en virtud de lo cual se entendían como capacidades de actuar sin impedimentos del poder político. Estos derechos en verdad eran privilegios o prerrogativas que quedaron plasmadas en los llamados contratos de dominación Herrschaftsverträge durante la baja Edad Media.

Por eso, se ha señalado que en la época medieval se condensan las raíces profundas de la Antigüedad y del primer cristianismo, que desarrollaron la idea de la libertad como autonomía y seguridad. De ahí que se entienda inclusive que: "la nueva sociedad liberal es en ese sentido nada menos que la generalización, oportunamente corregida y mejorada, de la antigua autonomía medieval de los derechos y libertades". Sin embargo, es del caso recordar que, los derechos y libertades civiles no eran del hombre como persona individual, sino en tanto miembro de una organización corporativa, que definía su estatus jurídico.

El orden natural de las cosas asignaba a cada persona sus derechos civiles desde su nacimiento; en tanto que no se concebía la existencia de derechos políticos, en razón a que la ley estaba en función del equilibrio y control del gobierno; en todo caso sometida a la tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos, como en Inglaterra. En tal entendido, la profunda contradicción con el orden liberal de los derechos, es que éste no se somete a un "orden natural" dado, sino que es esencial la autonomía de la libertad para construir un orden diferente, donde la persona sea el centro de decisión y no objeto del status quo.

1.3.2 Modelo individualista

Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que se opone al orden estamental medieval, en tanto la persona está diluida en las organizaciones corporativas; se afirma en un iusnaturalismo que se expresa revolucionariamente como eliminación de los privilegios estamentales y en la afirmación de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituye en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, como quedó manifestado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón.

Pero el esquema individualista de derechos como no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, como aconteció en el proceso social inglés; por ello, requirió partir de una ficción

jurídica-política; donde el contrato o pacto social fue el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Sobre la base del pacto social se establecerá en adelante el principio de la soberanía popular y del poder constituyente, que otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre.

En efecto, la presunción de libertad del hombre frente al Estado -principio de distribución- y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad -principio de organización-, suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial. ⁸En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos; lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos.

A partir de entonces, los derechos políticos, como el derecho de sufragio, constituirán la base que otorga un nuevo elemento constitutivo a los derechos civiles; formando una sociedad de individuos políticamente activos, que orientan la actuación de los poderes públicos. De modo que, en adelante son los representantes electos por los propios ciudadanos los que se encargarán de

⁸ CABO, Carlos de, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, pp. 305 y ss

configurar los derechos y libertades de los hombres a través de la ley, así como también establecer sus limitaciones de manera taxativa y restringida.

El modelo individualista, a diferencia del historicismo que sostuvo la concepción de los derechos como una manifestación del orden establecido, edificará formalmente los derechos y libertades de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. En este último sentido, el individualismo retomará la doctrina de la libertad como seguridad, para sus bienes y su propia persona.

1.3.3 Modelo Estatalista

Se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es ⁹*bellum omnium* contra omnes significa necesariamente sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno.

⁹ Referencia Electronica:<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, ya que los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la decisión política, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Tales voluntades encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe a los derechos políticos como funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece a favor de este último; asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad; en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello se ha dicho que "puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte".

Estas corrientes historicista, individualista y estatalista han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las

revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional.

1.4 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. En tal sentido, se pueden identificar a las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos:

1.4.1 Teoría liberal

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa *Abwehrrechte*. Se pone el acento en el *status negativus de la libertad*, frente y contra el Estado. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal; en la

medida en que, como reza el artículo 4o. de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano: La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de normación, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" y la prohibición de la retroactividad de la ley. En ese sentido, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado; actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio pro libertate*, sino a través del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos

fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.¹⁰ De ello, se desprende la noción de límite de la injerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que "los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación". Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales.

1.4.2 Teoría de los valores

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entre guerra; para la cual "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales".

¹⁰ MEDINA, Manuel, La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Madrid, Civitas, 1997, p. 9

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes.

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores material; donde los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológicos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas. En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad que se va expresando en normas legales y sentencias.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales; dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad; que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva, o

mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior.

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter preexistente y vinculante de los principios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables. En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento.

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos, a los valores minoritarios; pero en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no terminan integrándose, sino que "en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifican en que el valor destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor". Por ello, los derechos fundamentales, en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales a partir de la teoría institucional.

1.4.3 Teoría institucional

Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social; de ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.

En tal sentido, se debe partir comprendiendo que para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos". Pero es precisamente mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido. Por eso, Schmitt trazó una divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, con el fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, "la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional".

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales en tanto gozan junto al carácter subjetivo de un

carácter objetivo, requieren de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así el doble carácter de los derechos fundamentales. Pero es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador en relación con los derechos fundamentales, reformulando la tesis de la reserva de ley y postulando la tesis central de contenido esencial, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental.¹¹

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta; pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional. En ese sentido, "el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental". Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitar los derechos fundamentales. En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos

¹¹ Haberle, Peter, La libertad fundamental..., cit., nota 3, pp. 116 y ss.; asimismo Gavara, Juan, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, Madrid, CEC, 1994, pp. 99 y ss

fundamentales se trata de ponderar diversos bienes jurídicos, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.

La realización práctica del sistema de derechos fundamentales supone el reconocimiento de un ¹²*status activus processualis* que permite la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos. En ese sentido, los derechos fundamentales son vinculantes, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas; lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional. Sin embargo, "la Constitución no puede pues resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una determinada realidad y de un programa social reformado."

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquiere visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común como objetivo humano reclama de la acción del Estado acciones concretas. En ese sentido:

Los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivado como status; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.

¹² López Pina, Antonio, La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1992; Häberle, Peter, El legislador de los derechos fundamentales, ponencia, p. 120

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la libertad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley; que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad Schranken-Schrank. De aquí, la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mayorías parlamentarias transitorias.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto; es decir, que la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, "los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser efectivamente reivindicados por los titulares -cambiar el hecho por la norma-, es decir cuando son regla".

El rico desarrollo de la doctrina institucional de los derechos fundamentales ha dado lugar a dos sub teorías institucionales que a continuación se esbozan.

1.4.3.1 Teoría sistémica

Parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista. En ese sentido, "los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad".

Pero es de destacar que el análisis sistémico de los derechos fundamentales también incorpora la variable social compleja; es decir, que el ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional. En este sentido, "los derechos fundamentales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipatoria y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas".

1.4.3.2. Teoría multifuncional

Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la

participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social del derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales.

Así, se puede decir que la diversidad de funciones constitucionales de los derechos fundamentales está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que la doctrina constitucional suiza ha aportado al desarrollo constitucional. En este sentido, se puede señalar que no sólo la Constitución, sino también los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado.

1.4.4 Teoría democrático-funcional

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; de allí que "no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho". Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participatorios de la democracia estatal. Desde esta perspectiva social y ciudadana, se puede plantear que hay derechos fundamentales,

pero también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. En este último sentido, los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen los límites y el deber de fomentar el interés público. La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político. Por lo anterior, como señala Böckenförde, "el objeto (Aufgabe) y la función (Funktion) pública y democrático-constitutiva es lo que legitima los derechos fundamentales, y también lo que determina su contenido".

En tal sentido, el punto de partida, orientación y límites de los derechos fundamentales se encuentra en el proceso político democrático, que se convierte en el valor constituyente del contenido, del ejercicio y de los contenidos de los derechos de la persona. En consecuencia, lo políticamente correcto se convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualistas y colectivistas de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta tesis de la democracia-funcional de los derechos fundamentales no deja de presentar

interrogantes acerca de la posible presión social contra la aparición de nuevos derechos que se originan en los valores periféricos del consenso democrático existente. Es el caso de libertad de expresión o derecho electoral, entendidos como derechos fundamentales absolutos que pueden dar lugar a la transmisión de ideas y programas políticos, cuestionables desde una posición democrática -no funcionalista ni valorativa-; lo cual abre un debate acerca de los límites y diferencias de los derechos fundamentales, sobre todo cuando aportan una carga político-social.

1.4.5 Teoría jurídico-social

El punto de partida ¹³de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley, o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia. Por esto, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes para el Estado: sólo así se puede hablar de derechos normativos; sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica.

¹³ Vega, Pedro de, "Neoliberalismo y Estado", Pensamiento Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, año IV, núm. 4, 1997, p. 31

En esta perspectiva subyacen dos cosas: "de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la aplicación de la libertad en la realidad constitucional, y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales".¹⁴

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva. En consecuencia, el desarrollo económico y social es una premisa necesaria aunque no suficiente de la legitimidad de los derechos socio-económicos, debido a que los derechos sociales podrán cumplir su función social, sólo en la medida que su proyección normativa sepa desarrollar los elementos jurídico-sociales, que no dejen vacía o sin realización a la norma constitucional de los derechos sociales.

¹⁴ Vega, Pedro de, Op. Cit p. 35

El problema de esta teoría radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida en que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas. Con lo cual, la eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición; pero, sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real.

1.4.6 Teoría de la garantía procesal

La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del *status activus processualis* planteado por Häberle. En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial

efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal.

De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia:

Las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales con el fin de proteger los propios derechos fundamentales; sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En tal sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.

Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria.

1.5 Los Derechos Fundamentales y la Aplicación en la Justicia Constitucional

¹⁵Un Estado de derecho conceptualmente es aquel que está regido bajo el imperio de la ley y en la que todos nos vemos sometidos a dicho imperio: gobernados y gobernantes. Partiendo de esa premisa se podría afirmar que ese imperio de la ley se ve plasmado en la Constitución Política del Estado de cada sociedad políticamente organizada, y dicha carta magna tiene como contenido esencial a los derechos humanos reconocidos por los Estados en la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948.

¹⁵ Contreras Castellanos, Julio César, Las Garantías Individuales en México, México, Porrúa, 2006, pp. 29-30

Los derechos humanos¹⁶ son así llamados en principios y son aquellos derechos inherentes al hombre. Es decir el ser humano nace con ellos. Los derechos fundamentales, según la doctrina son aquellos derechos humanos positivizados por los Estados en las constituciones respectivas. Los derechos humanos si bien son inherentes al hombre su estudio y propugnación nació para muchos doctrinarios a partir de la Revolución francesa o por lo menos a partir de ahí es que se le dio ese nombre; antes los mismos se los conoció como derechos subjetivos, o derechos inherentes al hombre.

Pero la gran evolución de los derechos humanos y su concepción posterior como derechos fundamentales se fue dando a partir del nacimiento o resurgimiento del llamado Derecho Internacional Contemporáneo o Moderno en 1945 y terminada la Segunda Guerra Mundial.

Por lo que derechos humanos y derecho internacional van de la mano; es así que a partir de la mencionada fecha el derecho internacional “ha surgido vigoroso de las cenizas” para llegar a un nuevo enfoque del mismo y desprenderse en varias ramas y una de ellas conocida como El Derecho Internacional de los derechos Humanos; la cual se encarga del estudio, sistematización y divulgación de los derechos humanos en la sociedad internacional a efecto de que la Comunidad Internacional adopte los derechos humanos como derechos fundamentales.

¹⁶ Escalona, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004. P.30

Una vez introducidos los derechos humanos a la esfera de derecho interno; es decir positivizados y tenidos como derechos fundamentales, se abre otra disciplina jurídica que tiende a su cumplimiento, protección y vigencia efectiva: El derecho Constitucional.

Si bien el Derecho Constitucional es en síntesis el estudio de la Constitución la cual abarca no solo la parte dogmática sino la parte orgánica una gran parte del Derecho Constitucional tiene por objeto los derechos fundamentales los cuáles propugna en su parte dogmática todas las constituciones conocidas.

Entonces es el mismo derecho constitucional el que hace el papel de darles un cumplimiento obligatorio y velar por el respeto y vigencia de los mismos abriéndose así la JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN CASO DE QUE ESTOS SEAN VIOLADOS O AMENAZADOS DE SER VIOLADOS.

1.6 Los Derechos Fundamentales como Derechos Protegidos por la Constitución en un Estado de Derecho.

Los derechos fundamentales ya lo dijimos son derechos humanos positivizados y reconocidos por las constituciones de cada Estado de derecho. ¹⁷Un Estado de derecho que se respete ser tal ha introducido a su sociedad todos aquellos derechos humanos

¹⁷ Referencia Electrónica: <http://www.articuloz.com/otro-articulos/los-derechos-fundamentales-y-la-aplicacion-en-la-justicia-constitucional-720325.htm>

surgidos a lo largo de la evolución de los mismos. La doctrina los ha clasificado a los derechos humanos de acuerdo al tiempo de surgimiento en: 1) Derechos de primera generación, 2) Derechos de segunda generación y 3) Derechos de tercera generación. Los primeros son los llamados derechos individuales y que surgieron con mayor fuerza a partir de la revolución francesa; sin embargo estos son inherentes al hombre y nace con el hombre por lo que su vigencia es de siempre. Los segundos surgieron en la época de la revolución industrial en Inglaterra y son los llamados derechos sociales y económicos. Y los terceros de data reciente son los conocidos como derechos colectivos o de los pueblos.

Existe en el ámbito internacional un sin fin de declaraciones y resoluciones de naciones unidas que propugnan estos derechos algunos incluso para los doctrinarios se han vuelto de carácter *ius cogens* para el derecho internacional es decir de cumplimiento obligatorio, imperativos e inderogables.

Entonces las diversas constituciones han introducido necesariamente estos derechos fundamentales; y si bien es cierto que en algunos específicamente no se mencionan por ejemplo “el derecho de autodeterminación de los pueblos” como derechos de tercera generación; el carácter de *ius cogens* que le da la doctrina internacional hace que sean introducidos de por sí, sin la necesidad de un tratado internacional para lo cual el Estado de Derecho necesite obligarse.

El ejemplo peruano y boliviano por ejemplo se da en el artículo 3 y 35 respectivamente los cuáles señalan: “La enumeración de los derechos restablecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”... “Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”

Del análisis y lectura de los dos textos constitucionales glosados se puede interpretar que en campo de derechos humanos los Estados de derecho de la mencionadas constituciones no necesitan vincularse por tratado alguno; de por sí todo derecho humano reconocido por el derecho Internacional y más aún aquellos de carácter *ius cogens*

SON PARTE DEL DERECHO INTERNO DE CADA ESTADO SIN IMPORTAR SI ESTAN EXPLICITAMENTE SEÑALADOS EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES.

1.7 De Las Garantías Dadas por el Derecho Constitucional a Efectos de la Protección de los Derechos Fundamentales.

El derecho constitucional ¹⁸a través de la norma fundamental introduce asimismo garantías procesales para la protección efectiva de los derechos fundamentales. La doctrina igualmente habla de remedios procesales, garantías constitucionales, recursos extraordinarios para poder definir conceptualmente el alcance de estos medios jurisdiccionales que pertenecen a la justicia y jurisdicción constitucional.

Sin embargo, cualesquiera que sean las consideraciones doctrinales sobre estos medios procesales de protección de los derechos fundamentales los mismos se caracterizan por lo siguiente:

- 1.- Son Recursos o medios procesales; ya que se tramitan procesalmente y tienen el carácter de inmediatez.
- 2.- Son extraordinarios pues no pertenecen a la jurisdicción ordinaria o administrativa.
- 3.- Solo proceden en caso de violación de derechos fundamentales o amenaza de que esos derechos sean violados.
- 4.- Pertenecen a la justicia y jurisdicción constitucional ya que aunque a veces son jueces ordinarios los que la ley faculta para conocer el recurso los mismos se tornan en constitucionales al conocerlos.

¹⁸ Prieto Sanchis, Luis, *Estudio sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

1.8 El Recurso de Habeas Corpus y el Derecho Fundamental a la Libertad y de Locomoción.

El primer derecho fundamental supremo reconocido no solo por el derecho internacional sino por los derechos internos de los Estados es: LA LIBERTAD INDIVIDUAL DE LA PERSONA; es así que las diversas normas internacionales de derechos no solo garantizan el derecho a la libertad sino establecen un recurso efectivo y rápido a efectos de reparar o proteger la violación o la amenaza de violación de este derecho fundamental.

La doctrina ¹⁹con referente al habeas corpus y así también lo han entendido las diversas constituciones entre ellas la peruana y boliviana habla de derechos conexos o vinculados a la libertad lo que establece en principio que una restricción material de por sí a la libertad no solo sería causa del habeas corpus sino un accionar o acto de cualquier persona que tenga como consecuencia real la violación o amenaza de la violación al derecho a la libertad.

1.9 El Recurso de Amparo Constitucional y los Demás Derechos Fundamentales Existentes.

Todos los demás derechos ²⁰fundamentales reconocidos y no inmersos explícitamente en las constituciones se

¹⁹ D'ATENA, Antonio, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", en *REDCE*, nº 1, Enero-Junio de 2004.

²⁰ CARRANCA BOURGET, Víctor A. *Teoría de Amparo y su Aplicación en Materia Penal*. Ed. Porrúa. México 2000. pp. 20 y ss.

tutelan a través del amparo constitucional o conocido también como acción de amparo.

El mandato de las normas internacionales con relación a la protección de los derechos fundamentales es claro (artículo 8 declaración universal de derechos humanos; artículo 18 Declaración americana de derechos humanos y artículo 25 Convención Americana de Derechos Humanos) las mencionados artículos internacionales hablan en suma de: “UN RECURSO EFECTIVO Y RAPIDO, ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES COMPETENTES QUE LA AMPAREN CONTRA ACTOS QUE VIOLEN SUS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCION O POR LA LEY ”.

La regla tiene sentido pues ante una violación de un derecho fundamental cualquiera sea este el Estado debe actuar de manera inmediata y al individuo se le debe abrir la jurisdicción constitucional para que la justicia constitucional compulse debidamente y repare el derecho violado al efecto.

Pero en la práctica jurídica tal extremo no ocurre ya que si bien la naturaleza del recurso de amparo como tutela a los derechos fundamentales²¹ debe ser inmediata como mandan las normas internacionales al respecto; este presupuesto de inmediatez es la característica esencial que lo diferencia del Habeas Corpus. Es

²¹ CARRANCA BOURGET, Op. Cit. p. 35

sabido por toda la doctrina que para acceder en este caso a la jurisdicción y justicia constitucional es necesario que el procedimiento ordinario donde se vio violado el derecho o el mismo es amenazado de ser violado se agoten todas las vías existentes, lo cual desnaturaliza el mandato de las normas internacionales con relación a la tutela de los derechos humanos.

Que agotamiento de vías nos pueden exigir cuando nuestro derecho fundamental ya se ve violado o amenazado de ser violado. Ante una evidente violación al debido proceso por ejemplo, se viola un derecho fundamental como el derecho a la defensa o a ser oído; y posteriormente se produce en ese mismo proceso una sentencia viciada de nulidad que causa aún más agravio a la persona afectada. Pero sin embargo el Recurso de Amparo nos exige que agotemos las vías para el efecto; haciendo que la naturaleza del recurso efectivo, sencillo y rápido se desnaturalice.

Otros Recursos y Acciones que ponen en Movimiento la Justicia Constitucional y el Derecho Fundamental a la Seguridad Jurídica.

Existe sobre todo en los sistemas que siguen el ²²control constitucional concentrado, que es aquel en el cual solo un órgano es el encargado del control de la constitucionalidad, otros recursos o acciones que son de competencia de la jurisdicción constitucional y son conocidos por el Tribunal o Corte Constitucional.

²² GOZAINI, Osvaldo Alfredo, La Justicia Constitucional, Ed. Palma, Argentina 1994, p.11

Si bien en estos casos parecería ser que no se derivan de la tutela de derechos fundamentales, no dejan de ser menos importantes ya que se refieren al estricto control de la Constitución a efectos de que el Estado de derecho que rige dicha constitución sea respetado.

²³Tenemos en este caso la Acción de inconstitucionalidad que se da en dos formas la primera contra leyes en general que vayan en contra de la constitución ya sea en la forma o en el fondo y la segunda se refiere a leyes, resoluciones y normas administrativas que violen la norma constitucional vinculadas a un proceso judicial o administrativo.

Aquí la jurisdicción constitucional tiene como fin el preservar la primacía de la constitución y por ende ese control de constitucional está encargado exclusivamente a la justicia constitucional; aunque en algunos casos por ejemplo en la acción popular en el Perú quien conoce es el poder judicial; sin embargo como ya lo dijimos en este caso el poder judicial se vuelve órgano constitucional pues está compulsando el control de constitucionalidad de una norma administrativa o resolución de carácter general.

Pero si bien se dijo que en este caso la justicia constitucional parecería ser que no se activa para la tutela de un derecho fundamental violado o amenaza de ser violado; si lo hace; ya que en suma este control de constitucionalidad viene a proteger un

²³ CHAVEZ CASTILLO, Raúl. *Tratado Teórico Práctico del Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa. México2003.

derecho fundamental de la sociedad y el Estado de Derecho: LA SEGURIDAD JURÍDICA.

CAPITULO II.- GARANTIAS INDIVIDUALES

2.1 Concepto

La palabra garantía proviene de *garante*; entre sus acepciones destacan “efecto de afianzar lo estipulado” y “cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad”.²⁴ Las nociones de afianzamiento, aseguramiento y protección son indisociables del concepto de garantías individuales. Puede decirse que las garantías individuales son “derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo”.²⁵

La sistemática jurídica nos ofrece una visión más coherente y ordenada de las materias que regula nuestra disciplina: las garantías individuales.

²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “*garantía*”, op.cit;p 117Miguel Tinajero Zamora Página 54

²⁵Tesis P./J.2/97, *Semanario Judicial de la Federación y se Gaceta*, Novena Epoca, enero 1197, p.5

El ejercicio consistente que tienen en su contenido, más que a su forma o estructura lógica, Eduardo García Máynez señala que la tarea de sistematización no termina al ser agrupadas las reglas del derecho en disciplinas especiales, sino que debe continuar en el ámbito de cada una de ellas, por lo que de acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes y cada una de ellas posee asimismo un sistema, el cual se forma agrupando las reglas jurídicas en instituciones.

O como Miguel Villoro Toranzo dice, hay un modo de ordenar y comprobar las relaciones entre varias normas jurídicas y es el modo en que el legislador las presenta agrupadas en torno a un mismo tema al tratar en su legislación de una institución jurídica, para que el jurista sepa cuál es la norma aplicable al caso, es necesario ordenar todas las normas de un sistema jurídico, es necesario percibir la relación entre los diversos grupos de normas contenidas en la Constitución.

²⁶Luís Bazdresh señala que las garantías de los derechos del hombre son las distintas prevenciones que la soberanía ha impuesto en la ley constitutiva del Estado, como limitaciones y obligaciones en la actuación de los órganos gubernativos, para que los propios órganos respeten y permitan que las personas disfruten y ejerzan libre y eficientemente, dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva.

²⁶ Contreras Castellanos, Julio César, Las Garantías Individuales en México, México, Porrúa, 2006, pp. 29-30

Martha Elba Izquierdo Muciño, refiere que las garantías individuales implican lo que se establecen como derechos del gobernado frente al poder público.

I

Ignacio Burgoa,²⁷ manifiesta que el concepto de las garantías individuales se forma con la concurrencia de los siguientes elementos:

- Relación jurídica de supra o subordinación entre gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).
- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).
- Previsión y regulación de la citada relación por la Constitución (fuente).

Por lo que las garantías individuales²⁸ son la consagración jurídico-positiva de los derechos del hombre, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte del Estado y de sus autoridades. En otras palabras, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a

²⁷ BURGOA, O, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed. Porrúa, México 2008 p. 17

²⁸ CORONADO, Mariano, Elementos del Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Escuela de Artes y Oficios del Estado, México 1899. P. 7

éstas como meras relaciones jurídicas entre los gobernados, por un lado, y el Estado y sus autoridades, por el otro.

Luego entonces, las garantías individuales son los derechos subjetivos públicos consagrados en la Constitución a favor del gobernado para la protección de sus derechos esenciales o humanos y elementales socialmente adquiridos frente al ejercicio del poder público del Estado y sus autoridades.

2.2 Las características de las garantías individuales.

De los elementos con que constan las garantías individuales, se puede inferir las características de las mismas ²⁹ como derechos absolutos, unilaterales, originarios, inalienables, subjetivos públicos e irrenunciables, por las razones que en lo particular presenta cada una de esas cualidades, de los cuales a continuación se procederá a su análisis.

2.2.1 Derechos absolutos.

En absoluto, porque puede ser oponible frente a cualquier autoridad del Estado y éstas, como sujetos pasivos de la relación jurídica, tienen correlativamente una obligación universal de respetar y no vulnerar las garantías individuales del gobernado.

²⁹ Contreras Castellanos, Julio César, Op. Cit, pp. 33-35

Ignacio Burgoa nos dice al respecto que las garantías individuales participan de este carácter absoluto, desde el momento en que los derechos públicos subjetivos que de ellas derivan pueden hacerse valer contra cualquier autoridad del Estado que los viole o incumpla, existiendo, por ende, un sujeto obligado universal que se traduce en todas las autoridades del país.

2.2.2 Derechos unilaterales.

Porque las garantías individuales sólo imponen obligaciones a cargo de las autoridades del Estado, en forma tal que son los únicos que deben responder sobre su eficacia, sin que sea necesario para ello petición o requisitoria alguna por parte del sujeto activo de la relación jurídica que implica el régimen de dichas garantías.

2.2.3 Derechos originarios.

Son así, marcados con esta calidad, por virtud que surgen en forma directa e inmediata de la Constitución, tutelan derechos fundamentales originarios e imputables al gobernado por sí, con independencia de las condiciones que en particular éste presente.

Ignacio Burgoa en este aspecto que los derechos públicos subjetivos que nacen en la relación jurídica que implica la garantía individual, son evidentemente originarios, puesto que existen para el gobernado desde que éste nace, o se forma, o sea, desde el

momento en que es persona (física o moral) independientemente de sus condiciones o circunstancias particulares.

2.2.4 Derechos inalienables.

Esto significa que las garantías individuales no son susceptibles de poder ser transferidas por el gobernado bajo ningún concepto, no son objeto de comercio, pues sólo se encuentran dentro del patrimonio jurídico del gobernado, sin poder ser apreciables pecuniariamente.

2.2.5 Derechos subjetivos públicos.

Aquí, valga reproducir lo anotado por Ignacio Burgoa sobre este aspecto, cuando dice que la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto de la relación jurídica o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público. Un derecho, porque esa potestad tiene el calificativo de jurídica, en virtud de que se impone al Estado y a sus autoridades, o sea obligados a respetar su contenido. Es subjetivo, porque implica una facultad que la ley otorga al sujeto activo para reclamar al pasivo ciertas obligaciones. Es público, en atención a que se hace valer frente al sujeto pasivo, como son el Estado y sus autoridades.

2.2.6 Derechos Irrenunciables.

Lo que se significa como la proscripción a la voluntad del gobernado para poder abandonar o declinar a gozar de la tutela de sus derechos fundamentales o esenciales socialmente adquiridos, estatuida su protección en las garantías individuales, aun en el supuesto de que el gobernado consiente una violación de sus garantías inferida por un acto del Estado y sus autoridades, en caso de no ocurrir, o hacerlo fuera del plazo legalmente estatuido, por la vía procesal de amparo para reparar el agravio causado con ello. A esto, cabe declarar que tal situación no constituye en modo alguno abdicación al goce de dichas garantías, sino sólo la preclusión del ejercicio de un derecho en el caso concreto.

2.3 Clasificación

Así, en lo que concierne a ³⁰la clasificación de las garantías individuales, la opinión doctrinal generalizada opta por los criterios relativos al contenido de los derechos que tiene el gobernado y que son la esencia de las garantías individuales, así como a la aplicación estatal que contienen tales garantías.

Según el contenido de los derechos que tiene el gobernado.

Bajo este criterio, encontramos las garantías de igualdad, libertad, propiedad, sociales y de seguridad jurídica.

³⁰ BURGOA, Ignacio, op.cit. pp. 194-195

Esta clasificación, como se observa, obedece al derecho subjetivo público de su titular, el gobernado; es decir, al derecho que éste tiene para exigir su respeto o cumplimiento por el obligado de la relación jurídica de supra a subordinación, el Estado y sus autoridades.

Según la obligación que tiene el sujeto pasivo de la relación jurídica.

El parámetro que define esta clasificación, es la naturaleza de la obligación estatal de hacer o no hacer en relación con el imperativo que el estatuyen las garantías individuales en favor del gobernado.

Cuando se impone la obligación de hacer al Estado y sus autoridades, con el acato irrestricto de los requisitos, procedimientos y formalidades que consagran las garantías individuales en sentido formal.

Pero, cuando se atiende a la obligación del Estado y sus autoridades de no hacer, constriñéndose a respetar y no afectar las garantías individuales de igualdad, libertad, propiedad y sociales, entonces nos encontramos con las garantías individuales en sentido material.

2.4 Relación Jurídica De Las Garantías Individuales.

En este tema resulta obligado a lo explorado por Ignacio Burgoa, en lo que ha denominado como relaciones de coordinación, de supraordinación y las de supra a subordinación, para comprender las relaciones jurídicas que entablan las garantías individuales.

Las relaciones de coordinación son los vínculos que se entablan entre dos o más sujetos, personas físicas o morales, en su condición o gobernados. Estas relaciones pueden ser de índole privada o de carácter socioeconómico. En el primero caso, cuando están previstas y reguladas por las normas jurídicas, el conjunto de éstas constituye lo que suele denominarse como “derecho privado”; y en el segundo, lo que se prevé como “derecho social”. En ambos casos, los sujetos de la relación jurídica no son órganos del Estado, sino gobernados personas físicas o morales, particulares o entidades colectivas sociales o también un órgano estatal, pero no con su calidad de imperio, sino como sujeto a la relación de coordinación de los particulares.

Las relaciones de supra ordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder público o gobierno de un Estado, normando la actuación de cada uno de ellos; y si esta formación se consagra en el derecho positivo, la rama que lo instituya será tanto el “derecho constitucional”, como el “derecho administrativo”, en sus aspectos orgánicos.

Las relaciones de supra o subordinación se destacan por virtud de que se presentan entre dos entidades colocadas en distinto plano: entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado, por el otro. En dichas relaciones, el Estado y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno. Esto es, sus actos son autoritarios propiamente dicho, pues tienen como atributos esenciales el ser unilaterales, imperativos y coercitivos. Lo primero, atiende a que para su existencia no se requiere de la voluntad del gobernado al que va dirigido o frente al que se realiza. Lo segundo, por virtud de que el acto se impone aun en contra o sobre la voluntad que en contrario pudiera exponer el gobernado, el que tiene la obligación de obedecerlo, sin perjuicio, claro está, de que lo impugne jurídicamente por la vía que corresponda. Lo tercero, en atención a que en caso de que el gobernado no acate el acto de autoridad, las autoridades del Estado pueden efectuarlo coactivamente, incluso mediante el uso de la fuerza pública.

2.5 Opinión de Ignacio L. Vallarta.

Hasta aquí, se ha tomado como un hecho probado que el gobernado lo es tanto una persona física, como moral, privada o social, así como también una entidad de gobierno sometida a la legislación de coordinación, sin el ejercicio de sus facultades de imperio o soberanía, pero esto no fue siempre así, pues las posturas de las constituciones que rigieron la vida social y política del Estado mexicano, señalaron que las garantías individuales fueron

establecidas para tutelar los derechos del hombre frente o ante los actos del poder público y las personas morales, y privadas, sociales o públicas, no eran sujetos particulares y por lo tanto no podían tener derechos reservados al hombre como persona física.

En efecto, cabe recordar lo que Fernando Vega, en su disertación sobre el juicio de amparo, se proclamó decidido defensor de los derechos del hombre, al señalar que esta institución adjetiva no fue concebida para proteger los interés sociales, ni los del Estado, sino única y especialmente el derecho individual con abstracción hecha de cualquier otro interés social, particular o político.

Este fue, en esencia, el dilema a resolver. Ignacio L. Vallarta fue quien brindó al aporte jurídico que lo solventó. Esta persona resolvió que, no obstante que las personas morales no eran seres humanos, sino ficciones legales, y que por ende, no gozaban de los derechos del hombre, como entidades sujetas al imperio del Estado, podrían invocar en su beneficio las garantías individuales, cuando éstas se violasen por algún acto de autoridad que lesionara su esfera jurídica. El jurista invocado se pronunció de esta manera.

¿Pero están en igual condición otras personas jurídicas que no son también más que creación de la ley?, ¿una compañía de comercio, por ejemplo, no podría interponer el recurso de amparo? Por una razón contraria a la que lo niega a las entidades políticas y administrativas, se debe resolver afirmativamente esa cuestión. Esas compañías, esas personas morales pueden ser

juzgadas como cualquier individuo, y sus propiedades están bajo la protección de la ley constitucional, protección que necesitan contra los actos arbitrarios de las autoridades, lo mismo que cualquier individuo.

Por su parte, el Poder Judicial de la Federación vino a confirmar este criterio, con lo expuesto en diversos pronunciamientos, de los cuales se transcribe uno de ellos por representativo:

GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE. Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales, no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino, en general, a las personas jurídicas, esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales, cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas, y tan es así, que el artículo 6º. de la ley reglamentaria del amparo, clara y terminantemente lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las leyes respectivas.

Lo anterior es así, por virtud que estas personas morales, como gobernados, se encuentran de todos modos ubicadas en el plano de supra o subordinación frente a las autoridades del Estado, por encontrarse en una posición que los hace susceptibles de ser afectados en su órbita jurídica por algún acto de éstas, de lo cual

podemos concluir que las relaciones de supra o subordinación constituyen las relaciones entre gobernados y gobernantes.

2.6 Sujeto activo.

³¹El sujeto activo de las garantías individuales es el gobernado titular de los derechos subjetivos públicos por éstas tutelados, persona física o moral, privada, social o pública, en cuyo ámbito jurídico pueda tener verificativo un acto autoritario, unilateral, imperativo y coactivo, que crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del gobernado.

Aquí, también cabe precisar que el gobernado sujeto activo de las garantías individuales puede ser persona física o moral, privada, social o pública, sin importar su sexo, religión, creencias, etnia, edad, ni nacionalidad.

Así como que, debido al desarrollo político de la sociedad mexicana, se propició la extensión de la titularidad y disfrute de las garantías individuales hacia otros sujetos antes no contemplados, como las personas morales sociales y públicas.

En efecto, a partir de la consolidación constitucional de 1917 en los órdenes inherentes a la actividad productiva del país, es que se presentó la necesidad del reconocimiento legal a estos

³¹ IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, Garantías Individuales, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Oxford, México 2001. P. 25

sujetos o entidades distintas de las personas morales de derecho privado. Así, en la esfera del derecho del trabajo, se reconoció la existencia de organismos o asociaciones de trabajadores y de orden patronal, que por disposición legal se constituyen como centros de imputación de derechos y obligaciones jurídicas. Así también, en materia agraria, surgieron entidades, como son las comunidades ejidales, centro de regulación jurídica específica. Dentro del propio derecho administrativo, por virtud de la transformación política económica del Estado, aparecen empresas de participación estatal y organismos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propios. Para que éstas, también pudieran ser ubicadas en el plano de gobernados con goce de las garantías individuales.

2.7 Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo de las garantías individuales ³²es el Estado, por medio de las autoridades de su gobierno, en ejercicio de sus facultades soberanas de imperio, con las limitaciones impuestas por las garantías individuales de los gobernados.

Por lo que las autoridades del Estado son las obligaciones a preservar el régimen de las garantías individuales, considerando como tales no tan sólo a una simple estructura de un órgano de gobierno, sino también además a su funcionamiento como tal en las relaciones de supra o subordinación existente entre

³² IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, Op. Cit P. 26

gobernante y gobernado. De tal suerte, que sólo con la conjunción de estos dos elementos es como se puede comprender el porqué la Ley de Amparo refiere en su artículo 11 que son autoridades del Estado aquellos órganos o entidades investidos de poder público que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o trata de ejecutar la ley o el acto autoritario.

2.8 El gobernado.

Bajo una concepción lógica el gobernado viene a ³³ser aquel que se encuentra sujeto a los actos de gobierno. Este gobernado, como vimos, puede ser una persona física o moral, privada, social o pública, y esos actos de gobierno deben tener como características que sean emitidos por las autoridades del gobierno del Estado en ejercicio de sus facultades soberanas, y sean de carácter unilateral, imperativo y coactivo, por los cuales se crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del gobernado.

Por su parte, Ignacio Burgoa señala que por gobernado o sujeto activo de las garantías individuales debe entenderse a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva.

³³ IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, Op. Cit P. 27

Es decir, el gobernado es el sujeto activo titular de las garantías individuales, centro de imputación de las relaciones jurídicas de supra o subordinación.

2.9 Garantía De Seguridad Jurídica

Toda actividad del Estado que vulnere lo establecido por las garantías individuales y sociales a favor de los gobernados, puede ser tachada de inconstitucional.

En efecto, el sentido de seguridad o protección de los valores fundamentales del gobernado en sociedad, se expresa en fórmulas jurídicas esenciales que el Estado y sus autoridades están obligados a observar estrictamente en su actividad, para que el acto de autoridad así emitido sea constitucionalmente válido.

Rafael Preciado Hernández refiere a la seguridad jurídica como fin del derecho, se identifica con la existencia de un ordenamiento jurídico eficaz, está ligado a un hecho de organización social, es la garantía que tiene un individuo de que su situación no será modificada sino por medio de procedimientos societarios y por consecuencia regulares, o en un sentido más general, como, lo expresa Delos, citado por este autor, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

De tal suerte que en el cumplimiento de todos los principios previos, la satisfacción de los requisitos y condiciones preestablecidas, así como la sustanciación de los procedimientos, que el sistema jurídico exija al Estado y sus autoridades, para que los actos que emitan se sujeten irrestrictamente a ello, y así se puede producir una afectación en la órbita legal del gobernado, con el objeto de que los mismos sean válidos a la luz del derecho, es lo que objetivamente podemos identificar como seguridad jurídica.

Las garantías de seguridad jurídica pretenden en que las autoridades del Estado no apliquen arbitrariamente el orden jurídico a los individuos, cuya libertad y dignidad se salvaguardan cuando las autoridades actúan con apego a las leyes, particularmente a las formalidades que deben observarse antes de que a una persona se le prive de sus propiedades o de su libertad. Los artículos que consagran estas garantías son el 8o., el 14 y del 16 al 23 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.

2.10 Concepto De Seguridad Jurídica

La palabra “seguridad” deriva del latín *securitas -atis*, que significa “cualidad de seguro” o “certeza”, así como “cualidad del ordenamiento jurídico”, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación”. La última de las

acepciones señaladas es la conveniente para conceptuar a la seguridad jurídica.

Así la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, sus papeles, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad; si ésta debe afectarlos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.

La seguridad jurídica parte de un principio de certeza en cuanto a la aplicación de disposiciones constitucionales y legales que, a un tiempo, definen la forma en que las autoridades del Estado han de actuar y que la aplicación del orden jurídico a los gobernados será eficaz. La existencia de esta seguridad no sólo implica un deber para las autoridades del Estado; si bien éstas deben abstenerse de vulnerar los derechos de los gobernados, éstos no deben olvidar que también se encuentran sujetos a lo dispuesto por la Constitución Federal y las leyes, es decir, que pueden y deben ejercer su libertad con la idea de que podría restringirse en beneficio del orden social.

2.11 Concepto De Garantías De Seguridad Jurídica

³⁴ Las garantías de seguridad jurídica son derechos públicos subjetivos en favor de los gobernados, que pueden oponerse

³⁴PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, SCJN, *Colección garantías Individuales* pp. 14-15

a los órganos estatales para exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la emisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones. Conviene explicar los elementos integrantes de la definición propuesta:

1. Derechos públicos subjetivos en favor de los gobernados. Son derechos públicos porque pueden hacerse valer ante sujetos pasivos públicos, es decir, el Estado y sus autoridades, y subjetivos porque entrañan una facultad derivada de una norma.

2. Oponibles a los órganos estatales. Significa que el respeto a este conjunto de garantías puede reclamarse al Estado.

3. Requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos. Los requisitos están previstos en la Constitución y las leyes secundarias. Si el Estado comete actos donde tales requisitos no se hayan cubierto, la seguridad jurídica de los gobernados será afectada.

4. No caer en estado de indefensión o incertidumbre jurídica. La importancia de las garantías de seguridad jurídica radica en que se erigen como baluartes del acceso efectivo a la justicia, al que tienen pleno derecho los individuos de toda sociedad libre y democrática, donde el Estado no subordina a sus intereses la estabilidad social que demanda la subsistencia del derecho.

5. Pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derecho y obligaciones. Mientras la conducta del Estado para con los particulares no desborde el marco de libertad e igualdad que la Constitución asegura mediante las garantías individuales, es de esperar que la situación igualitaria y de libertad de los gobernados no degeneren en condiciones de desigualdad que entrañen caos social. De lo anterior se desprende que la importancia de las garantías de seguridad jurídica es fundamental, pues de ellas depende el sostenimiento del Estado de derecho.

La relevancia de estas garantías dio cuenta la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la tesis la./J. 31/99:

Las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las (*sic*) cuales (*sic*) descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. (...)

Estas garantías prohíben a las autoridades llevar a cabo actos de afectación en contra de particulares; si han de cometerlos, deberán cumplir los requisitos previamente establecidos, a fin de no vulnerar la esfera jurídica de los individuos a que se dirijan dichos actos. Ello salvaguarda los derechos públicos subjetivos y, en consecuencia, las autoridades del Estado respetan los cauces que el orden jurídico pone a su alcance para que actúen. Mientras los órganos del Estado se apeguen a las prescripciones que la Constitución y las leyes les imponen para que sus actos no sean arbitrarios, los gobernados pueden confiar en que no serán molestados, siempre que no se actualice el supuesto de alguna norma que haga procedente el acto de molestia o privación. Tesis Ja./J. 31/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, L. IX, mayo de 1999, p. 285.

2.12 Garantías del artículo 17 constitucional.

Prohibición de hacerse justicia por propia mano

La parte inicial del artículo 17 de la Constitución Federal se redactó para eliminar cualquier intento de venganza privada, vigente durante los albores de la Edad Media y, en general, en las pequeñas comunidades donde abundaban las relaciones de parentesco, y consistente en que los particulares estaban facultados para arreglar por su cuenta los problemas que tuvieran con sus semejantes. Ello excluía la intervención de órganos jurisdiccionales, cuestión que actualmente se considera inaceptable.

Los particulares deben acudir ante autoridades específicas los tribunales para solicitar que se les haga justicia, pues “obra ilegalmente quien por sí y ante sí resuelve sobre su situación jurídica y la de su vecino...”. Ahora bien, cuando una persona se defiende contra una agresión que podría resultar funesta, es decir, cuando ejerce el derecho a la legítima defensa, no viola el primer párrafo del artículo 17, sino que protege su vida y su patrimonio. El artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal relativo a las causas de exclusión del delito señala que la legítima defensa se produce cuando “se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

2.13 La Garantía De Brevedad En La Solución De Juicios Penales

Expedita y eficaz administración de justicia El segundo párrafo del artículo 17 complementa lo previsto por el primero, al imponer al Estado la creación de tribunales que se encuentren siempre expeditos para impartir justicia, en los términos y los plazos fijados por las leyes. Además, este servicio de impartición de justicia debe ser gratuito. En 2001, el Pleno del más Alto Tribunal emitió una jurisprudencia donde se explica el segundo párrafo del artículo en comento: En ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los

respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República.

El carácter expeditivo de la impartición de justicia se fundamenta en que la seguridad jurídica del gobernado no permanezca en estado de incertidumbre durante mucho tiempo. El servicio otorgado por los tribunales debe ser gratuito, pues el acceso a la justicia no debe excluir ni aun a las personas con escasos recursos económicos. Los titulares de los órganos jurisdiccionales son remunerados por el Estado, de ahí que nadie deba erogar dinero en calidad de contraprestación a los impartidores de justicia. Sólo se pagan costas cuando a la parte perdedora en un proceso se le condena a pagarlas, pero entonces se tratara de las que tuvo que erogar la parte vencedora, es decir, los gastos que tuvo que realizar durante el curso del proceso, en el entendido de que no se utilizaron para pagar por la administración de justicia. Respecto de lo anterior, el

Pleno de la Suprema Corte de Justicia emitió la siguiente tesis de jurisprudencia:

Lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito. Por otro lado, el penúltimo párrafo del artículo establece que de las leyes federales y locales dependerá que los tribunales sean independientes y que sus resoluciones se ejecuten. La independencia judicial es un requisito para que el aparato judicial del Estado funcione debidamente; para lograrla existen las garantías judiciales, que son una serie de previsiones tendientes a mantener la incorruptibilidad de los órganos de impartición de justicia; sobre este tema, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito señaló: La Constitución ha desarrollado una categoría que se conoce como garantías jurisdiccionales, basadas en el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 de la Constitución y tienen como objetivo garantizar y preservar la calidad y efectividad de la impartición de justicia a favor de los justiciables; están relacionadas con la selección, ascensos y promociones, estabilidad, inamovilidad e inmunidad, independencia y seguridad económica de los juzgadores, entre otras cuestiones. Tales prerrogativas y seguridades conferidas a los titulares de altos cargos jurisdiccionales tienen el carácter de instrumentales y no pueden conceptuarse como canongías (*sic*) otorgadas en su favor, sino en razón del cargo pero siempre en beneficio y a favor de los justiciables.

En el caso de los Poderes Judiciales locales, la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia estableció:

El principio de división de poderes que impone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los Estados, en el primer párrafo del artículo 116, y el de seguridad o estabilidad en el ejercicio del cargo de los Magistrados del Poder Judicial, establecido en su fracción III, como forma de garantizar la independencia judicial, se obtiene desde que se inicia su desempeño y no hasta que se logra la inamovilidad judicial mediante la ratificación, una vez que ha concluido el tiempo de duración del mismo, previsto en la Constitución Local correspondiente, pues la disposición relativa a que las Constituciones Locales deberán establecer el tiempo en que los Magistrados durarán en el ejercicio de su encargo, aunado a la posibilidad de ratificación y a los requisitos de honorabilidad, competencia y antecedentes de quienes sean designados como Magistrados, así como el principio de carrera judicial, consagrado en la propia fracción, relativo al ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados, permite establecer que el ejercicio en el cargo de que se trata no concluye con el solo transcurso del tiempo previsto en las Constituciones Locales para su duración, ante el derecho a la ratificación, puesto que si en el caso concreto el servidor judicial ha demostrado cumplir con su responsabilidad actuando permanentemente con diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable debe ser ratificado no sólo porque desde su designación había adquirido ese derecho condicionado, sino por el interés de la sociedad de contar con

Magistrados de experiencia, honorabilidad y competencia, así como independientes de la voluntad de los gobernantes y dependientes sólo de la ley, lo que de modo fundamental tiende a salvaguardar el artículo constitucional que se interpreta. Además, considerar que la seguridad y estabilidad en el cargo se obtienen hasta que se logra la movilidad judicial sería contradecir la garantía de independencia judicial consagrada en el artículo 17 constitucional como una de las principales garantías de jurisdicción, ya que se propiciaría el fenómeno contrario a la seguridad y permanencia en el cargo que se busca, pues se entendería, indebidamente, que la ratificación de Magistrados es una facultad discrecional del órgano u órganos de gobierno previstos por las Constituciones Locales para ejercerla, propiciándose la actuación arbitraria denuncia reelegir o ratificar Magistrados, con lo que se burlaría lo dispuesto en la norma constitucional, pues no habría Magistrados inamovibles y, por lo mismo, absolutamente independientes de la persona o personas que intervinieron en su designación, lo que llevaría también al doble riesgo de que los más altos servidores de los Poderes Judiciales Locales conservaran vínculos opuestos a la autonomía e independencia que deben caracterizarlos, salvaguardando la situación de desempleo que lógicamente tendrían que afrontar, así como que independientemente de reunir o no los requisitos de excelencia aludidos, buscaran la ratificación que, en cierto sentido se consideraría un favor con el grave peligro de disminuir o aniquilar la referida independencia. Con ello, el propósito del Constituyente Permanente se habría burlado con la consecuencia lógica de que los gobernados no llegarían a tener confianza en el sistema de impartición de justicia local. Además, si los

órganos encargados, conforme a la Constitución Local, fueron los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la entidad, lejos de salvaguardarse la división y equilibrio de poderes se disminuiría al Poder Judicial, al someterlo, a través de ese sofisticado sistema. Dentro de las garantías judiciales destacan la estabilidad y la adecuada remuneración; la primera, que se traduce en la inamovilidad, permite que los juzgadores conserven su puesto mientras no incurran en causas graves de responsabilidad, en tanto que la segunda busca que los Jueces y los Magistrados, al recibir una decorosa remuneración por el ejercicio de sus funciones, venzan la tentación de recibir sobornos, La garantía judicial de la inamovilidad puede ejemplificarse con el primer párrafo del artículo 97 de la Constitución Federal: Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca ‘ Tesis P./J. 105/2000, *idem*, t. XII, octubre de 2000, p. 14.

El artículo 17, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, dispone que “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.” Por su parte el artículo 104 al 113 de la Ley de Amparo, establecen diversos procedimientos tendientes a obtener el cumplimiento eficaz de las sentencias que conceden el amparo, e inclusive, el último de estos preceptos dispone que no podrá archivarse ningún expediente sin que este enteramente cumplida la sentencia de amparo. La interpretación congruente de tales disposiciones constituye el sustento en que se

apoya toda determinación encaminada a conseguir el cumplimiento pleno de las resoluciones jurisdiccionales.

Por lo que hace a las Leyes locales, el Pleno del Alto Tribunal resolvió:

De la interpretación del artículo 17 constitucional se llega a la conclusión de que las Legislaturas Locales tienen facultades para establecer en las leyes que expiden los medios de apremio necesario de que dispondrán los Jueces y magistrados para hacer cumplir sus determinaciones, en aras de la administración de justicia pronta y expedita que a cargo de estos establece el precepto constitucional supracitado; luego, si el legislador no establece un orden para la imposición de las medidas de apremio que enumere en la norma respectiva, ha de considerarse que corresponde al arbitrio del juzgador, de acuerdo con la experiencia, la lógica y el buen sentido, aplicar el medio que juzgue eficaz para compeler al contumaz al cumplimiento de una determinación judicial, debiendo en ello, como en cualquier acto de autoridad, respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídica que establecen los artículos 14 y 16 constitucionales, esto es, expresando las razones (debidamente motivadas) por las que utiliza el medio de que se trate.

La Corte ha emitido criterios en este sentido.³⁵ JUSTICIA PRONTA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. OBLIGACIÓN DEL LEGISLADOR PARA GARANTIZARLA. El mandato contenido

³⁵ Tesis:1a. LXX/2005, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Julio de 2005, Novena Época, Pag. 438, 177921, Tesis Aislada(Constitucional).

en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está encaminado a asegurar que las autoridades encargadas de administrar justicia, lo hagan de manera pronta, completa e imparcial. Por lo que respecta a los actos legislativos, la justicia pronta se garantiza cuando el legislador establece en las leyes plazos generales, razonables y objetivos, a los cuales tienen que sujetarse tanto la autoridad como las partes en los procesos jurisdiccionales, entendiéndose por: a) generales, que sean comunes a los mismos procedimientos y a todos los sujetos que se sitúen en la misma categoría de parte; b) razonables, que sean plazos prudentes para el adecuado actuar de la autoridad y el ejercicio del derecho de defensa de las partes, y c) objetivos, que se delimiten en la ley correspondiente a efecto de impedir que quede al arbitrio de las partes o de la autoridad extender los tiempos para el ejercicio de sus derechos y obligaciones procedimentales.

³⁶JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe

36 Tesis: P./J. 113/2001, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Septiembre de 2001, Novena Época, Pag. 5, 188804, Jurisprudencia(Constitucional)

estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da.

CAPITULO III.- RECURSOS

3.1 Concepto.

³⁷Medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un juez o un tribunal de mayor jerarquía y de manera excepcional ante el mismo juzgador , con el objeto de que dicha resolución sea revocada , modificada o anulada

3.2 Impugnación

La palabra impugnar tiene su origen etimológico en el vocablo del mismo nombre, que a su vez proviene de *impugnare*, formada de *in* y *pugnare*; que significa combatir.³⁸

³⁷ GARCIA RAMIREZ, Sergio; Prontuario del proceso Penal mexicano p. 1497

³⁸ BRISENO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Segunda edición. Editorial Harla.

En la falibilidad judicial o en la deliberada injusticia encuentra su razón de ser el procedimiento impugnativo, por el que se combaten las resoluciones de un juez, sea ante este mismo, sea ante otra autoridad jurisdiccional de superior grado. Diversos autores distinguen entre la impugnación como género y el recurso —ordinario o extraordinario— como especie. ³⁹El régimen de impugnaciones descansa, sobre todo, en el deslinde de la competencia en función del grado, que es el orden en el que se encuentran colocadas, jerárquicamente, las autoridades jurisdiccionales. No se trata aquí de una jerarquía de carácter administrativo, esto es, de una graduación establecida en virtud del mando que determinados funcionarios ejercen sobre otros, sino se trata de la atribución de competencias diferentes y escalonadas, que permiten a unos órganos revisar las decisiones de otros para modificarlas, confirmarlas o revocarlas. Con lo anterior se relacionan otros puntos, también relevantes para el régimen total de las impugnaciones, como la legitimación, facultad que la ley reconoce a ciertos sujetos para impugnar las resoluciones que les causan agravio; la integración unitaria o colegiada de los órganos jurisdiccionales, en la inteligencia de que generalmente se prefiere la constitución plural de los juzgadores de superior instancia, al menos cuando se conoce de recursos contra decisiones de fondo; el número de instancias, que también implica el número de oportunidades que tiene el justiciable para defender sus intereses, aun cuando la impertinente multiplicación de instancias puede obstruir la impartición

México, 1995. Pag. 1484.

³⁹ MARTINEZ, Aragon, Martin, Breve curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Libres, Oaxaca, México 2003, p.277

de justicia; la admisibilidad de la prueba en el procedimiento impugnativo, que regularmente apareja restricciones considerables en este orden; la suplencia de los agravios del inculpado, una manera de ejercer la llamada defensa “material”, que la ley misma autoriza u ordena y se halla a cargo del juzgador —en bien de la justicia—, también es relevante el examen de los efectos que trae consigo interposición de un recurso. Pueden ser devolutivo o retentivo, función de la autoridad que conoce del recurso; suspensivo o ejecutivo, en atención a la necesidad de que se ejecute o permanezca en suspenso la resolución combatida mientras se resuelve el recurso; y extensivo o restrictivo, tomando en cuenta la posibilidad que el recurso favorezca también a los coacusados que no se valieron de él o quede circunscrito al que hizo la impugnación.

3.3 Procedencia

“Si el recurso es un medio legal de impugnación dado a las partes y en contra de las resoluciones que afectan su derecho, se comprende que necesitan satisfacerse diversas exigencias para su procedencia, exigencias que pueden resumirse de esta suerte:

1o El recurso debe encontrarse establecido en la ley;

2o., la misma ley debe reconocerlo como procedente en contra de la resolución que se impugna;

3o., la parte que lo utiliza necesita estar interesada, es decir, poseer un derecho afectado o afectable por la resolución recurrida;

4o., precisa que el recurso se interponga en tiempo y forma y, por último,

5o., que se motive, o, en otros términos, que se puntualice con toda exactitud el agravio que causa la resolución impuesta”

“Los términos para la interposición de los recursos son preclusivos. Si el derecho que se tiene para hacer valer algún recurso, particularmente, respecto a los recursos ordinarios, no se hace valer dentro del término que la ley establezca, el derecho precluye, y la resolución queda firme”

3.4 Apelación

⁴⁰La apelación puede desembocar en la confirmación, la revocación o la modificación de la resolución combatida, y en ella se analizan posibles violaciones a la ley aplicable: inexacta aplicación de ésta, aplicación de una norma que no debió ser considerada, indebida apreciación de los hechos y deficiente observancia del régimen leal de la prueba. Hoy día, el Código de Procedimientos Penales reúne estas hipótesis en una expresión genérica: la apelación tiene por objeto que el tribunal de segunda instancia estudie la legalidad de la resolución impugnada. La apelación es el medio de impugnación por el cual una de las partes pide al juez de segundo grado una nueva decisión

⁴⁰ MARTINEZ, Aragon, Martin, Op Cit.p.286

sustitutiva de una decisión perjudicial del juez de primer grado. Es un medio ordinario, devolutivo, suspensivo” ⁴¹“La apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior” ⁴² “El de apelación es el verdadero recurso —sostiene Humberto Rodríguez— por que (...) mediante él se obtiene que el superior jerárquico revise la providencia del inferior (o ad quem) que se impugna para lograr los mismos fines generales de que se observe la legalidad o la justicia, si una u otra ha sido vulnerada por juicio equivocado del funcionario o vicio en la actividad, mediante el ejercicio del control jurisdiccional. El ejercicio de este recurso provoca la aparición de las dos instancias: la del inferior (a quo) que dicta la providencia impugnada, y la del superior (ad quem) que revisa la actuación. Por eso se llama también recurso de alzada”. “La apelación es un acto procesal de impugnación, ordinario general, suspensivo, devolutivo y extensivo, que consiste en una manifestación de voluntad por la cual el recurrente se opone a una decisión judicial, por motivos que pueden ser de hecho o de derecho y con el fin de alcanzar que un juez jerárquicamente superior al que dictó la decisión impugnada, luego del examen del proceso, dicte una nueva resolución que reforme o revoque la recurrida” ⁴³Es el “medio ordinario de impugnación de resoluciones jurisdiccionales que permite someter una cuestión ya decidida en primera instancia a la reconsideración de un juez superior, competente para darle la solución que estime arreglada a derecho, tomando en cuenta los agravios formulados al efecto por la

⁴¹ Leone, Tratado, p. 134

⁴² Couture, Fundamentos, p. 351

⁴³ Zavala Baquerizo, El Proceso, tomo IV, p. 285.

parte recurrente”⁴⁴ “El recurso de apelación es el que se interpone ante el juez de primera instancia para que el tribunal de segunda modifique o revoque la resolución contra la cual aquél se hace valer”.

3.4.1 Interposición

“La interposición se hace, en el acto de la notificación o dentro del término de tres días, si se trata de un auto y cinco, si se refiere a sentencia, pudiéndose interponer por escrito o verbalmente, no siendo necesario que se invoque el nombre del recurso, sino simplemente señalar la inconformidad con la resolución”. “En las leyes en vigor, sólo se reconoce el derecho de apelar: al Ministerio Público, al acusado y a su defensor, y al ofendido o a sus legítimos representantes, en lo que se refiere al resarcimiento del daño causado por el delito y sólo en lo que al resarcimiento se relaciona; pero en el Código Federal de Procedimientos Penales consecuente con lo que dispone el artículo 29 del Código Penal de 1931 que erige en la categoría de pena pública’ la reparación del daño y, por tanto, forma parte de la acción penal que exclusivamente corresponde al Ministerio Público, se excluye de este derecho al ofendido por el delito(...)”.

CAPITULO IV.-REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

5.1 Delimitación Conceptual.

⁴⁴ DE PINA, Op. Cit. 29

Es la denominación de un recurso anulatorio, cuyo efecto es, precisamente, reponer el procedimiento desarrollado a partir del acto en el que se produjo una violación procesal. Guarda relación estrecha con la casación por error, No parece razonable que se anule el procedimiento íntegramente, sino sólo los actos que se basan en la actuación viciada y derivan de ella. A diferencia del recurso de nulidad, que se esgrime contra un acto realizado en el curso del proceso, inmediatamente después de que aquél se produjo, la reposición se plantea a raíz de la sentencia, aun cuando el acto nulo se hubiese producido tiempo atrás. ⁴⁵En estos casos, se excluye la impugnación de un acto contra “el que la parte agraviada se hubiere conformado expresamente, o contra el que no se hubiere intentado el recurso que la ley concede, o si no hay recurso, si no se protestó contra dicho agravio en la instancia en que se causó” (artículo 430 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

5.2 Jurisdiccional

“Por los requisitos de uno y otro recurso, la casación se distingue profundamente de la apelación. Este último recurso puede interponerse para hacer que se corrijan errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, incluso para emplear nuevos medios de ataque y defensa. La casación, por el contrario, sólo puede fundarse en que la resolución impugnada ha recaído con quebrantamiento de los

⁴⁵ GARCIA RAMIREZ, Sergio; Prontuario del proceso Penal mexicano p. 1640

preceptos del procedimiento”⁴⁶. “Los vicios de procedimiento son aquellos que se pueden haber cometido durante la sustanciación del proceso y que, por tanto, dejan sin eficacia jurídica a una decisión judicial que ha tenido un origen viciado. Esta impugnación la de la nulidad mira a la forma procesal, a las ritualidades exigidas por la ley, a la omisión de las solemnidades sustanciales”. “Emboscada dentro del capítulo sobre la apelación encuéntrese la reposición del procedimiento, que en realidad constituye un recurso aparte. Como la apelación extraordinaria en la esfera civil (...) integra una modalidad de caución por errores inprocedendo, y también cual los de aquélla, sus motivos interfieren en parte con los del amparo por violación de leyes procesales. Además, al basarse en motivos taxativamente enumerados, determina un recurso extraordinario a diferencia de la apelación, que es el prototipo de los ordinarios”.⁴⁷ “Por los términos ‘reposición’ y ‘procedimiento’ llegamos a la conclusión de que reponer es volver a poner, rehacer, y el procedimiento está empleado en aquellos artículos como lo actuado. Desde luego, cuando se habla de reposición se piensa que la consecuencia de lo que ya había sucedido, es decir, nulidad de lo actuado si tratamos de un problema de orden procesal”

“La reposición del procedimiento, desde el punto de vista teórico, no encaja en el recurso que se estudia, pues para decretarla, el *judex ad quem* no estudia una resolución (auto o sentencia), para confirmarla, modificarla o revocarla, sino, en términos

⁴⁶Kisch, Elementos, p. 298

⁴⁷ Zavala Baquerizo, El Proceso, tomo IV p. 262

generales, examina el cumplimiento de algo que la ley exige para la correcta secuela procesal. Por esta razón, la reposición debía quedar comprendida en un incidente, al través del cual se buscará la nulidad de todo lo posterior al momento que, por estar viciado, provoca la inestabilidad de lo actuado”⁴⁸ “Se trata propiamente, en la reposición, de una nulidad específica o más bien de actos anulables en concordancia con las ideas que rigen la materia del acto jurídico. Reponer el procedimiento, significa anular lo actuado para que se repitan los actos procesales, por considerarse que son viciosos o irregulares (...) El efecto de la reposición es anular las actuaciones practicadas a partir de la comisión del vicio del procedimiento para que se repitan. El Tribunal de Apelación, sin entrar al estudio del contenido de los agravios alegados contra la sentencia, debe limitarse a devolver el Proceso al Tribunal de Primera Instancia, para que proceda en los términos anteriormente indicados”⁴⁹ “La reposición del procedimiento, es la sustitución de los actos procedimentales, que por resolución del juez superior, se dejaron sin efecto, en razón de infracciones trascendentales, respecto a las formalidades esenciales, no observadas, durante una parte o en toda la secuela procedimental”

⁵⁰Puede “suceder que aun tratándose de fallos definitivos, las violaciones reclamadas, sean yerros del procedimiento, por omisiones en la tramitación, de negación de pruebas o defensa, falta de diligencias o requisitos en actos esenciales, etc. En estos casos, puesto que las infracciones se refieren a la forma; la enmienda debe también verificarse en la forma y no en el fondo del proceso que aún

⁴⁸ Alcalá Zamora, Síntesis en Panorama, p. 236

⁴⁹ González Bustamante, Principios, pp. 279-280

⁵⁰ Colín Sánchez, Derecho, p. 637

no puede decidirse. La consecuencia en esas ocasiones será la reposición del procedimiento que se decretará por el fallo de alzada sin discutir la materia de la culpabilidad o inculpabilidad, que tendrá que volver a declararse en primera instancia después de satisfechos los requisitos ordenados”. “El efecto de la reposición es anular todo lo actuado a fin de que se reponga desde el momento o acto en que se cometió la violación. Este efecto es idéntico al que atribuía a la casación por vicios del procedimiento, y coincide también con el de la sentencia en que se concede el amparo, conforme al artículo 80 de la Ley (Ley de Amparo)”. La reposición del procedimiento es “un recurso ordinario donde se reexamina el procedimiento seguido en primera instancia, y orientado por el recurrente a que se declare la nulidad del procedimiento, y se reabre, renueve o reanude éste en primera instancia, basándose en los errores in procedendo que se afirma ocurrieron”.

4.2.1 Legal

ARTICULO 346 BIS. (Hidalgo) Podrá reponerse el procedimiento, en los siguientes casos: I. Cuando por causas no imputables al oferente, no se hubieran desahogado las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso por el inculpado o su defensor, tratándose de sentencias condenatorias; II. Cuando habiéndose rendido dictámenes periciales discordantes, no se hubiere realizado la junta de peritos y, en su caso, el dictamen del tercero en discordia;

III. Por haberse omitido la designación de traductor o interprete al inculpado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley; o

IV. En general, por no haberse observado las garantías que concede al procesado la constitución general de la república y la Constitución Política del Estado, así como los derechos que emanan directa e inmediatamente de estas.

Artículo 346 Ter. (Hidalgo) De ser procedente la reposición del procedimiento, la sala penal ordenara al juez de primera instancia que lo reponga a partir del acto en que se causó el agravio, remitiéndole de inmediato las constancias de autos.

La sala penal podrá determinar la subsistencia de actuaciones o resoluciones que no se hallen directamente afectados con el acto que motivo la reposición del procedimiento y que satisfagan las condiciones que la ley dispone para que puedan ser convalidados. Si la sala penal encontrare que el juez de primera instancia violo inexcusablemente la ley del procedimiento, o que el defensor falto gravemente a sus obligaciones, les impondrá una corrección disciplinaria, o dará vista al ministerio publico si la violación o el incumplimiento fueren penalmente relevantes; además, si se tratare del defensor de oficio, lo pondrá en conocimiento de su superior jerárquico.

4.2.2 Jurisprudencial

⁵¹PROCEDIMIENTO, REPOSICIÓN DEL. SÓLO CUANDO LA VIOLACION TRASCIENDA AL RESULTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA ES PROCEDENTE.— -Es cierto que conforme al artículo 91, fracción IV, de la Ley de Amparo, si en la revisión de una sentencia definitiva apareciere una violación a las reglas fundamentales que norman el procedimiento en el juicio de amparo, o bien, que se incurrió en alguna omisión que hubiere dejado sin defensa al recurrente o pudiera influir en la sentencia que se ha dictarse en definitiva, se deberá ordenar la reposición del procedimiento; sin embargo, tal disposición debe interpretarse en el sentido de que **la reposición únicamente cabe decretarla cuando la violación relativa efectivamente trascienda al resultado de la sentencia definitiva y cause perjuicio a la parte recurrente, pues de lo contrario, se llegaría al extremo de retardar el trámite y solución de los juicios de amparo sin ningún resultado práctico.**

⁵¹ Tesis:1a./J. 65/99, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Novena Época, Pag. 336, 192981, Jurisprudencia(Común)

CAPITULO V.- PROPUESTA LEGISLATIVA

5.1 Antecedentes

La vigencia del Código de Procedimientos Penales de nuestro Estado data de julio de 1990, habiéndose reformado por última vez en el año de 1999, durante el lapso de 18 años de su vigencia, se ha observado que algunas de sus disposiciones deben ser adicionadas para una mejor respuesta a los tiempos actuales, que ante tales circunstancias es prioritario consolidar en la entidad en eficaz Estado de Derecho, donde el respeto a las Leyes sea la regla general y en donde su aplicación no admita excepciones o privilegios, prevaleciendo la impartición de justicia de forma pronta y expedita a aquel que lo demande, cumpliendo satisfactoriamente con la responsabilidad de proveer Seguridad Jurídica al gobernado en cualquiera de sus facetas.

Por lo que se manifiestan como actos jurídicos, generalmente, por lo que se desarrolla dentro de la Entidad en el año de 1999, concretamente el 19 de marzo, fueron adicionados al Capítulo III, correspondiente al Título Octavo, la Sección segunda y los artículos que la forman 346 Bis y 346 Ter, por el decreto número 347 (al calce al P.O. núm. 14 de 22-III-1999), en los cuales se crea la figura de la Reposición del procedimiento, y que sin lugar a dudas surge en beneficio de los sujetos procesales, sin embargo la fracción I del artículo 346 Bis, más que proteger el derecho de defensa constituye una violación a la garantía de pronto proceso.

Luego entonces, de ahí surge la inquietud de crear una figura jurídica que permita dar solución de manera pronta a los procesos que se deben continuar como resultado de haber dictado reposición del procedimiento y que simplemente sea para el efecto de insistir o desistirse de las pruebas pendientes de desahogar en el juicio de origen, es decir en primera instancia.

5.2 Cuadro comparativo de cómo es tramitado el recurso de Apelación en Hidalgo, el Distrito Federal, y ahora Código Nacional de Procedimientos Penales y el surgimiento de la Reposición del Procedimiento.

⁵² HIDALGO	⁵³ DISTRITO FEDERAL	⁵⁴ NACIONAL
PROCEDENCIA	PROCEDENCIA	PROCEDENCIA
<p>ARTICULO 337. El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones:</p> <p>I. Las sentencias definitivas;</p> <p>II. Los autos que resuelvan la situación jurídica del inculpado dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas o, en su caso, de la prórroga del mismo;</p> <p>III. Las resoluciones interlocutorias que resuelvan algún incidente, salvo en los que la ley establezca expresamente que no son apelables;</p> <p>IV. Los acuerdos que desechen pruebas;</p> <p>V. Las resoluciones en que se nieguen la orden de</p>	<p>ARTÍCULO 418.- Son Apelables:</p> <p>I. Las sentencias definitivas, incluyendo aquellas que se pronuncien en los procesos sumarios.</p> <p>II. Los autos que se pronuncien sobre cuestiones de jurisdicción o competencia; los que mandan suspender o continuar la instrucción; el de ratificación de la detención; el de formal prisión o de sujeción a proceso o el que los niegue; el que se conceda o niegue la libertad;</p> <p>III. Los que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas que extinguen la acción penal; los</p>	<p>Artículo 467. Resoluciones del Juez de control apelables Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Juez de control:</p> <p>I. Las que nieguen el anticipo de prueba;</p> <p>II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;</p> <p>III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;</p> <p>IV. La negativa de orden de cateo;</p> <p>V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;</p> <p>VI. Las que pongan término al</p>

⁵² Código de Procedimientos Penales del Estado de Hidalgo, Ed. Sista México enero 2014

⁵³ Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, Ed. Sista México febrero 2014

⁵⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales. Ed. Flores, Marzo de 2014

aprehensión o la de comparecencia para preparatoria;

VI. Los autos que nieguen el cateo y las medidas cautelares de carácter patrimonial;

VII. Los autos que resuelvan las excepciones fundadas en alguna de las causas de extinción de la acción penal o de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, que sean de la competencia de los jueces de primera instancia; y

VIII. Las demás resoluciones que señale la ley.

que declaran no haber delito que perseguir; los que concedan o nieguen la acumulacion o los que decreten la separacion de los procesos, y

IV. Los autos en los que se niegue la orden de aprehension o de comparecencia, solo por el ministerio publico; y

V. Todas aquellas resoluciones en que este codigo conceda expresamente el recurso.

procedimiento o lo suspendan;

VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;

VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;

IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;

X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o

XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

Artículo 468. Resoluciones del Tribunal de enjuiciamiento apelables

Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento:

I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;

II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

TRAMITACION

ARTICULO 343. Recibida la causa original o el duplicado y el cuadernillo correspondiente, el Tribunal de Alzada dictará auto de radicación en el que calificará la admisión y el efecto en que fue admitido el recurso, en caso de modificación hará lo procedente y lo comunicará al juzgado de origen.

Cuando no existan pruebas para su desahogo, en el mismo auto de radicación se hará la citación para sentencia la cual será dictada en los términos del artículo 345 de este Código.

ARTICULO 344. Cuando las

TRAMITACION

Artículo 423.- recibido el proceso o el testimonio en su caso, el tribunal mandara citar a las partes para la vista del negocio, dentro de los quince días siguientes.

Las partes podrán tomar en la secretaria del tribunal los apuntes que necesiten para alegar. Pueden, igualmente, dentro de los tres días siguientes a la notificación, impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que fue admitido y la sala dentro de los tres días siguientes resolverá lo

TRAMITACION

Artículo 471. Trámite de la apelación

El recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de control se interpondrá por escrito ante el mismo Juez que dictó la resolución, dentro de los tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se tratare de auto o cualquier otra providencia y de cinco días si se tratare de sentencia definitiva.

En los casos de apelación sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público se interpondrá ante el Tribunal de enjuiciamiento que dictó la resolución dentro de

partes o el coadyuvante del ministerio público ofrezcan pruebas en su escrito de expresión de motivos de inconformidad, sólo se admitirán y se ordenará su desahogo en los siguientes casos:

I. Tratándose de apelación contra autos de plazo constitucional, cuando las pruebas hubieran sido ofrecidas legalmente por el inculpado o su defensor y no se desahogaron por causas ajenas al oferente;

II. Tratándose de apelación contra sentencias definitivas condenatorias, las que a juicio del tribunal resulten del proceso; en este caso, el ministerio público o su coadyuvante podrán ofrecer las que estimen pertinentes en relación con las nuevas pruebas; o

III. Tratándose de apelación contra sentencias absolutorias, las que hubieran sido legalmente ofrecidas por el ministerio público o su coadyuvante en el proceso y no se desahogaron por causas ajenas al oferente.

En su caso y para los efectos de este artículo, se fijará día y hora para la celebración de una audiencia de pruebas, dentro de los diez días siguientes, donde se presentarán y desahogarán las ordenadas.

ARTICULO 345. El tribunal pronunciará el fallo correspondiente, dentro del plazo de quince días contados a partir de aquél en el cual le haya sido turnado el toca al magistrado ponente, confirmando, revocando o modificando la resolución

pertinente y en caso de declarar que la apelación fue mal admitida, sin revisar la sentencia o auto apelado, devolverá la causa al juzgado de su origen, si se le hubiere enviado con motivo del recurso. también podrá la sala, después de la vista, declarar si fue mal admitida la apelación, cuando no se hubiere promovido el incidente que autoriza el presente artículo, y sin revisar la sentencia o auto apelado devolverá en su caso la causa al juzgado de su origen.

Artículo 424.- el día señalado para la vista del negocio, comenzara la audiencia por la relación del proceso hecha por el secretario, teniendo en seguida la palabra la parte apelante, y a continuación las otras, en el orden que indique el presidente.

Si fueren dos o más los apelantes, usaran de la palabra en el orden que designe el mismo magistrado, pudiendo hablar al último el acusado o su defensor. Si las partes, debidamente notificadas, no concurrieren, se llevara adelante la audiencia, la cual podrá celebrarse, en todo caso, con la presencia de dos magistrados; pero la sentencia respectiva deberá pronunciarse por los tres que integren la sala.

artículo 425.- declarado visto el recurso, quedara cerrado el debate, y el magistrado ponente presentara su proyecto dentro de un plazo de quince días, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentara un día al plazo señalado, que nunca será mayor de treinta días hábiles, excepto en el caso del artículo siguiente. los vocales

los tres días contados a partir de que surte efectos la notificación. El recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de enjuiciamiento se interpondrá ante el Tribunal que conoció del juicio, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, mediante escrito en el que se precisarán las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondientes.

En el escrito de interposición de recurso deberá señalarse el domicilio o autorizar el medio para ser notificado; en caso de que el Tribunal de alzada competente para conocer de la apelación tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones o el medio para recibirlas.

Los agravios deberán expresarse en el mismo escrito de interposición del recurso; el recurrente deberá exhibir una copia para el registro y una para cada una de las otras partes. Si faltan total o parcialmente las copias, se le requerirá para que presente las omitidas dentro del término de veinticuatro horas. En caso de que no las exhiba, el Órgano jurisdiccional las tramitará e impondrá al promovente multa de diez a ciento cincuenta días de salario, excepto cuando éste sea el imputado o la víctima u ofendido.

Interpuesto el recurso, el Órgano jurisdiccional deberá correr traslado del mismo a las partes para que se pronuncien en un plazo de tres días respecto de los agravios expuestos y señalen domicilio o medios en los términos del segundo párrafo del presente

apelada.

tendrán sucesivamente diez días para su revisión, sin que nunca, el plazo señalado sea mayor de treinta días hábiles, excepto en el caso del artículo siguiente.

si cerrado el debate fuese necesario retornar el asunto para la formulación de nuevo proyecto por parte de otro magistrado, se concederán al nuevo ponente, al vocal y al disidente términos iguales a los establecidos en el artículo anterior para la formulación del proyecto, su revisión y formulación del voto particular respectivamente.

artículo.

Al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ante el Tribunal de alzada.

Artículo 474. Envío a Tribunal de alzada competente

Concluidos los plazos otorgados a las partes para la sustanciación del recurso de apelación, el Órgano jurisdiccional enviará los registros correspondientes al Tribunal de alzada que deba conocer del mismo.

Artículo 475. Trámite del Tribunal de alzada

Recibidos los registros correspondientes del recurso de apelación, el Tribunal de alzada se pronunciará de plano sobre la admisión del recurso.

Artículo 476. Emplazamiento a las otras partes

Si al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, alguno de los interesados manifiesta en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, o bien cuando el Tribunal de alzada lo estime pertinente, decretará lugar y fecha para la celebración de la audiencia, la que deberá tener lugar dentro de los cinco y quince días después de que fenezca el término para la adhesión.

El Tribunal de alzada, en caso de que las partes soliciten exponer oralmente alegatos aclaratorios o en caso de considerarlo pertinente, citará a audiencia de alegatos para la celebración de la audiencia para que las partes expongan oralmente sus alegatos aclaratorios sobre agravios, la que deberá tener lugar dentro

FORMAS DE RESOLVER LA APELACION

ARTICULO 345. El tribunal pronunciará el fallo correspondiente, dentro del plazo de quince días contados a partir de aquél en el cual le haya sido turnado el toca al magistrado ponente, confirmando, revocando o modificando la resolución apelada.

ARTICULO 346. Si al entrar al estudio de las constancias del proceso cuya sentencia condenatoria fue impugnada en apelación, es evidente alguno de los casos de reposición del procedimiento que prevé el artículo 346 Bis de este Código, la Sala Penal ordenará de oficio la reposición del procedimiento, salvo que ello no sea necesario en virtud de ser suficiente la suplencia parcial o total de los agravios de la apelación para revocar o modificar la sentencia impugnada.

REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO

ARTICULO 346 BIS. Podrá reponerse el procedimiento, en los siguientes casos:

- I. Cuando por causas no imputables al oferente, no se hubieran desahogado las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso por el inculpado o su defensor, tratándose de sentencias condenatorias;
- II. Cuando habiéndose rendido dictámenes periciales discordantes, no se hubiere realizado la junta de peritos y, en su caso, el dictamen del tercero en discordia;
- III. Por haberse omitido la designación de traductor o intérprete al inculpado que no

FORMAS DE RESOLVER LA APELACION

Se encuentra implícito que de ninguna manera podrá ser el perjuicio del sentenciado.

REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 430.- la reposición del procedimiento no se decretara de oficio. cuando se pida, deberá expresarse el agravio en que se apoya la petición, no pudiendo alegarse aquel con el que la parte agraviada se hubiere conformado expresamente, o contra el que no se hubiere intentado el recurso que la ley concede, o si no hay recurso, si no se protestó contra dicho agravio en la instancia en que se causó. artículo 431.- habrá lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

- I. por no haber procedido el

de los cinco días después de admitido el recurso.

FORMAS DE RESOLVER LA APELACION

Artículo 479. Sentencia

La sentencia confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada, o bien ordenará la reposición del acto que dio lugar a la misma.

En caso de que la apelación verse sobre exclusiones probatorias, el Tribunal de alzada requerirá el auto de apertura al Juez de control, para que en su caso se incluya el medio o medios de prueba indebidamente excluidos, y hecho lo anterior lo remita al Tribunal de enjuiciamiento competente.

REPOSICION DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 482. Causas de reposición

Habrà lugar a la reposición del procedimiento por alguna de las causas siguientes:

- I. Cuando en la tramitación de la audiencia de juicio oral o en el dictado de la sentencia se hubieren infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución, las leyes que de ella emanen y los Tratados;
- II. Cuando no se desahoguen las pruebas que fueron admitidas legalmente, o no se desahoguen conforme a las disposiciones previstas en este Código;
- III. Cuando si se hubiere

hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley; o

IV. En general, por no haberse observado las garantías que concede al procesado la Constitución General de la República y la Constitución Política del Estado, así como los derechos que emanan directa e inmediatamente de éstas.

ARTICULO 346 TER. De ser procedente la reposición del procedimiento, la Sala Penal ordenará al juez de primera instancia que lo reponga a partir del acto en que se causó el agravio, remitiéndole de inmediato las constancias de autos.

La Sala Penal podrá determinar la subsistencia de actuaciones o resoluciones que no se hallen directamente afectados con el acto que motivó la reposición del procedimiento y que satisfagan las condiciones que la ley dispone para que puedan ser convalidados.

Si la Sala Penal encontrare que el juez de primera instancia violó inexcusablemente la ley del procedimiento, o que el defensor faltó gravemente a sus obligaciones, les impondrá una corrección disciplinaria, o dará vista al ministerio público si la violación o el incumplimiento fueren penalmente relevantes; además, si se tratare del defensor de oficio, lo pondrá en conocimiento de su superior jerárquico.

juez durante la instrucción y después de esta hasta la sentencia, acompañado de su secretario, salvo el caso del artículo 30;

II. por no haberse hecho saber al acusado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento y el nombre de su acusador si lo hubiere

III. por no haberse permitido al acusado nombrar defensor, en los términos que establece la ley o por no haberse cumplido con lo dispuesto en los artículos 294, 326, 338 y 339;

III bis.- por haber omitido la designación del traductor al inculpado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señala esta ley.

IV. por no haberse practicado las diligencias pedidas por alguna de las partes;

V. por haberse celebrado el juicio sin asistencia del juez que debe fallar, del agente del ministerio público que pronuncie la requisitoria o del secretario respectivo;

VI. por haberse citado a las partes para las diligencias que este código señala, en otra forma que la establecida en el, a menos que la parte que se dice agraviada hubiere concurrido a la diligencia;

VI bis.- por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa: a) no haber asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso, b) no haber asistido a las diligencias que se practicaron con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso; c) no haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la

violado el derecho de defensa adecuada o de contradicción siempre y cuando trascienda en la valoración del Tribunal de enjuiciamiento y que cause perjuicio;

IV. Cuando la audiencia del juicio hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada se exija bajo sanción de nulidad;

V. Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por este Código sobre publicidad, oralidad y concentración del juicio, siempre que se vulneren derechos de las partes, o

VI. Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un Tribunal de enjuiciamiento incompetente o que, en los términos de este Código, no garantice su imparcialidad.

En estos supuestos, el Tribunal de alzada determinará, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, si ordena la reposición parcial o total del juicio.

La reposición total de la audiencia de juicio deberá realizarse íntegramente ante un Tribunal de enjuiciamiento distinto. Tratándose de la reposición parcial, el Tribunal de alzada determinará si es posible su realización ante el mismo Órgano jurisdiccional u otro distinto, tomando en cuenta la garantía de la inmediación y el principio de objetividad del Órgano jurisdiccional, establecidos en las fracciones II y IV del Apartado A del artículo 20 de la Constitución y el artículo 9o. de este Código.

Para la declaratoria de nulidad y la reposición será aplicable también lo dispuesto en los artículos 97 a 102 de este Código.

En ningún caso habrá

defensa del inculpado; d) no haber hecho valer las circunstancias probadas que en el proceso favorecieran la defensa del inculpado; e) no haber interpuesto los medios de impugnación necesarios para la defensa del inculpado, y f) no haber promovido todos aquellos actos procesales que fuesen necesarios para el desarrollo normal del proceso y el pronunciamiento de la sentencia.

VII. por haberse hecho alguna de las insaculaciones en otra forma que la prevenida en este Código, o por haberse sorteado un número menor o mayor de jurados que el que en el se determina;

VIII. por no haberse aceptado la recusación de los jurados, hecha en la forma y términos legales;

IX. por haberse declarado contradictorias algunas de las conclusiones en los casos del artículo 363, sin que tal contradicción existiera;

X. por no haberse permitido al ministerio público, al acusado o a su defensor, retirar o modificar sus conclusiones o establecer nuevas, en los casos de los artículos 319, 355 y 358, si hubo motivo superveniente y suficiente para ello;

XI. por haberse declarado, en el caso del artículo 325, que el acusado o su defensor habían alegado solo la inculpabilidad, si no había transcurrido el término señalado en este artículo;

XII. por haberse omitido en el interrogatorio alguna de las preguntas que conforme a este código debieron hacerse al jurado, o por haberse suprimido todo un interrogatorio, en el caso de la fracción IV del artículo 363;

XIII. por no haberse formado el jurado del número de personas

reposición del procedimiento cuando el agravio se fundamente en la inobservancia de derechos procesales que no vulneren derechos fundamentales o que no trasciendan a la sentencia.

que este código dispone, o porque a alguna de ellas le faltare un requisito legal;
XIV. Por haber contradicción notoria y substancial en las declaraciones del jurado, si por tal contradicción no pueden tomarse en cuenta en la sentencia los hechos votados;
xv. en todos los casos en que este código declare expresamente la nulidad de alguna diligencia;

Como se puede advertir, la tramitación de la apelación es similar pero aun así con las nuevas reformas y el surgimiento del Nuevo Código Procesal Nacional se sigue manteniendo la figura de la reposición del procedimiento, ahora ya considerado dentro de las formas para emitir una resolución de apelación, sin embargo, en nuestro Estado no ha entrado vigor dicho sistema como para comprobar que para este caso habrá celeridad en la emisión de una resolución y más aún, nada va a resolver el mismo Tribunal sino que ahora a discrecionalidad podrá ser remitido a otro Tribunal de enjuiciamiento diverso al que desahogó en primera instancia, cabe hacerse la pregunta si dicha propuesta que implemento podría ser aplicada al nuevo sistema? Lo cual no resulta tan descabellado, empero la propuesta es aplicada al actual código procesal en materia penal en el Estado de Hidalgo.

5.2 Decreto Número 347.

Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales de Hidalgo por lo que se hace el presente estudio:

⁵⁵ Con el propósito de evitar injusticias a los inculcados que, habiendo sido condenados en primera instancia y que durante su proceso se hubieren cometido graves violaciones a sus derechos constitucionales, se adiciona el capítulo III del Título Octavo del Libro Primero de nuestro Código Adjetivo Penal con una sección segunda, en la cual se regula todo lo concerniente a la Reposición del Procedimiento, para lo cual también fue necesario reformar el numeral 346 y adicionar los nuevos 346 bis y 346 ter. El objetivo fundamental fue evitar injusticias contra sentenciados condenatoriamente, que pudieran consumarse irreparablemente durante el proceso penal, si bien con posterioridad había la posibilidad de interponer amparo directo; empero, considerando que independientemente de la Justicia Federal y con mayor prontitud, la posibilidad que desde la Segunda Instancia sea posible recurrir los vicios y violaciones del penal, indudablemente justifica la intromisión de la nueva figura.

Luego entonces si la finalidad de ordenar la reposición del procedimiento es respetar las Garantías Constitucionales que le son conferidas al inculcado, porque es que los

⁵⁵ PERIODICO OFICIAL, Tomo CXXXII, 22 MARZO 99. p.p. 47, 89

legisladores pierden de vista el derecho al breve proceso, lo cual conlleva únicamente a retardar el juicio, más que procurar la correcta aplicación y justo juzgamiento, pues independiente de lo anterior la facultad que se ha conferido a la de la sala para ordenar de oficio el desahogo de pruebas lo cual puede ser subsanado con la suplencia parcial o total de agravios más sin embargo en los medios probatorios que no fueron desahogados durante el procedimiento, es ordenado su desahogo lo cual debería darse vista a las partes para que manifiesten si están de acuerdo o no en el desahogo de tales probanzas pues regularmente y como bien se establece el juez de origen es quien debe cuidar que no haya violaciones a las formalidades procesales y en ese caso se entiende que si se ha decretado el cierre de instrucción es porque el juzgador se ha cerciorado de que no hay probanzas pendientes por desahogar, lo cual en segunda instancia se podría subsanar sin haber necesidad de que los autos regresen al juez primario sino únicamente bastaría con el desistimiento de tales medios de prueba para dar seguimiento al recurso interpuesto.

Finalmente con tal situación se prevé la facultad de la Sala Penal para imponer correcciones disciplinarias; al juez de primera instancia cuando hubiere violado inexcusablemente la Ley del procedimiento o al defensor por faltas graves a sus obligaciones o en su caso, dar vista al ministerio público si la violación o el incumplimiento fueren penalmente relevantes.

7.3 Propuesta legislativa

ARTICULO 346 BIS. Podrá reponerse el procedimiento, en los siguientes casos:

I. Cuando por causas no imputables al oferente, no se hubieran desahogado las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso por el inculpado o su defensor, tratándose de sentencias condenatorias;

En este caso la sala penal, dará vista al inculpado y su defensor, para que dentro del término de tres días manifiesten si insisten en el desahogo de las pruebas legalmente ofrecidas en el proceso, de ser así se devolverán los autos originales al juzgado del conocimiento para que provea lo conducente respecto al desahogo y en caso contrario se le dará el trámite respectivo al recurso interpuesto.

II. Cuando habiéndose rendido dictámenes periciales discordantes, no se hubiere realizado la junta de peritos y, en su caso, el dictamen del tercero en discordia;

III. por haberse omitido la designación de traductor o interprete al inculpado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley; o

IV. en general, por no haberse observado las garantías que concede al procesado la constitución general de la república y la constitución política del estado, así como los derechos que emanan directa e inmediatamente de estas.

ARTICULO 346 TER. De ser procedente la reposición del procedimiento, la sala penal ordenara al juez de primera instancia que lo reponga a partir del acto en que se causó el agravio, remitiéndole de inmediato las constancias de autos.

La Sala Penal podrá determinar la subsistencia de actuaciones o resoluciones que no se hallen directamente afectados con el acto que motivo la reposición del procedimiento y que satisfagan las condiciones que la ley dispone para que puedan ser convalidados.

Si la sala penal encontrare que el juez de primera instancia violo inexcusablemente la ley del procedimiento, o que el defensor falto gravemente a sus obligaciones, les impondrá una corrección disciplinaria, o dará vista al ministerio publico si la violación o el incumplimiento fueren penalmente relevantes; además, si se tratare del defensor de oficio, lo pondrá en conocimiento de su superior jerárquico.

La reposición del procedimiento en ningún caso será en perjuicio del reo.

CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expuesto es que se concluye que la adición a los artículos 346 bis fracción I, en relación al 346 ter del Código de Procedimientos Penales en el Estado de Hidalgo, constituye un impulso a las garantías de breve proceso e inmediatez procesal conferida a los inculpados, y más aún permite dar celeridad a los juicios en segunda instancia, permitiendo subsanar las omisiones el A quo, pues en un sin número de ocasiones se regresa el expediente a Juzgado únicamente para hacer la manifestación respecto al desistimiento de alguna prueba que haya quedado pendiente por desahogar, lo cual implica perder más o menos tres meses sin llevar a cabo desahogo alguno sino meros trámites administrativos que bien se pueden realizar en la sala penal que corresponda conocer.

De ahí la inquietud de realizar este pequeño, pero a mi consideración muy fructífero proyecto que permitirá omitir una etapa del recurso de apelación, sin que ello constituya una violación a las formalidades del procedimiento.

Cabe hacer mención que incluso y de un extenso análisis esta propuesta de igual manera podría ser aplicada al nuevo Sistema de Justicia en donde hay una corriente por demás garantista y en pro de dar celeridad a los juicios de Orden Penal.

BIBLIOGRAFÍA

BRISENO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Segunda edición. Ed. Harla, México, 1995.

BURGOA O, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1997

CABO, Carlos de, Contra el consenso, Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social, México, UNAM, 1997

CHAVEZ CASTILLO, Raúl. *Tratado Teórico Práctico del Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa. México 2003.

CARRANCA, Bourget, Víctor A. *Teoría de Amparo y su Aplicación en Materia Penal*. Ed. Porrúa. México, 2000.

CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales en México, México, Porrúa, 2006

CORONADO, Mariano, Elementos del Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Escuela de Artes y Oficios del Estado, México 1899.

CONTRERAS, Castellanos, Julio César, Las Garantías Individuales en México, México, Porrúa, 2006

COVIAN ANDRADE, Miguel. La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones) Ed. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México 2005.

D'ATENA, Antonio, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos", Enero-Junio de 2004.

DEL CASTLLO DEL VALLE, Alberto. Garantías individuales y amparo en materia penal. Ed. Duero s. a. de C.V. Pachuca, 1992

ESCALONA, Gaspar, "La naturaleza de los derechos humanos", en *Pasado, presente y futuro de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. Prontuario del proceso Penal Mexicano. Ed. Porrúa, México 2004.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo, La Justicia Constitucional, Ed. Palma, Argentina, 1994.

IZQUIERDO, Muciño, Martha Elba, Garantías Individuales, Colección Textos Jurídicos Universitarios , Ed. Oxford, México 2001.

LOPEZ LARA, Eduardo. 300 Preguntas y Respuestas en materia Procesal Penal. Ed. SISTA, México D.F. 1991

LÓPEZ, Pina, Antonio, La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1992; Haberle, Peter, El legislador de los derechos fundamentales, ponencia, traducción 2012.

MARTINEZ, Aragón, Martin, Breve Curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Libres, Oaxaca, México 2003.

MEDINA, Manuel, La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales, Madrid, Civitas, 1997.

PRIETO DÍAZ, Raúl Antonio. Ley, Inconstitucionalidad y Juicio de Amparo. Ed. Editores, México D.F., 2005

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Las garantías de Seguridad Jurídica, Poder Judicial de la Federación, 2ª. Edición, Julio de 2005.

REFERENCIAS ELECTRONICAS

Juridicas de la UNAM

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

<http://www.articulo.com/otro-articulos/los-derechos-fundamentales-y-la-aplicacion-en-la-justicia-constitucional-72032.htm>

