



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA TEORÍA DEL ESTADO ANTE EL PLURALISMO JURÍDICO, POLÍTICO,
SOCIOLÓGICO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDÍGENAS :
MODELO: REGIÓN LOXICHA, OAXACA**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ROSAS VARGAS, HUMBERTO

ASESOR: CORREAS, OSCAR

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL

2008



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AMOROSA DEDICATORIA

A Elena Vargas Juárez, mi madre, constante inspiración e incólume ejemplo de valentía, coraje y amor por la vida. Nada de lo que pueda decirte expresaría todo el amor y la admiración que siento por ti. Este logro es absolutamente tuyo, por la paciencia, la comprensión, el respeto y el apoyo incondicional que siempre he recibido de ti, por los cuidados y lo regañíos que, como ves, no fueron en vano.

A Ernesto Rosas Jiménez, mi padre. Eterno niño que siempre mantiene el corazón abierto y la ilusión vívida como el primer día.

A Sandra Ivonne, Isabel, Betsabé y Xóchitl, mis hermosas y queridas hermanas recreación misma de la bondad, la belleza y la alegría.

A la memoria de Don Epigmenio Vargas Flores, mi abuelo. Hombre heroico, actor valiente de una época difícil y lamentable en la historia de nuestro país. Espíritu libre, de ideas críticas y acciones consecuentes con su forma de entender el mundo. Lector insaciable, presencia indeleble que me acompañará (como hoy lo hace) todos los días de mi vida.

A la memoria de Doña Lucía Juárez Calderón, mi abuela. Porque siempre seguiré esforzándome para ser digno de vestir el traje que me lleve a visitarte.

A Claudia Salgado, bello ser que me brindó su corazón abierto.

A todos los miembros de la dinastía Vargas Juárez. A mis queridos tíos y primos. Son ellos quienes me enseñaron las primeras reglas del mundo. Muchas de las cuales sigo hoy, como cuando era un niño. Mención especial merecen Antonio y Santiago Vargas, mis hermanos, valientes y fieles comparsas de cuanta aventura he vivido. También en un renglón único está mi prima Rosario Espinosa Vargas

A Vania Geraldine Padilla Rosas, hermosa niña que descubre y hace suyo el mundo con la avidez y la inocencia inherentes a toda búsqueda.

A Aram y Daniel García Rosas, pequeños miembros del clan Rosas en cuya mirada se presagian épocas mejores.

A mi hermosa Universidad Nacional Autónoma de México, cuna de los hombres y mujeres que forjan el destino de nuestra Patria doliente.

A la egregia Facultad de Derecho, sueño dorado de quienes creemos en la justicia y que la escogemos por encima de una legalidad estática e inmutable.

Al Dr. Oscar Correas Vázquez, inspirador guía en el maravilloso mundo de la crítica jurídica, jurista talentoso, amigo generoso y hombre excepcional dedicado a la formación de las nuevas generaciones de hombres y mujeres que se inician en el desbordante y apasionante universo del derecho.

A la memoria de Don Ernesto Gutiérrez y González, insigne jurista y maravilloso ser humano, cuyo legado en el mundo jurídico perdurará como ejemplo de inteligencia y talento sin iguales.

A mis hermanos y hermanas del Colectivo Estudiantil de la Facultad de Derecho, valientes guerreros que escribieron la página de historia de que somos actores y que han afrontado con dignidad y valor la lucha cotidiana para alcanzar el máximo presagio de la humanidad: la libertad.

A Yeni Alejandra Molina, ser entrañable y tierna niña con ojos de ayer, con quien caminé por la bella senda del dulce artificio de la adolescencia. Recuerdo que siempre es presente y que vive en mi corazón como la imagen adorada del niño rebelde que se aferra, en su imaginación, a la promesa de que todo lo real puede ser de un modo distinto.

A Carmen Sofía Hernández, tierna Aradia en quien veo reflejado el maravilloso milagro de la alegría rebelde y revolucionaria y la materialización de la dignidad humana y la juventud perpetua. Persona bella con quien comparto el sueño de construir un mundo mejor, igualito al que existe en nuestros corazones. Incansable compañera que me animó y me lleno de entusiasmo en los más oscuros e inciertos días de mi febril y hermosa juventud disidente.....imagen y personificación de un sueño hermoso llamado Revolución.

A Elena Hernández, ternura e inteligencia encarnadas en peligrosa y seductora mujer crítica y rebelde.

A Rodrigo, amigo, maestro y colega soberbio que me enseñó la solidez del jurista y a la familia Quezada Goncen por brindarme su amistad y su sabia mirada de la vida. En especial a esa imagen de la belleza llamada Natalia, amiga entrañable y sabia mujer destinada a momentos gigantes en el escenario.

A Jessica Estrella, valiosa amiga que se empeña en influir en la formación de las nuevas generaciones de juristas.

A Jorge Sánchez, poeta, trovador, jurista y excelso políglota. Entrañable amigo con quien comparto la devoción musical por Silvio, Sabina y el cuarteto de Liverpool. Y por cuyas notas cobra vida el discurso de Braulio.

A Luis Daniel Vázquez Valencia, por su inapreciable ayuda y su paciencia al tratar con esta personificación de la necedad que soy yo. Sus comentarios en la revisión del primer proyecto que tenía pensado presentar, me convencieron para prepararme con más ahínco y guardarlo para mi protocolo de la maestría (con la previa matriculación en la hermosa carrera de Filosofía).

A Marco Alberto Macías Iglesias, insigne miembro de la Orden de Los Caballeros M, amigo valioso y brillante colega. Y a su esposa Livia Godoy, amiga insustituible, madre de dos gemelos hermosos, que por voluntad de la historia son los heraldos de la gloria reservada a la generación de nuestros hijos. Porque a veces la amistad se recrea y surge con mayor vigor de los desencuentros y las apasionadas discusiones.

A Jonathan Jardines Fraire, inseparable compañero, hermano y maestro de la vida. Nunca olvidaré esas noches de desvelo en que combatías a Hesse y a Nietzsche con las mejores letras de Silvio. Jamás, el frío de las calles y la soledad de esta ciudad gigante fueron tan cálidos como cuando las recorrí a tu lado.

A Cuauhtémoc Rueda, bello amigo de quien siempre aprendí la importancia de mantener el corazón sensible.....desde luego mi hermoso niño, mucho Foucault no sirve de nada si cedemos ante la mezquindad del cruel capitalismo.

A Emiliano Gaitán, porque quiso la historia que compartiéramos los momentos más duros e inciertos de nuestra hermosa y rebelde juventud. Y porque ahora seguimos juntos en la misma dirección y con la convicción del primer día.

A Jessica, Karina, Erika, Rebeca, Zeus y toda esa generación talentosa y emprendedora de jóvenes juristas que me inspira a prepararme para contestar con aplomo la interrogante sobre el "...y si no".

A Leonel y Teresita, porque no fue bueno, pero fue lo mejor.

A Blanca, hermana rebelde que lleva la música por dentro.

A Jonathan y Laura, hermosos en su juventud, atrevidos en su rebeldía y persistentes en el conocimiento. Siempre estarán presentes en las notas de Cerati, Bunbury y Calamaro.

A todos aquellos con quienes tuve el privilegio y el honor de luchar para mantener intacta la dignidad y la belleza de nuestra alma mater: a Elihú, Cristina, Michelle, Jorge, Francisco, Flor, Fernando, Verónica, Luz, Javier, Mario, David, Iván, Víctor Alejo y Alejandro.

A Don Ignacio Ramos Espinosa, a quien le estaré por siempre agradecido, porque su juicio generoso me brindó una nueva y mejorada oportunidad.

A Don Fernando Serrano Migallón, de quien aprendí lecciones inolvidables que estarán siempre presentes en la memoria del hombre y del jurista.

A la Dra. María Elena Mansilla y Mejía, brillante y ejemplar universitaria que me recordó la importancia de la academia como el apetito constante de mantenerse siempre aprendiendo.

Al Licenciado Luis Antonio González Roldán, de quien aprendí a ser siempre yo mismo. Quiso el destino que aprendiera de usted esta lección de la manera más dura y por lo mismo, la llevaré tatuada por siempre en mi alma vieja.

Al Licenciado Jesús Anlén López, por su amabilidad, su clase, sus interminables y distinguidas atenciones y su acertada dirección del Seminario de Teoría General del Estado de la Facultad de Derecho.

A todos mis maestros de la Facultad de Derecho, quienes generosamente compartieron conmigo la pequeña proporción que logré comprender de su extensa e inagotable sabiduría.

A quienes dirigen el programa de becas del CONACYT, por el apoyo que me brindaron para hacer posible este proyecto.

A Juan Felipe, José Manuel, Iván y José Alejandro que conocen a la persona que llevo bajo la piel y que mira en cada día al presente como fiel testimonio de ese pasado en que nos encontramos.

A Bladimir y Rocío, hermanos trovadores que me inspiran y me impulsan en el cortejo de esa bella y celosísima dama que es la guitarra

A mis compañeros de primer semestre, muy especialmente a mis amigos Adrián, Christopher, Cristina y Lorena.

A mis hermosos hermanos latinoamericanos: Alfonso Silva, Dionisio Jarrosay, Orlando Portela, Pedro Malavet, Adalberto Nuñez, Daniel Nina y Carlos Rivera Lugo, férreos doctores en derecho que viven la rebeldía de la mejor manera: con el corazón alegre y abierto.

A todos mis hermanos de idea, causa y convicción que desde la bella otredad, y cada cual a su modo propio, luchan porque este mundo sea mejor de lo que es ahora.

A todos aquellos que, en su amor o en su rencor, no me permiten distraerme. En especial a los perseguidores de cualquier nacimiento porque, por más que se afanen, no podrán callar nunca la rebeldía que vive en mi corazón. Sobre todo porque ahora me encuentro en esa hermosa etapa en que cada pulso, cada sentimiento, empieza a convertirse en poderosa e irredenta idea.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	11
---------------------	----

INTRODUCCION.....	13
-------------------	----

CAPÍTULO I EL PLURALISMO JURÍDICO, POLÍTICO, SOCIOLÓGICO COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

1. Introducción.....	19
2. El Pluralismo Jurídico.....	21
2. 1. El Pluralismo Jurídico moderno.....	22
2. 2. La Sociología Jurídica y el Pluralismo Jurídico.....	35
3. Articulación de sistemas normativos en contacto.....	41
4. Resolución de conflictos por las autoridades indígenas.....	45
4.1. Ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 16 de la Constitución de Oaxaca.....	46
4.2. Ejercicio de las facultades contenidas en la Ley Reglamentaria del artículo 16 de la Constitución de Oaxaca.....	51
4.3. Divergencias de las legislaciones citadas con el artículo 242 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Oaxaca.....	76

CAPITULO 2 CASOS PRÁCTICOS DE ESTUDIO: PROCEDIMIENTOS PENALES INSTRUIDOS POR LOS HECHOS DEL 29 DE AGOSTO DE 1996 EN LA REGIÓN LOXICHA EN EL ESTADO DE OAXACA

1. Introducción.....	79
2. Relatoría de hechos.....	80
3. Violaciones al procedimiento.....	84
3. 1. Detenciones ilegales.....	90
3. 2. Irregular integración de la averiguación previa.....	104
3. 3. Irregular admisión de pruebas.....	116
4. Prejuicios de clase y otros excesos jurídicos.....	134
4. 1. Negación sistemática de la aplicación del sistema jurisdiccional en razón de aspectos sociológicos.....	137
4. 2. Privación de la vida.....	152
4. 3. Incomunicación.....	154
4. 4. Tortura.....	155

CAPITULO 3
ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL
PROCEDIMIENTO PENAL

1. Introducción.....	163
2. Etapas del procedimiento penal.....	165
2. 1. Período de preparación del ejercicio de la acción procesal penal.....	169
2. 2. Período de preparación del proceso.....	173
2. 3. Período del proceso.....	184
2. 3. 1. La instrucción.....	186
2. 3. 2. Período de juicio.....	188
2. 3. 3. Discusión o audiencia.....	190
2. 3. 4. Fallo o sentencia.....	190
3. Formalidades del procedimiento penal.....	193
3. 1. Garantía de legalidad.....	197
3.2. Garantía de seguridad jurídica.....	198
3.3. Artículo 20 Constitucional.....	198
3.4. <i>Non Bis In Idem</i>	201
4. Principios rectores del procedimiento penal.....	202
CONCLUSIONES.....	205
BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	209

INTRODUCCION

“Sueño me parecía entonces el mundo, invención poética de un dios; humo coloreado ante los ojos de un ser divinamente insatisfecho [...] El creador quiso apartar la vista de sí mismo, —entonces creó el mundo [...] Ebrio placer es, para quien sufre, apartar la vista de su sufrimiento y perderse a sí mismo. Ebrio placer y un perderse a sí mismo me pareció en otros tiempos el mundo”.

Friedrich Nietzsche, El nacimiento de la tragedia

“Estamos en la época de la premeditación y del crimen perfecto. Nuestros criminales son adultos y su coartada es irrefutable: es la filosofía [...] desde el instante en que el crimen se razona, prolifera como la razón misma, toma todas las formas del silogismo. Era solitario como el grito y he aquí que se hace universal como la ciencia”.

Albert Camus, El hombre rebelde

“— ¿Acaso la tarea del departamento de policía es acosarme a mí cuando esta ciudad es la desvergonzada capital del vicio del mundo civilizado? [...] Esta ciudad es famosa por su [...] gente toda que vive en la impunidad mediante sobornos. Si tiene usted un momento, estoy dispuesto a discutir con usted el problema de la delincuencia; pero no cometa el error de fastidiarme a mí”.

Ignatius Reilly en La conjura de los necios de John Kennedy Toole

El presente trabajo ha sido motivado por una preocupación epistemológica constante, a saber: la existencia de una pluralidad de sistemas normativos que devienen frente a la aparente unicidad del sistema normativo hegemónico. Hay también en las líneas del presente texto una inconmensurable admiración hacia la realidad indígena. Ese otro mundo se presenta, hoy más que nunca, como

un paradigma cultural organizativo no sólo por su estructura interna sino también por su capacidad para aprender y recrearse al relacionarse con otros y diferentes universos, incluido el nuestro. Y sí, el nuestro —un mundo occidental dominado por el egoísmo y la deshumanización de la mayor parte de los miembros de su sociedad—, poco o nada tiene que ver con la integridad ética de los pueblos y comunidades indígenas.

Este universo indígena existe hoy desde la otredad y en ella encuentra su referencia deóntica para hacer frente a la homogeneidad avasallante del monismo jurídico que plantea la globalización económica y que, durante mucho tiempo, le ha relegado al ostracismo del silencio, negándole toda posibilidad de inclusión y de diálogo jurídico alguno.

Desde el pluralismo jurídico, político, sociológico, como sistema, para abordar esta otra realidad que se revela ajena a los ojos de occidente, es que iniciamos este tema que, estamos convencidos, pone de manifiesto los serios rezagos que se tienen dentro del marco jurídico-político mexicano respecto de la aplicación de la norma, en este caso la penal, a sujetos que pertenecen a comunidades indígenas, es decir, a sujetos a quienes se les aplica

la norma "pagando los costos que la cultura impone a través del andamiaje jurídico hegemónico".

En el presente trabajo, se demostrará la gravedad del problema social que surge con la ininteligible aplicación de la norma jurídica penal a sujetos que son, desde el inicio, marginados por el sistema; ya que en esta hipótesis normativa, el sujeto activo —identificado con el miembro de la comunidad indígena de la región Loxicha—, se desenvuelve en un escenario de privación material y simbólica; material en el sentido de los recursos con los que cuenta y, simbólica porque se encuentra sometido a un régimen totalmente extraño y que le es impuesto de manera hostil e inquisitoria, sin tomar en cuenta los rasgos característicos de su ser cultural, de ese "otro" que no existe en el referente normativo actual.

En efecto, los casos de la región Loxicha que se examinan en el presente trabajo, ponen de manifiesto que el sistema normativo hegemónico en lo general, y el sistema penal en lo particular, no reconocen las diferencias culturales y jurídicas que existen respecto de un grupo étnico en concreto. Es decir, el sistema penal no reconoce ni vela por los intereses de aquellos que económicamente son débiles, que políticamente son excluidos y que sociológicamente parecieren ser inexistentes ante la homogeneidad del esquema

jurídico dominante. Y es precisamente esta carencia la que cuestiona seriamente la estructura multicultural del Estado Mexicano

Frente a una serie de violaciones sistemáticas al procedimiento penal cometidas por el Ministerio Público y los Jueces Penales de Primera Instancia del Poder Judicial del Estado de Oaxaca, se instrumentan las directrices de ese otro sistema normativo que contempla en su estructura la resolución de estos mismos casos y que entra en contacto con el sistema normativo imperante a través de la aplicación del artículo 16 de la Constitución del Estado de Oaxaca.

La legitimidad de dos sistemas normativos alternativos es la cuestión que se dilucida en la presente investigación. Por un lado se analizan las contradicciones de la estructura tradicional a través de las indagatorias ministeriales y la función jurisdiccional en el ramo penal, mismas que hacen propicio el actuar arbitrario y el cínico abuso de poder por parte de los obtusos ejecutores de la ley. Por el otro, se contraponen las directrices del sistema normativo indígena para obtener de él, las normas óptimas que reflejen el ser cultural del grupo étnico en estudio.

Es la composición político-ideológica del Estado Mexicano la que se cuestiona y se crítica en este trabajo de investigación. Se

busca desentrañar a través de la evidencia fáctica, los vicios de un discurso que, aparentando neutralidad y eficacia jurídicas, se encarga de imponer una serie de directrices encaminadas a negar la posibilidad de esas otras expresiones normativas de las que puede y debe surgir la nueva forma de entender el derecho; más justo y sobre todo, seriamente cuestionado y fundamentado en todo aquello que dice.

Desentrañar la forma en que se ejerce el poder y el hecho de cómo éste se disfraza a través de un discurso formal, es sumamente interesante, pues plantea el escenario propicio para debatir sobre la validez y la legitimidad del ejercicio de la norma jurídica respecto de miembros de grupos étnicos —en este caso, el de la región Loxicha—, a quienes no se aplica su propio sistema normativo.

En esa medida, es nuestro propósito demostrar la existencia de múltiples posibilidades de expresión normativa, ya que es precisamente la aceptación de esta multiculturalidad la que debe situarse en el centro del debate jurídico, pues dicho atributo ha sido estudiado desde el aspecto antropológico pero pocas veces se le ha abordado desde el lente jurídico. Y es justamente el impacto social

de este hecho el que debe discutirse en la arena de las teorías y las doctrinas jurídicas.

Antropólogos y filósofos han dado su punto de vista. Hoy es el turno de los juristas para hablar sobre un tema neurálgico que cuestiona severamente la razón óptica del sistema normativo hegemónico

El debate que se propone tiene como finalidad desenmascarar al poder en su convicción de ejercer unilateralmente el papel de regulador universal de las conductas humanas. Este vicio, vuelto costumbre, de denostar y negarle existencia y validez a los otros sistemas normativos, es la constante del sistema normativo de occidente que encuentra, en esta estridencia, el último rincón para soslayar un debate inaplazable. Y este debate, debemos decir, sólo surgirá de la confrontación ideológica entre las dos clases de juristas que existen hoy en día: aquellos que se han erigido como críticos reflexivos del poder y aquellos que han elegido ser exégetas complacientes del mismo.

Ciudad Universitaria, Junio de 2007

Capítulo 1

EL PLURALISMO JURÍDICO, POLÍTICO, SOCIOLOGICO COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

“Al Estado lo inventó el hombre, para ostentar el poder, y así mandar a los demás hombres, sin que le puedan acusar de ser él, el que los manda, y también para que no lo acusen de que es o quiere ser rey, emperador, monarca o tirano, para mandar, poniéndose atrás de la careta del Estado”.

Don Ernesto Gutiérrez y González¹

1. Introducción

Nada hay más abstracto en el discurso jurídico que la idea del Estado. Ningún artificio —salvo la mercancía—, ejerce con mayor eficacia su imperio y su influencia sobre las conductas humanas. Construcción lingüística ficcional del sistema hegemónico cuya teoría —la Clásica del Estado—, y sus postulados, han predominado en nuestro mundo.

A fuerza de reproducir continuamente el sofisma de que nada hay anterior al Estado —ni siquiera el ejercicio del poder inherente a las relaciones sociales que le dan origen—, nos encon-

¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, México, Porrúa, 2005. p. IX.

tramos hoy ante el dominio del monismo jurídico, que sostiene que toda expresión normativa proviene originariamente de tal ficción.²

Pero lo cierto es que nada hay más concreto que las relaciones que dan origen a esta idea predominante del mundo jurídico. Nada es más claro y unívoco que la intención de los hombres de la élite oligárquica por mantenerse y perpetrarse en el poder. Por ello, no debe pasar inadvertido el hecho de que la teoría hoy imperante es el discurso que proviene de esta intención, y, paradójicamente, pretende ocultarla.

Ha surgido; sin embargo, una teoría crítica basada en hechos históricamente originarios: el pluralismo jurídico, que surge de comprender el hecho innegable de que existen muchas otras expresio-

² Todo conocimiento científico es incapaz de desarrollarse plenamente sin una constante apelación a las construcciones conscientemente "ficticias" o "imaginarias", las cuales desarrollan una función necesaria y útil, a la vez que instrumental, en el proceso cognoscitivo. Las "ficciones" no existen en el mundo de los hechos, no son empíricas, sino ideológicas; por lo tanto, cumplen una función constructiva y constitutiva en el ámbito del conocimiento, a la vez que desarrollan una inevitable y, en ocasiones, errónea dimensión ideológica. Son una especie de metáforas cognitivas, mitos justificados o, en definitiva, recursos intelectuales, que están más allá de la verdad o de la falsedad del supuesto mundo real, pero que sirven al conocimiento científico como una herramienta artificial, imprescindible y útil, para la realización de definiciones, explicaciones y comprensiones simplificadoras de los sucesos y de los hechos, es decir, para introducir orden en el mundo [...] El conocimiento, estructurado mediante "ficciones" constitutivas, regulativas y ordenadoras, es un conocimiento activo, creativo, constructor y productor, y no meramente pasivo y descriptivo. El edificio del conocimiento científico se construye, así [con base en] un gran artificio de "ficciones", símbolos conscientes, metáforas cognitivas, modelos, imágenes o figuras retóricas [...] El problema surge, cuando a las "ficciones" se les atribuye erróneamente un carácter de realidad, pretendiendo que puedan llegar a cumplir una función meramente descriptiva y analítica de la realidad. En estos casos la construcción ficticia deja de ser un instrumento heurístico y útil de conocimiento, para convertirse en un objeto del propio conocimiento, incurriendo en una peligrosa instrumentalización ideológica de la propia "ficción" y del propio conocimiento. Fariñas Dulce, María José, La "ficción" en la teoría jurídica de Hans Kelsen, en *Crítica Jurídica* No. 18, Junio de 2001, p. 1.

nes normativas que son el reflejo de una manera diferente de entender y de vivir el mundo.

2. El Pluralismo Jurídico

El predominio de la teoría que sostiene y reconoce la existencia de un solo derecho —sistema normativo hegemónico para nosotros—, ha sido propiciado, desde luego, por la aparente ausencia de un interlocutor que discuta la unicidad de este discurso. Esta era, sin embargo, ha llegado a su fin, y los principios de tal teoría, son hoy cuestionados como pocas veces se ha observado en la historia del pensamiento jurídico.³

³ Sobre los orígenes del pluralismo político hacia la década de los veinte del siglo pasado, y su virtual derrota política ante la aparición del Estado Unitario de Masas, y, subsecuentemente, por el "Welfare State", Carlos Mallorquín describe: "El pluralismo político puede explicarse como una reacción a la incómoda expansión de los tentáculos administrativos de la organización del Estado y su visión universal del orden social y del "bienestar", tanto en términos social-políticos como en materia de salubridad nacional [...] su ideario político va más allá del "individualismo" ahistórico del liberalismo [...] El pluralismo en cuestión reniega sistemáticamente del "individualismo" en sus versiones liberales, y por tanto, de gran parte del corpus conceptual de la teoría política clásica desde Hobbes en adelante. Construye su noción de lo político y de lo social a partir de una ontología sociológica relativamente pragmática, aparentemente ateórica, cuyos principios se nutren de una devastadora crítica al pensamiento político contractualista o iusnaturalista [...] Figgis, Cole, y Laski no dejan de invocar a Otto von Guericke subrayando su teoría de la "asociación" para desarrollar la idea de que la fuente del derecho es algo orgánico a la convivencia entre los hombres, emana entre ellos orgánicamente y por lo tanto ni el estado, ni el soberano, son la creación del mismo. [...] El pluralismo inglés inculpa al individualismo liberal de una noción de libertad imposible de resolver dentro de sus propios términos debido a que el individuo siempre se organiza para sus distintas metas u objetivos en grupos sociales: familia, sindicatos, clubes, partidos de toda índole y empresas." Mallorquín, Carlos, El pasado presente del pluralismo político, inédito, pp. 2-6; Hacia los años setentas del siglo pasado, surge en Francia, como referente inmediato de esta discusión, la teoría jurídica crítica francesa —Critique du Droit. Encontramos aquí el pensamiento crítico de autores como Michelle Mialle y Antonie Jeammaud, entre muchos otros. Sobre el particular ver Jeammaud, Antonie *La crítica jurídica en Francia. Veinte años después*, inédito.

El Pluralismo Jurídico irrumpe en la Teoría del Derecho para hablar de temas que habían desaparecido del discurso de los juristas. Hoy, a regañadientes, y con evidente disgusto, estos juristas debaten sobre la validez y la estructura lógica de sistemas normativos diversos al hegemónico, con la seriedad exigida por las discusiones científicas.

Ha pasado el tiempo de entender a la identidad y la racionalidad insertas en la pluralidad cultural como simples elementos del folklore, como ideas románticas más propias del ensayo anecdótico que de la ciencia jurídica. Ha llegado el momento de debatir, en la arena del mundo jurídico, dos aproximaciones contrapuestas de la realidad: el sistema hegemónico —que se dice único—, y los otros sistemas que se niegan a existir en la subordinación.

2.1. El Pluralismo Jurídico moderno

Dice Max Weber⁴ que el poder es la capacidad de imponer la voluntad propia a otros, determinando su conducta y su conciencia, aún en contra de su voluntad, y aún por medio de la violencia física. Esta aseveración se torna todavía más dramática y cierta para los

⁴ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 43.

juristas, si se entiende que el poder se ejerce a través de la prescripción y, sobre todo, si se mira al derecho como un acto político, en el que la norma jurídica se erige como la expresión más acabada de todas las prescripciones.⁵

En la comprensión del mundo, el ser humano se vale del uso del lenguaje y resulta que éste, sólo puede ser descriptivo o prescriptivo.⁶ La diferencia, claro, radica en la intención del hablante. Para distinguir el simple intercambio de información del mensaje que se utiliza para hacer que alguien piense o haga algo (eso que podría identificarse con lo normativo), Hans Kelsen, al explicar la estructura semiótica de la norma, identifica en ella la descripción de una conducta ligada a un modalizador deóntico que permite, ordena o prohíbe dicha conducta.⁷ Ciertamente lo que hace

⁵ Ovilla Mandujano, Manuel, *Teoría política*, México, Edición del autor, 1992, p. III. "El derecho [...] reproduce diversos contenidos, que pueden ser económicos, ideológicos, sociales, morales y políticos [...] Política y derecho son dos creaciones humanas que la historia atestigua siempre andan juntas y lo seguirán haciendo aunque nosotros quisiéramos soslayarlo".

⁶ Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 59-60. "El análisis del lenguaje consiste en preguntarse acerca del significado de las palabras, de las expresiones, de los enunciados [...] el análisis del lenguaje consiste en distinguir cuidadosamente entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo (o normativo) y valorativo. Los enunciados prescriptivos son irreducibles a los descriptivos bajo tres aspectos fundamentales: a) la función pragmática que cumplen: las prescripciones no están dirigidas a transmitir información, sino a guiar, condicionar o modificar el comportamiento de otros; b) el tipo de respuesta que exigen del destinatario: las prescripciones no pueden ser consideradas verdaderas o falsas, pueden sólo ser obedecidas o desobedecidas; c) los criterios semánticos de valoración de los que son objeto: las prescripciones no tienen valores de verdad; los valores de las prescripciones son la validez y la justicia [...] Se llama prescriptivo a un discurso cuya función no sea la de formular y transmitir información y conocimientos, sino modificar, influenciar o dirigir el comportamiento de los hombres".

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría General de las Normas*. México, Trillas, 2003, pp. 71-72, "El deber ser es el sentido de todo acto volitivo dirigido a un comportamiento ajeno [...] Ser y deber ser son

Kelsen es una disección socio-semiótica de la norma jurídica, abordándola en su sentido gramatical —construcción lingüística de las normas— y en el aspecto semántico —significado y sentido de las normas. Por eso, y a pesar de que nuestro mundo es casi totalmente prescriptivo, resulta difícil comprender el empecinamiento de los científicos sociales, por mantenerse en la idea de que su función consiste en una simple descripción de la realidad circundante, ajena a cualquier intención de poder *a priori*.

El derecho, como sistema normativo hegemónico, y como objeto de estudio de la ciencia jurídica, está constituido por un sentido deóntico y un sentido ideológico. Diríamos que el primero, está constituido precisamente por su razón axiológica, es decir, por enunciados que prescriben conductas; el sentido ideológico sin embargo, se caracteriza por su aparente inexistencia —a los ojos

dos modos esencialmente distintos entre sí, dos diferentes formas que tienen un determinado contenido [...] el contenido del ser y el contenido del deber ser, constituyen un sustrato modal indiferente [...] Puesto que el ser y el deber ser constituyen dos modos esencialmente distintos, aquello que es no puede al mismo tiempo ser debido, de la misma manera que lo que es debido no puede simultáneamente ser. Que algo sea tal y como debe ser, o sea, el que un ser “corresponda” a un deber ser, significa que el contenido de un ser es igual al contenido de un deber ser; el sustrato modal indiferente es igual en ambos casos. Lo que tenemos ante nosotros son dos sustratos modales indiferentes iguales en dos modos diferentes. Lo que aparece en la norma, la cual está prescribiendo un determinado comportamiento, no es el comportamiento efectivo, sino el comportamiento debido. El comportamiento que aparece como debido en la norma y el comportamiento que sucede efectivamente, el cual corresponde al comportamiento prescrito por la norma, son dos cosas distintas en cuanto al modo [...] el sustrato modal indiferente no es susceptible de ser verdadero o falso, tal como lo sería la declaración que aparece en el modo de ser, y tampoco puede ser válido o inválido, como sería la norma que aparece en el modo de ser, y tampoco puede ser válido o inválido, como sería la norma que aparece en el modo del deber ser, por lo cual los principios de la lógica carecen de aplicación sobre los sustratos modales indiferentes”.

de los científicos sociales, claro—, y por la intención político-social que los sujetos que detentan el poder insertan a través del discurso normativo.⁸

Lo que evidencia esta disección de la estructura de la norma, es que detrás de la concepción tradicional del derecho, permanece oculto, como fenómeno social, el ejercicio del poder y, en consecuencia, resulta evidente también, que la unilateralidad en el discurso es el punto nodal desde el cual la Teoría Clásica o General del Derecho pretende erigirse como la única posible y digna de ser obedecida. Y, desde esa universalidad, se ha apropiado de la juridicidad como el elemento *sine qua non* que la distingue de otros sistemas normativos.⁹

⁸ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1985, pp. 16-17 “[...] cómo puede el derecho seguir siendo el sostén de un *status* injusto o cómo puede contribuir a remediarlo [...] y aunque] históricamente el contenido del derecho no hace sino reflejar los intereses de la clase que domina socialmente, [éste] *aparece* despegado incluso de las concepciones económicas y políticas dominantes. Es que los juristas no han reparado, en su adormecimiento, que es preciso abandonar las posiciones rígidamente jurídicas. Solamente si obtienen información apropiada sobre el acontecimiento social y se disponen a utilizarla, junto con sus conocimientos técnicos, en beneficio efectivo de una mejor organización social, podrán hacer del derecho, algo actual y eficiente.

⁹ Nicol, Eduardo, *La idea del hombre*, 2ª versión, Capítulo sexto. Hacia la filosofía. Desde la política, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p.p. 263-264: “La juridicidad, si fuera superflua, no se habría inventado, pues el puro poder no necesitaría justificantes ajenos a su efectividad invariable [...] ¿Qué se entiende por juridicidad? Las definiciones de los juriconsultos, aunque válidas, no llegan al fondo de significación que se descubre en el análisis existencial [...] La juridicidad es una relación humana. El otro-yo aparece revestido de una cualidad que no poseía antes de que se institucionalizaran las formas de convivencia. Se trata de una cualidad vital, producida por el ordenamiento jurídico, pero cuyo alcance rebasa la obligación de obedecer las leyes. El otro ya no es un simple vecino, uno más entre los miembros individuales del estado; es un *sujeto de derecho*, porque la comunidad misma se ha constituido como *estado de derecho*”. Desde luego que la noción de la juridicidad sostenida por el eminente ontólogo español, tiene como base el papel que la alteridad desempeña en tanto

Lo que existe, entonces, son múltiples expresiones normativas, diversas todas ellas por su referente cultural, pero, sobre todo, por la forma en la que ejercen el poder, por ser cada uno de estos sistemas una particular forma de ejercer ese poder. Y es aquí donde se ve que la juridicidad es sólo el atributo que permite legitimar a un sistema normativo —el hegemónico—, frente a todos los demás.

Delimitaremos aquí la noción de sistema normativo¹⁰ y la identificaremos con el conjunto de enunciados que tienen consecuencias normativas —permisión, prohibición u obligatoriedad de conductas—, y cuya función consiste en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones, dando como resultado que del conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un caso, se deduzca el enunciado de una solución.

En consecuencia, es correcto sostener que todo sistema normativo se rige por el principio lógico de coherencia pero también por determinados postulados como la pertenencia, y la jerarquía o escalonamiento de las normas que lo integran. Sin embargo, el

centro de relación vital. Esta alteridad es la que el sistema normativo hegemónico se encarga de perseguir, cancelar, por lo que la juridicidad, al suprimir la otredad como referente, deja de tener sentido.

¹⁰ Alchourron, Carlos, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 28.

hecho de la sistematización, es decir, la aplicación de una regla de reconocimiento para establecer la pertenencia de una norma a un sistema dado, obedece a una decisión del ordenador, a una intención de poder *a priori* en que la calificación de juridicidad no tiene fundamento científico alguno, sino que es resultado de la autoafirmación en el ejercicio del poder político por el sistema hegemónico que se proclama, a sí mismo, jurídico frente a los otros.

Y es así, desde esta intención *a priori*, que la Teoría General del Derecho se ocupa únicamente del sistema normativo estatal y, valiéndose del monismo jurídico, identifica el fenómeno normativo con el Estado y reduce la creación de las normas jurídicas a los órganos del mismo.¹¹

Históricamente, esta postura teórica ha tenido la pretensión de autodefinirse como la única ciencia jurídica posible y, desde una visión tergiversada del positivismo jurídico¹² —sosteniendo enconadamente que la juridicidad deriva de valores internos al discurso del derecho, valores que la voluntad política o la utilidad social

¹¹ La universalidad es un atributo de todo discurso, de todo logos (λογος), aunque se trate, como venimos exponiendo, de uno falso y deficiente, por cuanto afirma la unidad y niega la pluralidad existente en la realidad objetiva. Sobre el particular señala Eduardo Nicol: “El ser es enfático y a la vez aporético: sigue siendo una incógnita, a pesar de que es manifiesto”. Nicol, Eduardo, *op. cit.*, p. 343.

¹² Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 270-271. El jurista austriaco en su respuesta a Edmund Husserl sobre el sentido original del deber ser, señala que “el sentido prescriptivo de la norma consiste en la expresión inmediata de un acto volitivo dirigido al comportamiento de otro [por lo que] una norma sólo vale en tanto sentido final de un acto volitivo”.

no pueden sustituir—,¹³ le niega cualquier posibilidad de interlocución a otras ciencias que estudian las diversas expresiones normativas existentes, tales como la Sociología, la Antropología y la Filosofía.¹⁴

El citado monismo, así presentado, se revela ya no sólo como una postura abyecta y anacrónica respecto del derecho,¹⁵ sino como la legitimación de una visión parcial y subjetiva de la realidad normativa que niega la existencia de otros sistemas socialmente imperantes.

En esta autoafirmación de universalidad, el monismo jurídico ha categorizado ineluctablemente esas realidades normativas, y de un solo golpe las ha arrojado al vórtice de la otredad y, debemos decir, la alteridad para el poder hegemónico que se proclama a sí mismo jurídico, es todo aquello que está fuera de sus fronteras, es decir, el

¹³ Hespanha, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 227.

¹⁴ *Ibidem*, p. 219 “Al aproximar el saber jurídico a las ciencias sociales, se da origen a disciplinas jurídicas nuevas, como la sociología del derecho, la antropología jurídica o la criminología, las cuales permiten una comprensión del papel del derecho en los procesos de elaboración de normas sociales, y llaman la atención de los juristas hacia el derecho practicado —*lebendiges Recht, law in action*”.

¹⁵ El grado de anacronismo se comprende fácilmente si se miran las teorías actuales y se les compara con lo que en los años treinta sostenía Manuel Rodríguez en el sentido de que “no hay poder trascendente, el poder pertenece a la nación organizada. De ello se deriva que al Estado le corresponde crear la norma de su existencia y de los elementos que la constituyen [...] El Estado es la fuente de toda la regla normativa [...] El ciudadano no puede recurrir a un principio extraño a su país, ni incluso invocar las reglas de la humanidad”. Rodríguez, Manuel, *Política, direito e justiça*. Coimbra, 1934, p. 41.

no ser, la nada, la barbarie, el sin sentido.¹⁶

Este proceso, hoy perfeccionado, es resultado del decantamiento histórico de varios siglos, pues como elemento *sine qua non* de la Teoría General del Derecho y del Estado, el monismo jurídico:

[...] se instala en el interior del discurso que dice sólo describir, y, desde allí, mira a las otras normas y sistemas. Y claro, desde ese punto de observación, todos los demás son 'los otros'. Y al estudiarlos desde la posición de hegemonía del sistema autoproclamado único, convirtió a los otros en lo otro del sistema, al cual, sin mayor crítica llamaba jurídico, es decir, los convirtió en no jurídicos [...]. La consecuencia ideológica de este proceso cuasi epistemológico es, en verdad terrible. La Teoría General del Derecho se ocupó de una clase especial de sistemas normativos, pero al mismo tiempo los legitimaba. Tal legitimidad no es más que el efecto continuado de solamente estudiar los sistemas triunfantes. La ideología jurídica hizo parte del resto: aparecieron "teorías"...cuya eficacia consistió en desarrollar la ideología de que el sistema jurídico hegemónico es el único jurídico. Lo cual además de ser una petición de principios [del grupo en el poder...] constituye una vulgar ideología de la celebración del poder.¹⁷

Es evidente que la rigidez del sistema normativo hegemónico es el aspecto más connotado de su sentido ideológico; es, en términos filosóficos, su confirmación como ontología, es decir; como ideología e identidad del poder y de la dominación, como pensar que se refugia en el centro para afirmar que el ser, [el Estado], lo

¹⁶ Dussel, Enrique, *Filosofía de la Liberación*. Bogotá, USTA, 1980. p. 16

¹⁷ Correas, Óscar Los sistemas jurídicos indígenas y la teoría general del derecho. Problemas nuevos, en *Anuario da facultade de dereito*, 2002, pp. 268 y 269.

divino, lo político y lo eterno son una y la misma cosa.¹⁸ Y es en este argumento, hasta hoy sostenido por la Teoría General del Derecho, en el que se puede identificar al Estado y a la juridicidad —como atributo exclusivo—, del sistema normativo hegemónico, como actos del lenguaje y, en último grado, como ficciones que encuentran su legitimidad en el fenómeno político, es decir, una vez más, en el ejercicio del poder.

A la luz del análisis del discurso, los usos del lenguaje que dan origen al Estado se presentan como trampas que ocultan su origen en tanto ficción, en tanto mito fundante “objetivado” anterior a la voluntad que intervino en el acto de su creación, y aquí se presenta, entonces, el fenómeno conocido como fetichización del Estado, es decir: “[...] la producción de algo a lo que luego se le atribuye mágico poder sobre su productor”.¹⁹

Y de un modo más concreto diríamos que “el fetichismo consiste en tomar una idea por una verdad [en considerar que esa idea] es la verdad por fin hallada, la naturaleza por fin violada en su secreto”.²⁰

¹⁸ Dussel, Enrique, *op cit.* p. 17

¹⁹ Correas, Óscar, *Kelsen y los Marxistas*. México, Ediciones Coyoacán, 2004. p. 225.

²⁰ Correas, Óscar, *Derecho y Posmodernidad en América Latina. Apuntes para un Ensayo*, en *Crítica Jurídica* N° 22. México, Fontamara, 2004. p.109.

Ya Kelsen adelantaba que:

[...] la norma fundante de un orden jurídico, por tanto de un Estado, es una ficción y en consecuencia no hay ningún derecho que legitime ningún poder. Toda legitimación no puede ser sino política, esto es, producto de la eficacia del discurso del gobernante.²¹

Por lo que se puede concluir que no existe uno, sino varios sistemas normativos, todos ellos constituidos por enunciados prescriptivos, es decir, descripciones de conductas modalizadas deónticamente, y categorizados por diversas reglas de reconocimiento de las que obtienen su legitimidad en el grado en el que reflejan una forma particular de ejercer el poder.

Ejemplo de estas reglas de reconocimiento²² lo es el principio de escalonamiento de las normas, el cual se basa en relaciones de subordinación, interdependencia y preeminencia para obtener como consecuencia el también principio de identidad. Por ello, es necesario subrayar que las citadas reglas de reconocimiento, son el resultado de un proceso histórico discursivo en el cual las relaciones sociales determinan valores histórico-contingentes que han sido instituidos como elementos socializantes y socializadores por

²¹ Correas, Óscar, *op. cit.* p. 224

²² Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 126. Todo sistema normativo está integrado por normas primarias y secundarias [...] las secundarias se dividen a su vez en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación [...] las reglas de reconocimiento sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no.

los diversos sistemas normativos a través de enunciados vinculantes.

Ante este panorama teórico, e instalado en su discurso unificador, el sistema normativo hegemónico encontró en la modernidad²³ al nuevo fetiche. Pero lo cierto es que la modernidad, en tanto modo de producción y distribución y un discurso de varios tópicos,²⁴ generó un importante problema: la inexistencia de la otredad para fundamentar comparaciones en las pautas de acción. Frente a la desaparición de la *Moira* griega y de Dios, la racionalidad ocupó el lugar que éstas dejaron, pero la racionalidad es sólo procedimental, es sólo un mecanismo de razonamiento y, dado que la razón no evoluciona a partir de sí misma, sino que es un parámetro que establecen los hombres dentro de un proceso de civilización determinado, que se impone como una síntesis del proceso social y, que al final es un patrón aceptado, convenido, estereotipado,²⁵ se puede entender porqué la modernidad implicó la autoconstitución de la sociedad política ya no desde la otredad sino

²³ Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*. Tecnos, Madrid, 1986. p. 41. "La modernidad es un vaciamiento en el contenido del derecho, que quedará reducido a instrumento al servicio de la clase que representa el desarrollo de la economía. [demasiado pronto] se experimentaron las consecuencias del agotamiento y la crisis del idealismo individual, el racionalismo liberal y el formalismo positivista como paradigmas de la modernidad".

²⁴ Correas, Óscar. *op. cit.* p.106

²⁵ Botero Uribe, Darío, *El derecho a la utopía*. 4ª edición, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2002. p. 26

desde sí misma y por un proceso de autocomunicación frecuentemente contractual o de adherencia.²⁶

Es evidente que la Teoría del Derecho Clásica, y singularmente la Teoría del Estado Clásica, resultan insuficientes para comprender la existencia de los diversos sistemas normativos que, paralelamente al hegemónico, reclaman y de hecho ejercen, obediencia dentro del territorio mexicano. Y esto es así porque, en relación con las comunidades indígenas, la juridicidad en la que se basa el sistema dominante es una mutilación de la personalidad, “toda vez que ve a sus miembros como delincuentes; a sus autoridades, como usurpadores y a sus resoluciones como arbitrariedades, cuando no como usurpaciones de funciones “oficiales”.²⁷

Es así, que desde la crítica jurídica y del análisis del discurso, surge el pluralismo jurídico como una reacción frente al monismo que hemos venido describiendo. Y es necesario señalar que el plu-

²⁶ Laski, H. J., *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1974. pp. 16-17. [...] la nueva clase media habría de levantarse a una posición de predominio político. Su instrumento fue el descubrimiento de lo que podríamos llamar el Estado Contractual. Para lograr este nuevo Estado se esforzó por limitar la intervención política dentro de los límites más estrechos, compatibles con el mantenimiento del orden público. Nunca pudo entender que la libertad contractual jamás es genuinamente libre hasta que las partes contratantes poseen igual fuerza para negociar. Y esta igualdad, por necesidad, es una función de condiciones materiales iguales. El individuo a quien el liberalismo ha tratado de proteger es aquel que, dentro de su cuadro social, es siempre libre para comprar su libertad; pero ha sido siempre una minoría de la humanidad el número de los que tienen los recursos para hacer esa compra [...] Los fines a los que sirve son siempre los fines de los hombres que se encuentran en esta posición. Fuera de este círculo estrecho, el individuo por cuyos derechos ha velado tan celosamente no pasa de ser una abstracción.

²⁷ Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 265.

ralismo jurídico hace referencia a un hecho y a una teoría. En el primer caso, tal expresión designa el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio, y que pertenecen a órdenes o sistemas normativos distintos;²⁸ en el segundo caso, diríamos que el pluralismo plantea una redeterminación axiológica, social y normativa de la exégesis jurídica, cuya finalidad es lograr una integración no homogeneizadora de la otredad, de lo culturalmente diverso tomando como base el modelo comunicacional,²⁹ es decir; desde una teoría del lenguaje en que la comunicación racional eficaz es el vínculo entre los actores sociales.

El pluralismo jurídico describe el hecho de que, en determinados territorios, y para determinados grupos, las normas que son obedecidas son otras diversas a las dictadas por el sistema hegemónico. En un grado más acabado del pluralismo, se da la existencia de un sistema de normas que se presenta como "otro", en el cual puede detectarse al menos una norma, que obliga a producir conductas las cuales, conforme con otro orden o sistema, constituyen delito u otras formas de conductas prohibidas. Las del

²⁸ Correas, Óscar, *op. cit.*, pp. 266 y 267.

²⁹ Freitag, Bárbara, *Teoría crítica: Ontem e hoje*, Brasiliense, Sao Paulo, 1987. La racionalidad [como presupuesto de la acción comunicativa de Habermas] es un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre las cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la autenticidad. El concepto de razón únicamente tiene sentido en cuanto razón dialogada, p. 57.

sistema alternativo, son normas cuya efectividad constituye delito conforme con las normas del otro sistema.³⁰

Ya desde aquí se puede contestar a la pregunta sobre si hay diferencia entre los múltiples sistemas normativos detectados por la Sociología, y el que la Teoría del Derecho Clásica insiste en denominar jurídico —y que hemos identificado como sistema normativo hegemónico. La respuesta, desde el análisis de los sistemas normativos, es que tal diferencia sólo existe como ficción, como mito inserto en la ciencia jurídica aprendida y reproducida por numerosas generaciones de juristas.

2.2. La Sociología Jurídica y el Pluralismo Jurídico

Para referirse al fenómeno consistente en la coexistencia de varios sistemas normativos, en los términos descritos en el apartado anterior, los sociólogos del Derecho usan el término de pluralismo jurídico. Y esto es así porque la Sociología Jurídica no ha tenido ningún problema en aceptar la existencia de realidades normativas divergentes, ya que la diferencia, en los aspectos cultural y econó-

³⁰Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 267

mico sobre todo, es el sello distintivo de sociedades complejas como la nuestra.

Ya Weber, quien entendía a la Sociología como la ciencia que se ocupa de las acciones sociales, identificaba a la acción —la acción social con sentido, por supuesto—, como el hecho de dirigirse un sujeto a otro en sentido prescriptivo —esto es, la acción social como acto volitivo. Por ello, resulta comprensible que el maestro alemán encontrase en la aproximación normativa el fundamento de su ciencia, toda vez que, sociológicamente, la norma existe en el acto de reconocimiento del otro, del sujeto que acepta la prohibición, la permisión y obligatoriedad de determinadas conductas. Tal reconocimiento comprende incluso la posibilidad de la sanción como consecuencia ante la desobediencia.

Por ello, es comprensible que las primeras reacciones contra la identificación entre Estado y Derecho, surgieran de la Sociología Jurídica. Dos son las vertientes teóricas en las que se gesta la idea de pluralismo jurídico: por un lado, se destaca, en la década de los treinta del siglo XX, la obra de autores como Eugene Ehrlich y Georges Gurvitch; por el otro, y dentro de la Antropología Cultural Británica, Malinowski ocupa un lugar preponderante en el estudio

del poder como fenómeno cultural derivado de las acciones conscientes.

Eugene Ehrlich describe un pluralismo de tipo horizontal en el que la sociedad es la suma de las asociaciones que la constituyen. El individuo, entonces, obedece ante todo el orden jurídico interno de las asociaciones de las que forma parte y, este orden, consiste en un derecho antes que nada corporativo, que armoniza las relaciones entre individuos.³¹

Georges Gurvitch por su parte, se sirve de la historia para demostrar que el pluralismo jurídico siempre ha existido, sosteniendo que:

[...] por pluralismo jurídico se entiende aquella dirección del pensamiento que se opone del modo más explícito e intransigente al estatalismo jurídico, es decir, a la concepción [...] que atribuye al Estado el monopolio del poder político, reduce todo el Derecho al Derecho del Estado, y hace residir en la ley del Estado la fuente suprema del Derecho.³²

La definición que Gurvitch ofrece de la Sociología Jurídica es fiel reflejo de su concepto de Derecho, pues la concibe como:

[...] la parte de la Sociología del Espíritu que estudia la realidad social plena del derecho, partiendo de sus expresiones sensibles y exteriormente observables, en conductas colectivas efectivas y en la base morfológica [...] La Sociología Jurídica interpreta estas conductas y estas

³¹ Cabedo Mallol, Vicente, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004, p. 15.

³² *Ibidem*, p. 15

manifestaciones materiales del derecho según las significaciones internas que las inspiran y penetran pasando de los símbolos, tales como las reglas fijadas de antemano, el derecho organizado, los procedimientos y las sanciones, a las reglas flexibles y al derecho espontáneo, de éstos pasa a los valores y a las ideas jurídicas que expresan y finalmente a las creencias e interacciones colectivas que aspiran a estos valores y que aprehenden estas ideas y que se manifiestan en "hechos normativos" espontáneos, fuentes de las fuentes de validez, es decir, de la positividad de todo el derecho.³³

Y de manera alegórica, Gurvitch culmina su argumentación sobre el pluralismo jurídico sosteniendo que "el Estado no es otra cosa que un pequeño lago profundo en el mismo mar del derecho que lo circunda por todas partes".³⁴

Es interesante señalar cómo los sociólogos referidos distinguen claramente al derecho positivo como la manifestación de hechos normativos y le otorgan, en razón de su eficacia, una marcada relevancia, al margen de su origen formal y se enfocan en el reconocimiento que le dan los actores sociales.³⁵

En el caso de Malinowski, el análisis del pluralismo es todavía más interesante, ya que surge como una conclusión derivada de mirar en la cultura, al conjunto de las acciones conscientes, a la

³³ *Ibidem*, p. 16

³⁴ Citado en Cabedo Mallol, *op. cit.*, p.17

³⁵ Entre nosotros, Eduardo García Máynez, que es constantemente citado por los teóricos que se circunscriben dentro de la Teoría Clásica del Derecho, explicaba que "las locuciones derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleadas como sinónimo. Tal equiparación es indebida porque la vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no" García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2005, p. 38.

valoración de los elementos significativos del entorno. La referencia sería ociosa si, fuera de contexto, no se hiciera mención de la Antropología Cultural Norteamericana y de su estudio de la acción inconsciente como corriente antagónica. Se puede observar que, como decíamos en un inicio, las normas son un acto del lenguaje, cuya creación, en tanto acto voluntario, no puede ser explicada desde cierta perspectiva de lo inconsciente.

Es así que la Sociología y la Antropología Jurídicas encuentran en la aproximación normativa una innegable referencia teórica para desarrollar en sus estudios, el poder ejercido a través de la acción social y la determinación del grado de influencia que la norma ejerce en la noción de cultura respectivamente. La interrelación de ambas disciplinas se comprende fácilmente “por cuanto es mérito de la Sociología haber erigido los fundamentos del pluralismo jurídico, en circunstancias en que la Antropología lo descubría en el trabajo de campo”.³⁶

Sin embargo, es necesario señalar que ambas disciplinas —la Sociología y la Antropología Jurídicas—, no han impulsado con vigor suficiente el debate que tendría que existir a raíz de estos

³⁶ Cabedo Mallol, Vicente, *op. cit.*, p. 16

descubrimientos³⁷. Nos inclinamos a pensar que esto obedece principalmente al hecho de que ésa es una tarea que corresponde a la Teoría General del Derecho, pues las cuestiones que hemos venido señalando se identifican con la hermenéutica jurídica. No obstante, debemos señalar que toda interpretación es el antecedente de la aplicación ulterior de una norma a hechos concretos controvertidos —es decir, a manifestaciones concretas del ejercicio del poder—, y, en la medida en que se renuncia a discutir estos temas dentro de la ciencia jurídica, se deja un enorme vacío que es ocupado por el discurso y la ideología que hemos venido describiendo.

Es precisamente este vacío el que debe ser abarcado por aquellos juristas que, desde el estudio del pluralismo jurídico, tomen en cuenta las diversas expresiones normativas existentes como un referente y una consecuencia de la multiculturalidad que impera en nuestra sociedad.

³⁷López Bárcenas, Francisco, *La ley de la costumbre*, inédito, p. 21. [que] el análisis de los sistemas normativos indígenas sólo se haya hecho desde la antropología jurídica y no de la teoría del derecho, lleva al problema de estudiarlo desde categorías distintas a las del derecho y se pretenda que arroje resultados válidos para este último.

3. Articulación de sistemas normativos en contacto

Decíamos, en líneas anteriores, que el pluralismo jurídico hace referencia a un hecho, y a una, por cierto, novedosa teoría con la cual se persigue “rescatar la diversidad cultural y normativa [abandonando] las urgencias universalistas [de las Teorías Clásicas del Derecho y del Estado] para establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple”.³⁸ Resulta que para hacer efectiva esta pretensión, el pluralismo debe propiciar el diálogo eficazmente racional entre la unidad y la multiplicidad expresada por la existencia de diversos sistemas normativos —que de aquí en adelante asociaremos con los sistemas normativos indígenas—, y, al mismo tiempo, lograr el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de esta concepción, por las propias autoridades indígenas. Y es precisamente, en este aspecto procedimental, que surgen problemas de competencia entre los variados sistemas indígenas y el hegemónico o dominante.

No debe pasar inadvertido el hecho de que los sistemas normativos en estudio se circunscriben sobre la base de un conjunto coherente de principios relativos a la creación, interpretación, aplicación

³⁸ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 23.

e integración de los enunciados prescriptivos que los componen y, desde luego, los sistemas indígenas no son la excepción. Por eso resulta de vital importancia, entender que el ejercicio de estas atribuciones no puede darse plenamente desde la ideología del reconocimiento, ya que, desde esta plataforma, “a menudo se coloca a tales sistemas en una clara subordinación al derecho del Estado o negándoles la posibilidad de ejercer sus funciones jurisdiccionales”³⁹.

Como se ve, la idea del reconocimiento⁴⁰ necesariamente desemboca en la posibilidad que tiene, en todo momento, el sistema hegemónico para conservar la facultad de determinar discrecionalmente la legitimidad y el ámbito de aplicación del sistema indígena. Por eso resulta una contradicción que sea precisamente el sistema hegemónico el que busque definir y delimitar lo que se entiende por derecho indígena, ya que históricamente se ha caracterizado por aniquilar cualquier divergencia

³⁹ Cabedo Mallol, Vicente, *op. cit.*, p.25

⁴⁰ *Ibidem*, pp.24-27 El informe de la Comisión Australiana para la Reforma del derecho (1977) plantea seis formas de reconocimiento, de las cuales la sexta, el reconocimiento como acomodación, consiste en modificar, “acomodar”, el derecho estatal en relación con los indígenas, teniendo en cuenta su derecho consuetudinario. Señala el autor que “la forma de reconocimiento por acomodación es la que resulta más respetuosa. (Tal información es de suma importancia, pues) esta fórmula de acomodación del derecho estatal al derecho indígena aparece contemplada en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (art. 8.1 y 9.2).

cultural y normativa.⁴¹

Queda claro entonces que la tarea del pluralismo jurídico, en relación con los sistemas indígenas, consiste en describir su existencia y aportar los argumentos para lograr el ejercicio eficaz de las atribuciones jurisdiccionales que le son inherentes a sus autoridades. Tarea ésta que, por lo demás, resulta sumamente difícil, si se toma en cuenta que en América Latina, sólo seis Estados incluyen en sus constituciones el pluralismo jurídico, a saber: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y México. Esta inclusión es de suma importancia para ilustrar nuestra afirmación en el sentido de que el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales —y la confirmación de la existencia de los sistemas indígenas por este hecho—, no puede surgir desde la idea del reconocimiento, pues tal concepción propicia la subsunción y no el debate de las divergencias. Tal arista ha sido cabalmente detectada por teóricos como Trazegnies,⁴² quien encuentra modelos de solución de los conflictos

⁴¹ Correas, Óscar, *Pluralismo, alternatividad y derecho indígena*. México, Fontamara, 2003. p.27. “Se da la represión por parte del Estado hegemónico, incluso, de conductas, expresiones culturales, que no constituyen delito según el sistema jurídico nacional. La dominación tiende a ser completa; que no debe dejarse nada del patrimonio cultural del pueblo dominado, tampoco su derecho [...] se traduce en un etnocidio jurídico”.

⁴² Trazegnies Granda, Fernando de, *Postmodernidad y derecho*, Ara, Lima, 1996. p. 76 citado en Cabedo Mallol, *op. cit.*, p. 29.

competenciales en el Derecho Internacional Privado, el cual resuelve el denominado conflicto de leyes mediante una serie de reglas como son, entre otras, la de la *lex loci*, la *lex personae* o la de *locus regit actum*. En Efecto, ante un conflicto de ordenamientos jurídicos cabrían, entonces, tres posibilidades: 1) que el Estado ignore los diversos sistemas jurídicos existentes, siendo aplicable el derecho del Estado, único reconocido; 2) Que cada grupo social mantenga su propio sistema jurídico y, en el supuesto de plantearse un conflicto entre sistemas normativos podría acudir a los principios del Derecho Internacional Privado que hemos indicado; 3) Que se plantee una revisión de los sistemas de valores de las distintas culturas que conviven en un territorio, evitando que se produzcan las referidas violaciones de los derechos humanos y consiguiendo, de este modo, el respeto de la dignidad de la persona.

La idea planteada por Trazegnies tiene como punto de referencia la idea del pacto y no la del reconocimiento, y esto es así porque el Derecho Internacional Privado relaciona sistemas normativos positivos, es decir eficaces, y puede ser tomado como modelo de razonamiento para obtener elementos teóricos que permitan resolver los problemas de competencia detectados por el pluralismo.

Este panorama teórico nos parece más adecuado, toda vez que su realización conllevaría a mirar a todos los sistemas normativos —incluido el hegemónico—, de una manera más científica —es decir, objetiva—, sin adjetivos ni atributos que a menudo provienen, como hemos señalado, del discurso que los menciona.

Es momento de analizar cómo todas estas ideas han sido retomadas por la Teoría del Estado en una ingeniería constitucional que empieza a mirar esas otras realidades en que existe la pluralidad normativa que, debemos decir, no sólo es el presupuesto ineludible para la construcción de una comunidad político democrática, sino además, representa un referencia obligada en toda disquisición sobre los sistemas normativos.

4. Resolución de conflictos por las autoridades indígenas.

De poco valdría una teoría —por muy acertada que fuera su crítica—, que renunciara a poner en práctica en la cotidianeidad —esto es, en la actividad jurisdiccional—, los resultados de sus conclusiones. Sería un intento plausible de ampliar el horizonte

teórico que se discute en las aulas universitarias, sería una declaración crítica de principios, pero no pasaría de eso.

Por ello es que, toda vez que ha quedado registrada la existencia de una pluralidad de sistemas normativos, todos ellos con identidad de estructura lógica y de grado de validez —en tanto fuerza vinculante—, y de eficacia —es decir que son obedecidas por los destinatarios de las normas—, es momento de referirnos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales con que están dotadas las autoridades indígenas, concretamente las del estado de Oaxaca.

4.1. Ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 16 de la Constitución de Oaxaca

Las autoridades indígenas basan su actuar en dos hechos concretos: el apego a las normas del sistema que obedecen, y un prestigio incuestionable que deviene de la identidad cultural con el resto de los miembros de la comunidad. Esto se traduce en el ejercicio histórico de sus facultades, al margen de que otro sistema —en este caso, el hegemónico—, admita o no su existencia. Y aquí vale el siguiente argumento: tal existencia, está determinada por la

validez —la vinculación eficaz de sus prescripciones; las reglas de reconocimiento determinan la pertenencia de normas específicas a un sistema concreto; luego entonces, un sistema existe si sus normas son eficaces. En otras palabras, la existencia de un sistema normativo es autorreferencial, sólo puede ser determinada por sí mismo. Por ello, la idea de que la legitimidad y la existencia de un sistema estén determinadas por el reconocimiento de otro, es una estridencia que no puede ser aceptada como argumento jurídico.

En consecuencia, y reproduciendo esta desmesurada idea del reconocimiento, las legislaciones de los países latinoamericanos a las cuales nos referimos en líneas anteriores, han incluido el tema de los sistemas normativos indígenas y, con él, en tanto fenómeno social y como teoría subyacente, al pluralismo jurídico. En el caso de nuestro país, la reforma del 14 de agosto de 2001, estableció las directrices constitucionales de los sistemas normativos indígenas —es decir, estableció la manera en que el sistema hegemónico estaba dispuesto a reconocer a los sistemas indígenas. El naciente artículo 2º de la Carta Magna derogó al antiguo artículo 4º de vigencia fugaz. Este dato resulta sumamente interesante ya que el artículo 16 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca surge,

por decreto de 1998, del citado artículo cuarto. Es decir, es anterior a la reforma de la Constitución Federal, y ya incluía un párrafo séptimo, el cual establece que:

Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos. La Ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.⁴³

El contenido de este artículo es la confirmación de dos elementos que hemos venido describiendo; por una parte, nuestra afirmación en el sentido de que no basta la descripción —reconocimiento, señala el texto legal—, de los sistemas normativos sino además, la determinación de la jurisdicción de sus autoridades y, la extralógica inserción de la idea indisoluble del reconocimiento, por la otra, que constriñe y subsume las resoluciones de tales autoridades, a una homologación y convalidación que resultan ininteligibles dentro de la estructura del sistema indígena. El mismo criterio, el del reconocimiento, fue sostenido por los diputados y senadores del Congreso de la Unión, que establecieron, en el

⁴³ Decreto número 258, mediante el cual se reforman y adicionan diversos artículos en materia indígena, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, Periódico Oficial del Estado, No. 23, tomo LXXX, 6 de junio de 1998, pp. 11-17. En adelante, todas las referencias a la Constitución Política del Estado de Oaxaca provendrán de esta fuente, a menos que indiquemos lo contrario.

párrafo II del apartado A del artículo 2º de la Carta Magna, lo siguiente:

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

(...)

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Una vez más se puede advertir el reconocimiento, una vez más la validación de resoluciones que no la necesitan —porque son válidas en tanto sean obedecidas. Una vez más, el poder hegemónico disfrazado de juridicidad.

Esta convicción del sistema hegemónico, este empecinamiento por mantenerse en la ideología del reconocimiento, resulta todavía más contradictorio, si se entiende que una diferencia más con los sistemas indígenas es la preexistencia de estos últimos. Y, toda vez que demuestran una continuidad histórica y una identidad cultural insoslayables, no hay razón alguna para que se les siga mirando de esta manera.

Por lo demás, y en un correcto desarrollo de la técnica jurídica, el artículo 16 citado se limita a establecer, como garantía de las

comunidades y los pueblos indígenas de Oaxaca, este derecho a existir en su otredad. El desarrollo ulterior de la garantía consagrada en este precepto se da en la ley reglamentaria de este artículo, denominada Ley de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis de esta ley, será útil para nuestra exposición, referirnos al artículo 138 bis A de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, el cual determina que:

La jurisdicción indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la ley reglamentaria del artículo 16 de esta Constitución.⁴⁴

La redacción de este precepto resulta desafortunada, toda vez que al reconocimiento, se suma la hiriente —y en último grado, racista— expresión de “usos y costumbres”. Ya desde aquí se puede advertir la incongruencia entre la expresión “sistema normativo” —utilizado en el párrafo séptimo del artículo 16 de la constitución política del estado de Oaxaca— y “usos y costumbres” —utilizado por la disposición que venimos comentando—, pues,

⁴⁴ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca del 6 de junio de 1998. Francisco López Bárcenas señala que “observar el contenido de esta disposición representa una antinomia o contradicción con el artículo 9 del Código Civil del Estado que prescribe: contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

mientras el primero representa la inserción del mundo indígena dentro de la teoría jurídica, el segundo confirma, en una especie de *capitis deminutio*, la visión hegemónica del sistematizador, que mira y califica la expresión normativa del otro, como alegoría, como dato curioso perteneciente a la tradición, sí, pero no a la ciencia.

Una vez que hemos descrito el modo en que el sistema hegemónico admite la existencia y la validez de los sistemas normativos indígenas, es momento de analizar la manera en la cual se han reglamentado las facultades jurisdiccionales de sus autoridades, en la llamada Ley de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.

4.2. Ejercicio de las facultades contenidas en la Ley Reglamentaria del artículo 16 de la Constitución de Oaxaca.

Decíamos anteriormente, que la vigencia del artículo 16 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca es anterior al artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se puede deducir que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas también tiene una vigencia anterior a este precepto.

La citada ley, se promulgó días después de las reformas a la Constitución del Estado —el 19 de junio de 1998. Su carácter quedó establecido en el artículo primero, en cuyo primer párrafo se determina que:

La presente Ley es reglamentaria del artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Es de orden público e interés social y regirá en todo el territorio del Estado de Oaxaca en materia de derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las obligaciones de los Poderes del Estado en sus distintos ámbitos de gobierno. Sus disposiciones constituyen las prerrogativas mínimas para la existencia, pervivencia, dignidad y bienestar de dichos pueblos y comunidades indígenas.

Las disposiciones de la presente Ley regirán supletoriamente en materia de derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las atribuciones correspondientes de los poderes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, para todos los casos no previstos en otras leyes locales.⁴⁵

Debemos señalar que este artículo reitera, tautológicamente, que la ley citada es de “Orden Público”, expresión que no es unívoca y con la cual se expresa que la ley no se puede modificar por acuerdo de las partes y los derechos por ella protegidos, sólo podrán renunciarse por sus titulares, siempre que con ello no se atente contra los derechos de otras personas. En este sentido, todas las leyes son de orden público, y, por ello, es que tal expresión resulta innecesaria.

⁴⁵ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca del 19 de junio de 1998.

En el precepto que venimos comentando, se establecen los ámbitos espacial y material de validez de la ley. El primero, comprende todo el territorio del Estado de Oaxaca. Las materias que regula son las referentes a los derechos indígenas. Simultáneamente establece la supletoriedad de la ley en relación con las demás leyes del Estado que contengan menos derechos, lo cual resulta inoperante toda vez que no existe ninguna ley del Estado de Oaxaca que contemple la supletoriedad de la ley reglamentaria del artículo 16 constitucional, y este es uno de los requisitos ineludibles para su procedencia.

Por otro lado, los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca son los sujetos de derecho de esta ley, es decir, son las personas que se ven beneficiadas con ellos y pueden reclamarlos en caso de que no se cumplan, se cumplan de una manera parcial o se haga de un modo diferenciado a como la ley lo establece.

Los sujetos colectivos están catalogados en el artículo 2º de la ley de referencia, el cual establece que:

El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica-plural sustentada en la presencia mayoritaria de sus pueblos y comunidades indígenas cuyas raíces culturales e históricas se entrelazan con las que constituyen la civilización mesoamericana; hablan una lengua propia; han ocupado sus territorios en forma continua y permanente; en ellos han construido sus culturas específicas, que es lo que los identifica internamente y los

diferencia del resto de la población del Estado. Dichos pueblos y comunidades tienen existencia previa a la formación del estado de Oaxaca y fueron la base para la conformación política y territorial del mismo, por lo tanto tienen los derechos sociales que la presente Ley les reconoce.

Esta Ley reconoce a los siguientes pueblos indígenas: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuatls, Triquis, Zapotecos y Zoques, así como a las comunidades indígenas que conforman aquéllos pueblos y sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos y culturales como es el caso de los Tacuates.

Las comunidades afroamericanas y los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedentes de otro estado de la república y que residan temporal o permanente dentro del territorio del estado de Oaxaca, podrán acogerse a esta ley.⁴⁶

Los sujetos individuales son las personas que forman parte de los pueblos indígenas de otros estados de la república que por cualquier circunstancia se encuentren en el Estado de Oaxaca.

Asimismo, el artículo 3º establece los conceptos que, en adelante, serán utilizados por la ley. Para nosotros, resultan sumamente interesantes cinco de ellos, a saber: Estado, pueblos indígenas, comunidades indígenas, sistemas normativos internos y autoridades comunitarias, toda vez que constituyen el contexto del que debe partir, inicialmente, cualquier interpretación sobre esta ley.

El Estado es definido, por la fracción I de este artículo, de la siguiente manera:

⁴⁶ *Ibidem.*

CAPITULO 1. EL PLURALISMO JURIDICO, POLÍTICO, SOCIOLOGICO
COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

La persona moral de derecho público que representa a la Entidad Federativa de Oaxaca y su Gobierno, en cuanto es parte integrante del sistema federal.⁴⁷

La fracción II establece que por pueblos indígenas debe entenderse:

Aquellas colectividades humanas que, por haber dado continuidad histórica a las instituciones políticas, económicas, sociales y culturales que poseían sus ancestros antes de la creación del Estado de Oaxaca: poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural; y afirman libremente su pertenencia a cualquiera de los pueblos mencionados en el segundo párrafo del artículo 2° de este Ordenamiento. El Estado reconoce a dichos pueblos indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, Municipales, así como con terceras personas.⁴⁸

La fracción III define a las comunidades indígenas como:

Aquellos conjuntos de personas que forman una o varias unidades socioeconómicas y culturales en torno a un asentamiento común, que pertenecen a un asentamiento común, que pertenecen a un determinado pueblo indígena de los enumerados en el artículo 2° de este Ordenamiento y que tengan una categoría administrativa inferior a la del municipio, como agencias municipales o agencias de policía. El Estado reconoce a dichas comunidades indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, y Municipales, así como con terceras personas.⁴⁹

Para nosotros, la diferencia esencial entre comunidad y pueblo indígena, radica en la manera en que conciben la producción y la

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

propiedad de la tierra —siendo colectivas en la comunidad—, y en el órgano que concentra el poder y la toma de decisiones —la familia ampliada y en un grado mayor, la asamblea— y no en la conservación del resto de sus referencias y expresiones culturales.

Por lo demás, el artículo que comentamos, establece, para la comunidad y el pueblo indígenas, el carácter de personas morales de derecho público y en este sentido, el sistema hegemónico les da el carácter de autoridades y, por lo mismo, los faculta para emitir resoluciones —aunque como hemos venido señalando, esta facultad ha sido ejercida por las autoridades indígenas con base en su propio sistema normativo, con independencia de que tal facultad sea o no *reconocida*.

Debemos señalar, que esta categorización no es óbice para que las autoridades indígenas sean constreñidas a resolver sus conflictos, con base en las normas del sistema hegemónico, toda vez que la propia fracción VIII del artículo citado, al establecer lo que se debe entender por sistemas normativos internos, determina que son el:

Conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como válidas y utilizan para

CAPITULO 1. EL PLURALISMO JURIDICO, POLÍTICO, SOCIOLOGICO
COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos.⁵⁰

Y en este sentido, las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas resolverán los conflictos que se les presenten, con base en las normas de su propio sistema y, sólo a petición de las partes, como veremos más adelante, tomarán como referencia las normas del sistema hegemónico.

Finalmente, de las autoridades comunitarias, señala la fracción X del citado artículo, que son:

Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tales en base a sus sistemas normativos internos, las cuales pueden o no coincidir con las Municipales. Dentro de éstas se encuentran las que administran Justicia.

La propia ley establece las características y atributos particulares de los sistemas normativos, así, el artículo 28 de la ley que venimos comentando establece:

El Estado de Oaxaca reconoce la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas con características propias y específicas en cada pueblo, comunidad y municipio del Estado, basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias. Por tanto en el Estado dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

Y más adelante, en el artículo 29 se establece lo siguiente:

El Estado de Oaxaca reconoce la validez de las normas internas de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado, las Leyes Estatales vigentes ni vulneren derechos humanos ni de terceros.⁵²

Este precepto nos parece innecesario, toda vez que al *reconocer* la existencia de los sistemas normativos indígenas, se *reconoce* simultáneamente su validez —esto, claro, resulta de mirar a la validez como equivalencia de existencia de la norma.

Otra disposición que nos interesa, es el artículo 33 de la ley que venimos comentando, el cual establece lo siguiente:

Cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente; buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas. Al resolver las controversias se procederá en los mismos términos.

Para el caso de que en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior intervengan personas no indígenas se suplirá la deficiencia de la queja a favor de la parte indígena.

Cuando exista duda de la pertenencia o no de una persona a algún pueblo o comunidad indígena, serán las autoridades comunitarias de aquéllos, quienes expedirán la constancia respectiva.

⁵² *Ibidem.*

CAPITULO 1. EL PLURALISMO JURIDICO, POLÍTICO, SOCIOLOGICO
COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Para el caso de que quien tenga la necesidad de acreditar su identidad cultural en juicio o fuera de él, no obtenga la constancia a que se refiere el párrafo anterior, tal calidad la acreditará recurriendo al juez civil competente en la vía de jurisdicción voluntaria, siendo admisibles todos los medios de prueba autorizados por la Ley Procesal Civil, pero la testimonial exigirá un principio de prueba por escrito.

Del contenido del tercer párrafo del artículo citado, se desprende que no es suficiente el criterio de la autoadscripción para obtener la legitimidad procesal como parte en un juicio. Este criterio —el de la autoadscripción— consiste en la asimilación como indígena que una persona hace de sí misma, en otras palabras; es indígena quien se asume y actúa como tal. Sin embargo, el párrafo citado determina que, ante la duda, no basta esta actitud unilateral, sino que es necesario el reconocimiento del pueblo o comunidad indígena —a través de las autoridades comunitarias, señala el texto legal—, que lo identifica como miembro del mismo. Este hecho es sumamente relevante, porque la identidad de los miembros de la comunidad está determinada por la pertenencia de los individuos a la familia ampliada, en primer lugar, y a la asamblea, en un segundo término. Por ello, es que el reconocimiento —por vía de jurisdicción voluntaria—, que hacen los tribunales del Estado de Oaxaca, es el segundo medio que se tiene para determinar la identidad indígena.

Siguiendo este criterio de la autoadscripción y, ciñéndose a la particularidad lingüística como uno de sus elementos, el artículo 31 de la ley que venimos comentando, establece:

Para garantizar el efectivo acceso de los pueblos y comunidades indígenas al ejercicio del derecho de petición, toda promoción que se presente ante las autoridades estatales, por cualquier pueblo o comunidad indígena o por cualquier indígena que no hable español, podrá ser redactada en su propia lengua. Las autoridades tienen el deber de recibirla, previniendo en términos de ley la intervención de un traductor y de darle respuesta escrita en los términos prescritos por la Constitución Política del Estado.⁵³

Y en el mismo sentido, el artículo 32 determina:

A fin de garantizar el efectivo acceso de los pueblos y comunidades indígenas a la jurisdicción del Estado, en los procesos penales, civiles, agrarios, administrativos o cualquier procedimiento que se desarrolle en forma de juicio, que sea competencia de las autoridades del Estado y en el que intervenga un miembro de algún pueblo indígena que ignore el español, éste contará con un traductor bilingüe ya sea oficial o particular. Los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, bajo su responsabilidad se asegurarán del cumplimiento de esta disposición. En todas las etapas procesales y al dictar resolución, los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones y costumbres del o de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.⁵⁴

Hasta aquí se han presentado las normas que versan sobre la validez de los sistemas normativos indígenas. Ahora, abordaremos aquellos preceptos que incluyen los temas relacionados con las

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

materias en que las autoridades indígenas pueden intervenir, la forma en que se fija su competencia para la resolución de conflictos y las formalidades que la ley exige para resolver los problemas que les sean presentados.

El artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas establece que:

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas, procurarán y administrarán justicia aplicando sus sistemas normativos internos, en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación.

I.- Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los casos siguientes.

a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes.

Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor, tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia.

b) Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión, en éstos casos las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial; tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía; atentados contra de las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas; cuestiones del trato civil y familiar; incumplimiento del deber de las madres y padres de familia consistente en enviar a sus hijos e hijas a la escuela; y en general, todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia.⁵⁵

⁵⁵ *Ibidem.*

El artículo anterior guarda diversas incongruencias en relación con lo dispuesto por otros preceptos, concretamente con el artículo 28 que hemos citado previamente, toda vez que tratándose de asuntos penales, otorga al sujeto activo del delito, en una franca vulneración del sistema normativo indígena, la posibilidad de sujetarse a un sistema distinto. Esta disposición resulta extralógica ya que con ella, se disminuye la posibilidad de resarcir el daño ocasionado con base en la normatividad indígena y este hecho, constituye una vulneración a la validez de este sistema.

Por otra parte, y según el texto del inciso b del artículo 38, la competencia de las autoridades indígenas tiene una doble vertiente: a) auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial —en aquellos delitos cuya pena económica o corporal no exceda de dos años de prisión—, y b) autoridades —para resolver en los delitos con una pena mayor de de dos años de prisión, así como los litigios que versen sobre la tenencia individual de la tierra y las cuestiones de trato familiar y civil. Es necesario subrayar que en esta segunda hipótesis, el Ministerio Público ha dejado de tener competencia para integrar averiguaciones previas y consignarlas al juez, lo cual se desprende del artículo cuarto transitorio de esta ley que deroga

todas las disposiciones que se opongan a ella, y que a la letra dice:
“se derogan todas las disposiciones de igual o menor rango que
contravengan la presente ley”.⁵⁶

El mismo artículo 38, establece en su fracción II que:

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes:

- a) Las audiencias serán públicas;
- b) El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia;⁵⁷

Y aquí tenemos que sumar al poco conocimiento de los legisladores, respecto de la realidad concreta en el caso que nos ocupa, su poca sapiencia jurídica en dos aspectos: su confusión al utilizar términos tan marcadamente diferenciados como jurisdicción y competencia, y la sucinta enunciación de las formalidades que deberán seguir las autoridades comunitarias. Debemos recordar que el objeto de esta ley, es reglamentar el artículo 16 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, por lo que podemos esperar de ella un detallado y minucioso desarrollo de todos los temas que la Constitución tan sólo nombra. Y si la intención de los legisladores era proteger a todos los sujetos que estarían bajo la

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

jurisdicción de las autoridades indígenas, hubiese sido más afortunado señalar que se debe de cumplir la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.⁵⁸

Y es que parece que los legisladores del Congreso del Estado de Oaxaca olvidan que formalidades esenciales del procedimiento, son las condiciones necesarias para la validez de un acto judicial, las cuales comprenden: el derecho de la persona que se va a juzgar para que se defienda —eso que se denomina garantía de audiencia—, incluyendo que se le notifique la demanda en su contra y el nombre de quien la hace, la oportunidad de aportar pruebas en su descargo, que éstas se tomen en cuenta y que la resolución que se dicte sea conforme a lo demandado, las pruebas aportadas y conforme a su propio sistema normativo.⁵⁹

Sin resolver la confusión conceptual entre jurisdicción y competencia, los legisladores del Congreso del Estado de Oaxaca,

⁵⁸ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

⁵⁹ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 54.

determinan que la competencia de las autoridades indígenas se establece de dos formas, según lo dispuesto por el artículo 39, el cual señala que:

Para determinar la competencia de las autoridades indígenas, se observarán las siguientes reglas:

- a) Es competente la autoridad indígena del lugar en donde se cometió el delito o la infracción;
- b) Tratándose de bienes o cosas, la del lugar en donde se ubiquen los bienes o cosas materia de la controversia.⁶⁰

Como se desprende de la exposición que iniciamos en líneas anteriores, la estulticia de los legisladores, se traduce en una complicada maraña legal, toda vez que ante los conflictos de competencia que se pueden presentar, la ley no tiene un capítulo de derecho conflictual. Y tal señalamiento no obedece a un ánimo de escarnio o exhibición por nuestra parte, sino a la posibilidad real de que tales problemas se presenten, como sería el caso de aquellos conflictos que tuvieron lugar entre las autoridades indígenas y los agentes del Ministerio Público o Jueces Penales de Primera Instancia, que decidan seguir ejerciendo las facultades de las que han sido despojados por la ley que hemos venido exponiendo, situación en la que tendrá que haber una confrontación y solución a

⁶⁰ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

través de las siguientes vías: acudir a la Procuraduría de la Defensa del Indígena (artículos 12 y 44 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas), conflicto de competencia por declinatoria (artículos 78 al 83 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca), juicio de amparo y además, denuncia penal por el delito de ejercicio indebido de funciones.⁶¹

Mención especial merecen los incisos c, d, e y f de la fracción II del artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, por cuanto a que se refieren, respectivamente, al rubro de detenciones, incomunicación y tortura —como prohibición expresa—, y a las resoluciones dictadas por las autoridades indígenas.

El inciso c de la fracción II del artículo de referencia determina que:

La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas;⁶²

En una primera aproximación, esta disposición nos parece acertada por cuanto a que se ciñe a lo establecido por el primer

⁶¹ López Bárcenas, Francisco, *op.cit.*, p. 75.

⁶² Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala:

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Y a lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 16 del mismo ordenamiento, que a la letra dice:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.⁶³

Sin embargo, y en lo relativo al ramo penal, debemos recordar que, con base en el inciso b de la fracción II del artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas —que es la anunciación en la legislación del Estado de Oaxaca de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia indígena—, todas las funciones que anteriormente ejercían

⁶³ *Op. cit.*

el Ministerio Público y los Jueces Penales de Primera Instancia, actualmente pertenecen a las autoridades indígenas. Por lo que, pueden presentarse diversos casos en los que la duración de la detención ordenada por las autoridades indígenas rebase el término de 48 horas. Uno de ellos sería el que, asumiendo las facultades de los Jueces de Primera Instancia, comprende las 72 horas del auto de término consagrado por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece lo siguiente:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.⁶⁴

Por su parte, el inciso d de la fracción II del artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas preceptúa que:

Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas.⁶⁵

⁶⁴ *Op. cit.*

⁶⁵ *Ibidem.*

En el mismo sentido que el inciso anterior, los legisladores se ciñen correctamente a lo establecido por la fracción II del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece:

En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

Del inculpado:

No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.⁶⁶

El inciso e de la fracción segunda del 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, establece que:

La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma.⁶⁷

Desde luego que la expresión *resolución principal*, alude a la sentencia, en tanto criterio del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso,⁶⁸ y, por lo mismo, cuando los legisladores se refieren a *las razones motivo de la misma*, es claro que pensaron en la fundamentación y motivación de las reso-

⁶⁶ *Op. cit.*

⁶⁷ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

⁶⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, t. III, G. Kraft, Buenos Aires, 1945, p. 237

luciones judiciales. Lo anterior resulta de suma importancia, toda vez que en las comunidades, las resoluciones, a menudo reciben el nombre de *acta de conformidad* o *acta de conciliación*, y son, no obstante su denominación, formas específicas de terminar con los conflictos presentados a las autoridades indígenas. Son resoluciones y, en cuanto tales, deben estar fundadas y motivadas, es decir deben reunir dos elementos: 1) la referencia de los preceptos específicos que la apoyan y, 2) la argumentación que indique porqué las circunstancias y modalidades del caso particular encuadran dentro del marco general establecido por la ley.⁶⁹

Es interesante corroborar lo anterior con la observación casuística,⁷⁰ la cual ha demostrado que las citadas actas de conformidad incluyen un minucioso estudio de cada proceso del que las autoridades indígenas conocen. En el texto de cada resolución, se explica la forma en que se conoció del asunto, la manera en que se citó a las partes, las pruebas que éstas ofrecieron, lo que su sistema normativo dispone que se haga en caso de una infracción como la que dio origen al proceso, la gravedad del asunto, la

⁶⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 2004, pp. 602 y ss.

⁷⁰ Entre Agosto de 2004 y Junio de 2006, el sustentante realizó, dentro del programa Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena, estudios sobre trabajo de campo en las comunidades de Chicahuaxtla y Santo Domingo, en el Estado de Oaxaca.

negativa o anuencia del implicado a colaborar y, concatenadamente, las razones por las que tomaron su decisión.⁷¹

Finalmente, el inciso f de la fracción segunda del artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, determina que:

Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República.⁷²

El contenido de esta fracción es ilustrativo por partida doble; ya que, en primer lugar, al establecer que las resoluciones dictadas no deberán violar las garantías individuales, ratifica la jurisdicción de las autoridades indígenas, pues las garantías, en tanto derechos públicos subjetivos, sólo pueden ser reclamadas por el gobernado ante actos dictados —dentro o fuera de juicio—, por los órganos del Estado. Esta categorización, veremos más adelante, es puesta en jaque por los propios legisladores del Estado de Oaxaca. En segundo lugar, el precepto de referencia establece que las sanciones no atentarán contra los derechos humanos. Y aquí vale

⁷¹ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 56.

⁷² Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

hacer una disertación sobre lo que se entiende bajo tal concepto, ya que,

[...en tanto] estrategia discursiva [...los derechos humanos constituyen] una en virtud de la cual el poderoso se convierte en el centro, y los ciudadanos en individuos, despojados de todo vínculo político respecto de sus compañeros de sociedad civil [...]. El individuo [...] está absolutamente solo. Pero, eso sí, ligado a esa ficción llamada estado, quien se le aparece como un ser existente, que a través del derecho que parece dictar, le dice lo que debe hacer.⁷³

Por lo que, comúnmente, y en aras del respecto irrestricto a esta estrategia discursiva de contenido sustantivo indeterminado, las autoridades indígenas se enfrentan, al hacer efectivas sus sanciones, a la tentación autoritaria de las fuerzas represivas del Estado —que en nuestros tiempos, es alentada por la proyección política que los medios de información imprimen en su particular modo de percibir y calificar la realidad.⁷⁴

En lo referente a la validez de las resoluciones dictadas por las autoridades indígenas, el artículo 34 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas establece que:

Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y conva-

⁷³Correas, Óscar, *Los Derechos Humanos. Segunda Parte*. La Historia, Inédito, p. 6

⁷⁴Sifuentes, Esteban, *La Policía Comunitaria. Un sistema de seguridad pública comunitaria indígena en el estado de Guerrero*, México, Instituto Nacional Indigenista, 2001, p. 23.

CAPITULO 1. EL PLURALISMO JURIDICO, POLÍTICO, SOCIOLOGICO
COMO SISTEMA FRENTE A LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

lidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República.⁷⁵

Y como presupuesto para la ejecución de las mismas, el artículo 35 de la ley de referencia determina que:

La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la normatividad vigente para el Estado.⁷⁶

Estos preceptos confirman las ideas que hemos venido exponiendo a lo largo del presente capítulo, en lo relativo a la estulticia de los legisladores. La redacción del artículo 34 adolece, por numerosas razones, de cualquier viso de técnica legislativa. Introduce los términos de compatibilización y convalidación, pero no da un concepto de ellos. Sin duda que, dentro del contexto, integrado por la propia ley, debió hablar de homologación. Pero aún este concepto resulta fuera de lugar, toda vez que esta figura consiste en el reconocimiento judicial de la regularidad de un acto jurídico, necesario para que éste surta sus efectos característicos,⁷⁷ y es propia del derecho internacional privado, tal como lo preceptúa, dentro del capítulo sexto del libro cuarto, relativo a la cooperación

⁷⁵ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 1998, p. 310.

procesal internacional, el artículo 574 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondiere.⁷⁸

Y los desaciertos van en aumento porque, una vez que los legisladores establecen, como decíamos en líneas anteriores, la plena jurisdicción de las autoridades indígenas, se encargan de limitar seriamente sus facultades en el artículo 35 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Y tal regulación representa un contrasentido, pues la citada convalidación no cabe ni como concepto equiparado de la homologación, ni como medio de comunicación procesal entre autoridades judiciales, ya que su fin es *dar validez* a una resolución que es válida en sí misma, según lo establecido por la fracción segunda del artículo 38 de la ley que venimos comentando, y que hemos expuesto con anterioridad.

⁷⁸ Diario Oficial de la Federación, 18 de diciembre de 2002.

Finalmente, el artículo 40 de la ley en comento establece que:

En los casos de rebeldía o resistencia a la ejecución de las resoluciones de las autoridades indígenas, estas últimas lo harán saber a las autoridades del Estado, a fin de que intervengan auxiliándolas en la eficaz ejecución de dichas resoluciones.⁷⁹

Tal disposición, además de confirmar nuestra aseveración en el sentido de que las autoridades indígenas son objeto de una *capitis deminutio* moderna, es omisa en cuanto a qué autoridad del sistema hegemónico las auxiliará en la ejecución de sus sentencias, como etapa conclusiva del proceso.

Nuestra exposición muestra los contrasentidos en que frecuentemente incurren los legisladores, al buscar la intersección de dos sistemas contrapuestos. El intento es plausible sí, sobre todo en su idea de insertar, en la estructura del Estado Mexicano, la diversidad étnica y su expresión normativa. Pero lo cierto es que las divergencias entre los principios éticos de uno y otro sistema, arrojan, como resultado, la asimetría legislativa de la llamada Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas.

⁷⁹ Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, *op. cit.*

4.3. Divergencias de las legislaciones citadas con el artículo 242 del Código de Procedimientos Penales para el estado de Oaxaca.

El artículo 242 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, determina:

La declaración preparatoria comenzará por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena a que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o personas de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el Juez le nombrará un Defensor de Oficio. Si el indiciado no hubiese solicitado su libertad bajo caución en averiguación previa, se le hará saber nuevamente de ese derecho en los términos del artículo 20, fracción I de la Constitución Federal y del artículo 269 de este Código.

A continuación se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela; así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o querrelantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si es su voluntad declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados. Si el inculpado decidiera no declarar, el Juez respetará su voluntad dejando constancia de ello en el expediente.

Igualmente se le harán saber todas las siguientes garantías que le otorga el artículo 20 de la Constitución Federal: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando estén domiciliadas en el lugar del juicio; y que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y consten en el proceso.⁸⁰

Lo cual es de vital importancia para nuestra exposición, toda vez que en el citado precepto se materializan las incongruencias

⁸⁰ Periódico oficial del Gobierno del Estado de 12 de abril de 2004.

que hemos venido describiendo en las líneas de este capítulo. En efecto, si en el artículo 16 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca se había declarado correctamente la jurisdicción de las autoridades indígenas —y con ello, tanto el Ministerio Público como los Jueces Penales de Primera Instancia, perdían las facultades para conocer de cualquier controversia en materia indígena—, el artículo en comento sostiene el criterio según el cual los jueces del ramo penal podrán seguir conociendo de las causas integradas por los Ministerios Públicos. Lo cual, siempre que se trate de sujetos que encuadren en la definición legal de Pueblos y Comunidades Indígenas —establecida por las fracciones II y III del artículo 3º de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas—, se traducirá en una violación flagrante de las directrices constitucionales que, como sabemos, se circunscriben jerárquicamente en un grado superior al del Código Adjetivo Penal.

Pero esto es tan sólo el principio de la larga cadena de irregularidades que se presentan cuando una ley intenta conciliar preceptos de dos sistemas normativos contrapuestos. Podemos afirmar que la incongruencia es el sello distintivo de este acto de implementación. Ahora veremos —basándonos en el análisis

casuístico—, cómo al desconocimiento supino de la teoría jurídica,
se suma la distorsión hermenéutica y la franca arbitrariedad.

Capítulo 2

CASOS PRÁCTICOS DE ESTUDIO: PROCEDIMIENTOS PENALES INSTRUIDOS POR LOS HECHOS DEL 29 DE AGOSTO DE 1996 EN LA REGIÓN LOXICHA EN EL ESTADO DE OAXACA

“Y que el ministerio penal es, no sólo grave, sino [...] terrible, no hace falta demostrarlo [...] El hombre, este ser frágil, formado en la culpa y nutrido en el error, elévase, por la función que desempeña, sobre sus iguales; administra la justicia [...] juzga, entrega, quita el honor, la libertad, la vida misma [...] He ahí el ministerio penal! Pues bien, ¿no es esa una misión [...] terrible, un poder que el hombre no maneja sino tropezando, vacilante [...]?”.

*Pietro Ellero*⁸¹

“¿Así lo sostienes? Pero no puedo creerlo así, Méleto, ni lo puedes creer tú mismo ni hombre alguno [...] tú me has rehuido y no has querido ni encontrarme ni instruirme; me citas, más bien, aquí donde manda la ley se traiga a los necesitados de castigo no a los de instrucción”.

*Platón*⁸²

1. Introducción

Una vez que hemos expuesto detalladamente las atribuciones de las autoridades indígenas del Estado de Oaxaca, es momento de abocarnos al estudio de casos concretos que inicialmente no fueron conocidos por ellas, pero que, por la aplicación retroactiva de la ley,

⁸¹ Ellero, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales*, Buenos Aires, El Foro, 1994, p. 52

⁸² Platón, *Apología de Sócrates*, B26.

debieron ser sometidos a su jurisdicción.

Describiremos los procedimientos penales instruidos por los hechos que tuvieron lugar en la madrugada del 29 de agosto de 1996, en la población de Santa Cruz, municipio de Santa María Huatulco, distrito de Pochutla, en el Estado de Oaxaca. Haremos referencia a la información contenida en el informe especial —expediente 2000/2968-4— de la Comisión Nacional de Derechos Humanos —en adelante CNDH—, en los rubros de antecedentes y entorno, hechos, observaciones —integrado a su vez, por las categorías de detenciones, acusaciones, lesiones, malos tratos y tortura, privaciones ilegales de libertad, irregular integración de averiguaciones previas, incursiones de autoridades en la región Loxicha y traslados—, y conclusiones, así como a diversos artículos hemerográficos publicados entre 1996 y 2000.

2. Relatoría de hechos

La estructura cultural del Estado de Oaxaca está definida por la presencia de dieciséis grupos étnicos. Seis de cada diez personas pertenecen a alguno de ellos, y esto es significativo, pues de los más de tres millones de habitantes, un índice superior al sesenta

por ciento vive en localidades rurales, en las cuales la pobreza extrema, constituye el cultivo propicio para que broten viejos flagelos, como el rezago social, el abuso de autoridad y la impunidad en la que éstos existen.

La región Loxicha se localiza en el distrito de Pochutla, colinda al norte con el distrito de Miahuatlán, al noroeste con el de Yautepec, al sur con el Océano Pacífico, al este con Tehuantepec y al oeste con el distrito de Juquila. Esta región comprende los municipios de Candelaria Loxicha, San Agustín Loxicha, San Baltasar Loxicha, San Bartolomé Loxicha y Santa Catarina Loxicha.⁸³

La población de la región Loxicha se conforma principalmente por indígenas zapotecos —quienes tienen como principal rasgo cultural el monolingüismo—, organizados mayoritariamente en comunidades rurales con un alto grado de dispersión territorial. Dado que las vías de comunicación observan un fuerte rezago, surge como consecuencia que la vida cotidiana se desarrolle en condiciones de extrema pobreza y franca marginación social. Este panorama de carencias, recrudesció con el caciquismo, que, desde

⁸³ Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Informe especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Caso de la Región Loxicha*, <http://www.cndh.org.mx>.

los años setentas, amenazó la organización colectiva de las poblaciones ubicadas en este territorio. Quizás por ello, un número no reducido de sus pobladores optó por incorporarse a las filas de grupos armados, como el denominado Ejército Popular Revolucionario —en adelante EPR—, surgido en 1996.⁸⁴

Nuestra aseveración no carece de fundamento, pues a decir de la CNDH, la situación de pobreza y retraso social que acusa la región Loxicha, es el reflejo de la desatención crónica que, por décadas, ha padecido esta zona del Estado de Oaxaca por parte de las diversas instituciones públicas estatales y federales.⁸⁵ Y como lo ha demostrado toda la historia latinoamericana, éste es el ambiente social en el que surgen, desde la clandestinidad, los movimientos proclives a la organización armada —como es el caso del citado EPR.⁸⁶

Es en este clima, marcado por la desestabilidad social y el consecuente grado de ingobernabilidad que de ella se desprende, en el que tuvieron lugar los acontecimientos de la madrugada del 29 de agosto de 1996, en la población de Santa Cruz, municipio de

⁸⁴ CNDH, *op. cit.*, p. 5

⁸⁵ CNDH, *op. cit.*, p. 6

⁸⁶ Sobre las causas político-sociales que dan origen a este tipo de movimientos pueden consultarse, entre muchos otros: Carlos Tello, *Rebelión en las cañadas*, México, Cal y Arena, 1999; Luis Suárez, *Lucio Cabañas. El guerrillero sin esperanza*, México, Roca, 1978 y; Carlos Montemayor, *Guerra en el paraíso*, México, Planeta, 1999.

Santa María Huatulco, distrito de Pochutla, Oaxaca, en donde fueron atacadas las instalaciones de la Partida de Infantería de Marina, de la Policía Judicial Federal, de Policía Judicial del Estado de Oaxaca, de la Policía Preventiva del Estado, de la Policía Municipal de Santa María Huatulco y del Fondo Nacional de Fomento al Turismo —FONATUR—, de lo cual resultaron trece muertos, entre ellos, cuatro infantes de marina, tres policías preventivos, un policía municipal, un civil y cuatro personas más no identificadas.

El ataque armado a estos cinco puestos de vigilancia, naval y policíaca, se atribuyó a miembros del EPR. Como consecuencia de estos hechos, se inició un operativo conjunto por parte de autoridades locales y federales en diversas comunidades de la región Loxicha, conformándose así una base de operaciones mixtas integrada por miembros del Ejército Mexicano, de la Policía Judicial Federal y de la Policía Judicial del Estado de Oaxaca, contando estos últimos con el apoyo de la Policía Preventiva Municipal.⁸⁷

De las investigaciones realizadas resultó la integración de diversas averiguaciones previas, tanto en el ámbito local como en el

⁸⁷ CNDH, *op. cit.*, pp. 9 y 10

federal, de las cuales se derivaron órdenes de detención y de presentación.⁸⁸ La CNDH integró —como resultado de once visitas de trabajo al Estado de Oaxaca—, 42 expedientes en el periodo de 1996 a 2000, de los cuales se obtuvo información relativa a 38 procedimientos penales instruidos a indígenas de la región, de los cuales 9 corresponden al fuero federal y 29 al fuero común.⁸⁹

Analizaremos ahora los citados procedimientos, concentrándonos en dos rubros: las violaciones a las formalidades esenciales que en ellos se presentaron, y, los excesos que hemos denominado "prejuicios de clase".

3. Violaciones al procedimiento

En el capítulo anterior establecimos que formalidades esenciales del procedimiento, son las condiciones necesarias para la validez de un acto de autoridad. Es importante no perder de vista esta afirmación, pues ahora abundaremos sobre ella y diremos que, en tanto derecho subjetivo, las citadas formalidades, constituyen una de las cuatro garantías específicas que integran la de audiencia, consagrada por el artículo 14 de la Constitución Política

⁸⁸ *Ibidem*, p.10

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 8 y 10

de los Estados Unidos Mexicanos.⁹⁰ Lo anterior es de vital importancia para nuestra exposición, ya que, en la formación discursiva *derecho penal*, los actos de autoridad —judiciales y no judiciales—, suelen categorizarse en dos clases: aquellos cuya sanción implica una privación de la libertad personal, y los que se materializan de manera diversa. Al respecto, Ricardo Ojeda Bohórquez señala:

Por privación de la libertad personal debe entenderse el acto tendiente a la detención física del gobernado, el impedirle que no salga de un espacio territorial de poca dimensión; eliminarle su derecho a desplazarse libremente por su comunidad a realizar las actividades que normalmente realizan las personas para su desenvolvimiento en la sociedad y su sobrevivencia.⁹¹

Diremos entonces que, ante la posibilidad de la privación de la libertad personal, las distintas leyes adjetivas, deben consignar, con precisión y en favor del gobernado, dos oportunidades ineludibles, a saber: la de defensa y la probatoria. Todo lo cual se traduce en la observancia de la garantía de audiencia, y en la consecuente validez del acto de autoridad emitido. La exposición que sobre el

⁹⁰Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1999. “Hemos afirmado que la garantía de audiencia se compone, en los términos del artículo 14 constitucional, de cuatro garantías específicas, necesariamente concurrentes, y que son: el juicio previo a la privación; que dicho juicio se siga ante tribunales establecidos con antelación; que en el mismo se observen las formalidades procesales esenciales, y que el hecho que dio origen al citado juicio se regule por leyes vigentes con anterioridad”. pp. 548 y 549.

⁹¹Ojeda Bohórquez, Ricardo, *El amparo penal indirecto (suspensión)*, Porrúa, México, 2002, p.128.

particular realiza Burgoa Orihuela, nos parece altamente ilustrativa, toda vez que en ella se exponen los dos momentos ineluctables que hemos expuesto. Señala el constitucionalista:

En cualquier procedimiento en que consista el juicio previo al acto de privación deben observarse o cumplirse las formalidades procesales esenciales. Lo cual implica la tercera garantía específica integrante de la de audiencia.

Cuando un ordenamiento adjetivo, cualquiera que éste sea, consigna dos oportunidades, la de defensa y la probatoria, puede decirse que las erige en formalidades procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales, porque sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente. En sentido inverso, si una ley procesal sólo consigna como formalidad una de tales oportunidades, lo que ocurre muy frecuentemente en varios ordenamientos positivos, ostentará indiscutiblemente el vicio de inconstitucionalidad, al auspiciar una privación sin establecer la concurrencia necesaria de ambas ocasiones indispensables para la debida culminación de la función multicitada.

En las diferentes leyes adjetivas, la oportunidad de defensa se traduce en distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, el término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privativo, etc., y, consiguientemente, la contravención a cualquiera de ellas significa simultáneamente la violación a la formalidad procesal respectiva, esto es, a la garantía de audiencia a través de dicha garantía de seguridad jurídica.

Por lo que atañe a la oportunidad probatoria, ésta también se manifiesta, en la normación adjetiva o procesal, en diferentes elementos del procedimiento, tal como la audiencia o la dilación probatorias, así como en todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanzas.

La inobservancia de alguna de las exigencias procesales en que ambas formalidades se ostentan, está considerada por los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo como privación de defensa en perjuicio del quejoso, tomándose el concepto de "defensa" en su sentido lato, o sea, como comprensivo de la facultad de oposición (defensa en sentido estricto) y de

la probatoria. Tal consideración [ha sido] establecida respecto a los juicios civiles y penales.⁹²

Queda establecido entonces, que, por formalidades esenciales del procedimiento, entenderemos las oportunidades procesales ineludibles de defensa y de ofrecimiento y desahogo de medios probatorios, integradoras, ambas, de la garantía de audiencia, como presupuesto de la validez de los actos de autoridad.

Bajo el rubro de “violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento” quedan comprendidas las categorías de detención arbitraria, retención ilegal, imputación indebida de hechos o falsas acusaciones, traslados injustificados —Recomendación 3/97, dirigida a la Secretaría de Protección Ciudadana del Estado de Oaxaca por el traslado indebido de 22 reclusos—, y privaciones ilegales de libertad, así como la coacción de que fueron objeto los sujetos procesados al firmar documentos incriminatorios, cuyos contenidos desconocían. Violaciones que, por lo demás, son detalladas en el informe especial de referencia emitido por la CNDH.

Es notable que el expediente 2000/2968-4, integrado por las actuaciones materia del informe a que aludimos, conste de más de

⁹² Burgoa Orihuela, Ignacio. *op. cit.*, p. 556 y 557.

10,000 fojas. Pues lo prolijo de este documento, representa sólo una parte de la información real, ya que otras indagatorias de la propia CNDH, dan constancia de que, en algunos casos, no se precisaron suficientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que sucedieron los hechos descritos, dando como resultado que no se contara con los elementos de prueba necesarios para acreditar la totalidad de las violaciones al procedimiento. Esto, sin embargo, no es óbice para desvirtuar nuestras afirmaciones, pues éstas se desprenden del propio informe de la CNDH, en el cual se señala que en 46 ocasiones se solicitó información a las diferentes autoridades señaladas como responsables, así como a aquellas que podían haber tenido injerencia en los hechos, como en efecto se desprende del análisis de la propia CNDH. Entre tales autoridades figuran: la Secretaría de Gobernación, la Procuraduría General de la República, la Secretaría de la Defensa Nacional, el ahora Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el entonces gobernador constitucional del Estado de

Oaxaca, la Presidencia Municipal de San Agustín Loxicha, Oaxaca, la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca, la Secretaría de Protección Ciudadana y Seguimiento de Recomendaciones del Estado de Oaxaca, la Secretaría General de Gobierno del Estado de Oaxaca, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito del Estado de Oaxaca, la Dirección General de Prevención y Readaptación Social del Estado de Oaxaca, el Centro Federal de Readaptación Social No.1 en Almoloya de Juárez, Estado de México, la Dirección de la cárcel de Pochutla, Oaxaca, la Dirección de la cárcel distrital de Miahuatlán de Porfirio Díaz, Oaxaca y la Dirección del reclusorio distrital de Etna, Oaxaca. De todas ellas, se recibieron 67 informes.⁹³

Analizaremos ahora cada una de las categorías en las cuales hemos dividido las violaciones esenciales del procedimiento, entendidas éstas como una garantía específica integradora de la de audiencia. Lo cual nos permite adelantar que cualquier transgresión a los diversos derechos subjetivos contenidos en la Constitución Política Federal, invariablemente se materializa en una violación simultánea de la garantía de seguridad jurídica.

⁹³ CNDH, *op. cit.*, p. 9

3.1. Detenciones ilegales

En el informe de referencia se señalan los casos de 75 indígenas, quienes manifestaron haber sido detenidos de manera ilegal, e indican, en general, que fueron privados de su libertad sin contar con orden de aprehensión, y, en ocasiones, en el interior de sus domicilios, por lo cual se lograron acreditar 14 casos de detención arbitraria. Lo anterior es así en razón de que la autoridad ministerial, así como el personal de la policía ministerial a su cargo, ordenaron y realizaron detenciones que no se produjeron conforme lo prescrito por el texto del artículo 16 constitucional.

Toda privación de la libertad que no se sustente en un mandato judicial—orden de aprehensión—, o en alguna de las hipótesis previstas por los diversos códigos adjetivos en materia penal, como excepción de la garantía de libertad —flagrancia, cuasiflagrancia o flagrancia por equiparación—, deviene necesariamente ilegal. La acreditación de la probable responsabilidad —que resulta de la reunión de las circunstancias de modo, tiempo y lugar—, aunada al cuerpo del delito, permite al Ministerio Público solicitar del Juez Penal la orden de aprehensión respectiva. Lo anterior resulta sumamente ilustrativo pues, en los casos que venimos

describiendo, los requisitos de ley fueron sustituidos por la “actitud sospechosa” o con “nerviosismo”, en las cuales fueron sorprendidos los agraviados. En su informe, la CNDH se muestra desconcertada ante el actuar contradictorio de la autoridad ministerial, pues, “teniendo el deber de salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos, resulta inverosímil que sea la primera en transgredirlos”.⁹⁴

El actuar del Ministerio Público fue parcial, pues los partes informativos elaborados por los policías ministeriales que llevaron a cabo las detenciones resultaron, en su parte total, deficientes e incompletos, al no especificar, ni detallar de manera pormenorizada, el modo en que éstas se verificaron, la identificación de las personas, ni las demás circunstancias que permitieran acreditar que dichas diligencias se hayan llevado a cabo con estricto apego a las leyes penales. Y, aún así, se les concedió pleno valor probatorio.

Empecemos a relacionar la estadística con cada caso particular. En el informe especial, la CNDH observó una deficiente información sobre las circunstancias en que se llevaron a cabo las aprehensiones en los casos de Amadeo Valencia Juárez, Antonio Pacheco Sebastián, Arnulfo Almaraz Valencia, Genaro López Ruiz,

⁹⁴ CNDH, *op. cit.*, p. 14.

Gerardo Ramírez Hernández, Guillermo Pacheco Pacheco, Jordán Almaraz Silva, José Pacheco Contreras, Juan Sosa Maldonado, Laureano Ramírez García, Prisciliano Enríquez Luna, Roberto Antonio Juárez, Santiago Pérez Almaraz, Silvano Pacheco Pacheco y Virgilio Cruz Luna.

El artículo 23 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca prescribe:

El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable de cualquier delito, sin esperar a tener orden judicial en los casos de flagrancia urgencia.

Y así establece la obligatoriedad, para el Ministerio Público y la Policía Ministerial, de detener al presunto responsable del delito sin mandamiento judicial, en casos de flagrancia y de urgencia, constituyendo una excepción, que la misma ley contempla a la garantía de legalidad. Ese es el sentido, del cuarto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala:

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.⁹⁵

⁹⁵ Diario Oficial de la Federación, 12 de noviembre de 2002.

Y del quinto párrafo que establece:

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.⁹⁶

Estos preceptos, sin embargo, no pueden entenderse sin su complemento, materializado por el párrafo sexto del mismo artículo, el cual señala:

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.⁹⁷

Lo cierto es que, sin actualizarse las hipótesis en las cuales se configura la flagrancia, la cuasiflagrancia o la flagrancia por equiparación, el artículo 23 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, no puede ser invocado como fundamento de lo que, en la realidad, se traduce en abusos que se materializan en violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento. Tales son los casos de las detenciones de Agustín Luna Valencia, Isaías Ambrosio Ambrosio, Manuel Nicandro Ambrosio José, Emiliano José Martínez, Luis José Martínez y

⁹⁶ *Op. cit.*

⁹⁷ *Ibidem,*

Elpidio Ramírez García, detalladas todas ellas en el expediente 2000/2968-4 de la CNDH.

Es momento de establecer lo que las leyes determinan por flagrancia y sus figuras equiparables. El artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales señala:

Se entiende que existe flagrancia cuando:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;
- II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o
- III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.⁹⁸

Del precepto citado se desprende que existe una especie: la flagrancia, y dos géneros específicos: la cuasiflagrancia y la flagrancia por equiparación. Sobre el particular, señala Hernández Pliego:

La flagrancia propiamente dicha, inspirada en la obligación que tienen los particulares de auxiliar a la autoridad en el combate de la delincuencia, proporcionando “el primer sustrato fáctico para la incoacción de las

⁹⁸ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

diligencias penales y la adopción, en su caso, de las mediadas cautelares de carácter provisional”, existe, como hemos expresado, cuando el agente del delito es detenido en el acto mismo de estar cometiéndolo [...] La cuasiflagrancia, es una ficción que establece la ley, equiparándola a la flagrancia, cuando también es detenido [el indiciado HR], sólo que inmediatamente después de cometido el delito y bajo ciertas condiciones; recibe al igual que la flagrancia, un tratamiento de excepción en la ley, las condiciones en que opera, están de igual modo, limitativamente establecidas en la propia norma [...] Nuestra legislación adjetiva penal con la pretensión de facilitar la obtención de medios más aptos en la lucha contra la criminalidad, ha implementado esta institución que hemos denominado flagrancia por equiparación, cuya constitucionalidad pudiera ser discutible, a la luz de las garantías individuales que conceden los artículos 14 y 16 del pacto federal, puesto que claramente parece alterar los límites del concepto de flagrancia y cuasiflagrancia que autoriza la detención de un individuo sorprendido al momento de cometer el delito o cuando es perseguido materialmente después de cometerlo.⁹⁹

Pero la garantía de libertad admite otra excepción, establecida por el párrafo quinto de la Constitución Política federal y materializada en el Código Adjetivo Penal Federal, en su artículo 193 bis, el cual señala:

En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

⁹⁹ Hernández Pliego, Julio Antonio. *El proceso penal mexicano*. México, Porrúa, 2003. pp. 207-209.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.¹⁰⁰

Sobre el particular señala Hernández Pliego:

Junto a la flagrancia, la detención por caso urgente constituye la otra excepción constitucional, a la regla general conforme a la cual nadie puede ser privado de la libertad, sino por orden escrita de la autoridad judicial competente.

La excepción consiste en que tratándose de casos urgentes, el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención de una persona, con la obligación de fundar y expresar los indicios que prueben la intervención del [sujeto] en un delito grave así calificado por la ley, cuando exista el riesgo fundado de que el [sujeto] pueda sustraerse a la acción de la justicia; y por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante el juez a solicitar la orden de aprehensión.¹⁰¹

Nuestra exposición se verá favorecida con la descripción del caso concreto de Emiliano José Martínez, quien fue detenido, con otras personas, por elementos de la Policía Ministerial del Estado de Oaxaca —según consta en el parte informativo número 131—, a las cuatro horas del 26 de septiembre de 1996, en el cruce de Jalatengo y el camino a San Agustín Loxicha, cuando éstos se percataron que uno de los acompañantes de Emiliano, de nombre Elpidio Ramírez García, pretendió correr y arrojó hacia algunos arbustos un cuaderno que contenía datos del grupo armado —el

¹⁰⁰ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

¹⁰¹ Hernández Pliego, Julio Antonio. *op. cit.*, p. 220

EPR.¹⁰² Esta información resulta contradictoria con la contenida en el parte informativo número 133 —rendido en la misma fecha por miembros de la citada corporación policial—, en el cual se señala que en cumplimiento de una orden de detención emitida por el agente del Ministerio Público en la indagatoria 406/996, las referidas personas fueron detenidas a las diecisiete treinta horas en Bahías de Huatulco, en la parada de los microbuses que van a San Pedro Pochutla.

Lo anterior resulta de vital importancia, pues, sin ser aclarada la contradicción de los partes informativos aludidos, los agraviados fueron detenidos, sin que mediara una orden de aprehensión, y sin acreditarse la concurrencia de alguna de las dos excepciones en que la garantía de legalidad puede omitirse sin configurarse el delito de privación ilegal de la libertad. Y aunado a esta circunstancia, los agraviados fueron “presentados” ante el Ministerio Público, y se les tomó la declaración ministerial bajo el carácter de indiciados. Y, en el paroxismo de la arbitrariedad, de manera posterior a su “presentación” y declaración ministerial, se libró una orden de

¹⁰² CNDH, *op. cit.*, p. 15

aprehensión en la cual se señala que los privaron de la libertad más tarde.

La conducta sistemática desprendida de las constancias analizadas por la CNDH, permite acreditar una detención arbitraria, ya que los agraviados fueron detenidos y puestos a disposición de la autoridad ministerial, con el carácter de “presentados”, sin que mediara una citación formal emitida por dicha autoridad, tal y como lo establece el Código de Procedimientos Penales, e inmediatamente fueron declarados como indiciados, sin que existiera previamente un acuerdo para ser considerados como tales.

Antes de continuar, es propicio definir dos figuras procesales que resaltan en nuestra descripción. Nos referimos a la orden de aprehensión y al carácter de “indiciado” que una persona recibe dentro del procedimiento penal. La primera, es definida por Hernández Pliego como:

El acto autoritario por el cual, el órgano jurisdiccional ordena la privación provisional de la libertad de un individuo, inculpado de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, para que sea puesto a su disposición, con el fin de asegurar el normal desarrollo del proceso y eventualmente la ejecución de la pena que en él se imponga. Es la orden de aprehensión, por regla general, la condición indispensable para que un individuo pueda ser sometido a prisión preventiva, con el propósito de ser sujeto a proceso, habida consideración de que nuestra legislación no autoriza la celebración de juicios penales en ausencia del inculpado, ello sin excluir la posibilidad, iniciada ya la prisión preventiva, de que si fuere

CAPITULO 2. CASOS PRACTICOS DE ESTUDIO: PROCEDIMIENTOS
PENALES INSTRUIDOS POR LOS HECHOS DEL 29 DE AGOSTO DE 1996 EN LA REGIÓN
LOXICHA EN EL ESTADO DE OAXACA

procedente, a continuación se le ponga en libertad provisional bajo caución.¹⁰³

Por su parte, el artículo 195 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

Quando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el [probable responsable], a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución.¹⁰⁴

Todo lo cual se traduce en la existencia de cinco condiciones que deben cumplirse para dictar una orden de aprehensión solicitada al juez por el Ministerio Público y son, a saber: a) la existencia de una denuncia o querrela; b) que esa denuncia o querrela, se refiera a hechos señalados en la ley como delitos; c) que la pena con la que se sancionen, sea, cuando menos, privativa de la libertad; d) que existan datos que acrediten el cuerpo del delito; y, e) que existan elementos que hagan probable la responsabilidad del

¹⁰³ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.* p. 167

¹⁰⁴ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

indiciado.¹⁰⁵ Ése es, precisamente, el sentido de la siguiente jurisprudencia:

ORDEN DE APREHENSION. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER. Tratándose de una orden de aprehensión, el principio de fundamentación y motivación que debe regir en todo acto de autoridad establecido en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, impone la necesidad de relacionar los medios de convicción que arrojó la averiguación previa, ponderando cada uno de ellos, para luego establecer con qué pruebas se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo y con cuáles se demuestra la probable responsabilidad del indiciado..

Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO

Amparo en revisión 377/95. Marco Antonio Hernández Vargas. 11 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Iliana Saldaña Durán. Secretario: José Heriberto Pérez García¹⁰⁶

Respecto de las denominaciones con que se conoce al sujeto activo del procedimiento penal, nos dice la doctrina:

Los autores de esta materia, aunque también usan erráticamente la denominación que corresponde a este sujeto indispensable, están conformes en que reciba estos nombres, según la etapa procesal por la que vaya transitando: *indiciado*, durante la averiguación previa, por existir apenas indicios de responsabilidad a su cargo; *procesado*, una vez que se encuentra a disposición del juez, porque es ahí cuando empieza el procesamiento; *acusado*, desde el momento en que el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias en el proceso; *inculpado*, *encausado*, *incriminado* o *imputado*, es una denominación común que puede ser usada indistintamente, hasta este momento procesal; *sentenciado*, al dictarse sentencia definitiva; *condenado* o *reo*, si esa resolución es condenatoria; *compurgado*, si ha cumplido la condena impuesta.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.* p. 173

¹⁰⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, diciembre de 1996, Tesis: XIX.2º.19 P. p. 425.

¹⁰⁷ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 111.

Tenemos así, que, en el caso de Emiliano José Martínez, se transgredieron las garantías de libertad y seguridad jurídica, en tanto el *fundamento* de su detención no fue una orden de aprehensión —ni se acreditaron la flagrancia o urgencia como únicos casos de excepción a este principio— sino la “actitud sospechosa” y el “marcado nerviosismo” con el que se desarrolló al momento de su detención, lo cual, hasta donde parece sensato interpretar las leyes penales, no constituye evidencia que denote la comisión de un ilícito. Lo anterior es relevante, ya que, como en el caso que describimos, se acreditaron 15 más en idénticas circunstancias.¹⁰⁸

Como ejemplo de nuestra aseveración, señala la CNDH en su informe especial:

La Policía Judicial del Estado, a través de su parte informativo número 154, del 15 de octubre de 1996, refirió al agente del Ministerio Público, que con base en su oficio de investigación 451, del 14 de mismo mes, derivado de la averiguación previa 447/996, se entrevistaron con Gregorio Ambrosio Antonio, Eleuterio Hernández García y Fulgencio Almaráz Martínez, quienes proporcionaron datos para esclarecimiento de los hechos, y “por su propia voluntad” decidieron comparecer a rendir su declaración, motivo por el que los presentaron ante el representante social, quien mediante acuerdo del 15 de octubre de 1996, ordenó que se tomara la declaración de los presentados; sin embargo, al rendir su declaración ministerial a esas personas “se les exhortó” y se les hizo de su conocimiento las garantías del artículo 20 constitucional, y se le designó de inmediato un defensor de oficio, lo que resulta contradictorio, pues

¹⁰⁸ CNDH, *op. cit.*, p. 39.

inicialmente pareciera que se presentan a rendir declaración como testigos y posteriormente se les da tratamiento de indiciados.

En otro acuerdo de esa fecha, el agente del Ministerio Público señaló que Gregorio Ambrosio Antonio y Eleuterio Hernández García, siendo exhortados manifestaron haber participado en los hechos de 29 de agosto de 1996, en Santa Cruz Huatulco, motivo por el cual libró orden de detención en su contra, girando un oficio el 15 de octubre de 1996 al comandante de la Policía Judicial de Bahías de Huatulco, el cual contenía dicho mandamiento, y el 16 del mismo mes y año, la citada corporación los puso a su disposición

De lo anterior se infiere que las mismas personas a partir del momento que rindieron su declaración estuvieron retenidas, situación que pretendió justificar el agente del Ministerio Público emitiendo con posterioridad, mediando tan solo horas de diferencia, una orden de detención, la cual “cumplimentó” la Policía Judicial. La actuación ministerial es violatoria de derechos humanos, toda vez que privó de la libertad a dos personas sin que se actualizaran las hipótesis que establece la Constitución Política en su artículo 16, así como la ley adjetiva del estado de Oaxaca, para llevar a cabo una detención; es decir, que se encontraran en la comisión flagrante de un delito, o bien, que existiera orden de aprehensión o de detención emitida legalmente.¹⁰⁹

Pensamos que la información que presentamos no debe pasar inadvertida, toda vez que las conductas descritas —y fehacientemente acreditadas—, por el informe especial de la CNDH, constituyen violaciones a los derechos previstos y tutelados en los artículos 1º, 14, 16, 19, 20, 22 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; , 5, 8, 9, y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1º, 5, 9, y 25 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; 7, 9.1, 10.1 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹⁰⁹ CNDH, *op. cit.*, p. 17.

Políticos; 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1, 2, 3, del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y 2.1 y 3.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.¹¹⁰ Legislación toda ésta, que parece no existir en el presupuesto teórico que fundamenta el actuar del Ministerio Público en los casos que nos ocupan. Pero la arbitrariedad no sólo corrió a cargo de la autoridad ministerial, pues el Juez Penal de Primera Instancia que conoció de la causa, ratificó todas y cada una de las detenciones. Claro, en el ejercicio de su facultad discrecional para hacerlo, y olvidando principios como el *in dubio pro reo* —En la duda, a favor del reo—,¹¹¹ el cual sostiene que, en caso de duda, el juzgador debe decidir a favor del reo, absolviéndolo —en este caso, decretando su inmediata libertad. Desde luego que los detenidos no tienen la

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹¹¹ Cisneros Farias, Germán, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2003, pp. 47 y 48. En materia criminal, en que están en juego la libertad y la vida de los individuos, el aforismo desempeña un papel de trascendental importancia porque el juzgador en manera alguna puede condenar al acusado de haber cometido un delito sin una disposición legal que condene criminalmente el hecho cometido y sin una evidente y clara convicción de que el inculpado es realmente el autor del delito [...] El presente aforismo jurídico [...] tiene una íntima vinculación con la específica y elevada misión que debe desempeñar la justicia en el castigo de los actos ilícitos y en la aplicación de la pena, en toda sociedad organizada, ya que equivale a decir: antes absolver a un culpable que condenar a un inocente [...] hasta la época imperial [...], bastaba la negativa del deudor para que el mismo fuera absuelto; en caso de que la prueba hubiera resultado deficiente, el juez debía en la duda favorecer al reo, sea absolviéndolo, sea mejorándolo en su condición.

calidad procesal de reos, pero, como en todo lo normativo, la intención —en este caso del juez—, es lo que determina al acto emitido.

3.2. Irregular integración de la averiguación previa

En líneas anteriores, señalamos la irregular actuación del Ministerio Público en las detenciones de 16 habitantes de la región Loxicha. Veremos ahora, que en diversas denuncias presentadas en contra de las autoridades con motivo de los excesos cometidos en tales detenciones, la CNDH encontró que las actuaciones de la autoridad ministerial, en la integración de las averiguaciones, fueron insuficientes para esclarecer las controversias suscitadas. Tal insuficiencia radica en el hecho de que, en numerosas ocasiones, no se tomaron declaraciones a quienes habían participado en los hechos ni a probables testigos, o bien, no se agotaron dictámenes de especialistas en materias de criminalística de campo, fotografía forense ni planimetría, entre otros, resaltando el informe especial el caso de 10 indagatorias en que se observó una irregular integración de la averiguación previa.

A guisa de ejemplo existen las quejas interpuestas ante la CNDH por los sujetos “A” y “B”, —de quienes se omiten sus nombres con objeto de no revelar su identidad, por así haberlo solicitado expresamente en sus escritos petitorios. En las quejas aludidas, se señaló que ambas personas fueron detenidas arbitrariamente, privadas de su libertad por más de seis meses y torturadas por supuestos agentes de la Policía Judicial Federal, de la Policía Judicial del Estado de Oaxaca y elementos del Ejército Mexicano.

En su declaración ministerial, “B” señaló que “el 20 de julio de 1997 salió de su domicilio a conseguir trabajo, y cuando se encontraba en la plazuela “Porfirio Díaz”, cuatro o cinco individuos vestidos de civil lo “agarraron” del cuello y lo empujaron al interior de una camioneta, le vendaron los ojos y lo trasladaron a un lugar desconocido en donde lo interrogaban en relación con los hechos de la “Crucecita”. Que el 17 de abril de 1998, por la madrugada, lo sacaron del lugar donde lo tenían y lo fueron a dejar “al monte”, estaba desorientado y cuando se dirigía a su pueblo, fue detenido por elementos de la Policía Judicial del Estado”.¹¹² Durante la declaración preparatoria del 14 de abril de 1998, “A” manifestó que

¹¹² CNDH, *op. cit.*, p. 26.

su detención fue el 20 de julio de 1997, cuando salió a buscar trabajo cerca del “parque del amor”, se encontró con “B” con quien se puso a platicar y en ese momento se presentaron los agentes de la policía vestidos de civil quienes los detuvieron llevándoselos en una camioneta y, desde esa fecha hasta el 13 de abril de 1998 estuvo desaparecido, ignorando el lugar donde estuvo privado de su libertad, para luego ser llevado a un reclusorio.¹¹³

Los hechos referidos dieron origen a las averiguaciones previas número 6810/97, “en contra de quien o quienes resulten responsables en la comisión del delito que resulte”, y 6811/97, “en contra de quien o quienes resulten como probables responsables de los tipos penales de los delitos de privación ilegal de la libertad, tortura, lesiones y demás que se configuren”, cometidos en agravio de “A” y “B”, iniciadas en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca, con motivo de las denuncias presentadas por sus esposas, con fecha 9 de septiembre de 1997, y el 17 del mismo mes y año, respectivamente.¹¹⁴

La pronta respuesta del Ministerio Público fue la determinación de archivar ambas averiguaciones en estado de reserva, con fecha

¹¹³ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁴ CNDH, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

30 de noviembre de 1998, al considerar que no existían suficientes elementos para acreditar los hechos denunciados. Este actuar despierta, cuando menos, serias suspicacias respecto de la vacuidad con que la autoridad ministerial dirigió las diligencias, pues sólo se limitó a recabar las declaraciones ministeriales de los pasivos del delito y los informes sobre las detenciones de los agraviados.

La CNDH es categórica y señala en su informe especial:

En efecto, se considera que la autoridad ministerial debió haber profundizado en el esclarecimiento de la mecánica y circunstancias precisas en que se dieron las detenciones oficiales, ya que los partes informativos rendidos por los agentes que supuestamente detuvieron a los agraviados, fundando su actuar en que lo realizaron en cumplimiento a órdenes de aprehensión, no arrojan mayores datos sobre las circunstancias en que se sucedieron las mismas, pudiendo partir de esos hechos para esclarecer el lugar en el que se encontraban los denunciados con anterioridad a la detención que se encuentra documentada, solicitando a los agentes judiciales ampliación sobre las circunstancias precisas de sus respectivas detenciones e interrogarlos con la profundidad que los casos ameritan y así estar en mayor posibilidad de allegarse de los elementos necesarios que permitan llegar a la verdad histórica y jurídica de los hechos denunciados.¹¹⁵

Derivadas de las acusaciones y detenciones en contra de indígenas de la región Loxicha, fueron presentadas diversas denuncias por hechos probablemente constitutivos de delitos, imputados a las autoridades con motivo de presuntos excesos en la

¹¹⁵ CNDH, *op. cit.*, p. 27.

actuación de las mismas, y el actuar sistemático del Ministerio Público consistió en la omisión de diligencias o bien, en realizarlas de manera deficiente. Todo lo cual se tradujo en un suspicaz entorpecimiento para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades respectivas.

Es momento de señalar que, de los acontecimientos materia de nuestro estudio, se generaron diversas imputaciones en contra de los pobladores de la región Loxicha, a saber: terrorismo, conspiración, asociación delictuosa, rebelión, homicidio calificado, tentativa de homicidio, lesiones calificadas, robo, privación ilegal de la libertad, acopio de armas y sabotaje.¹¹⁶ Este señalamiento es ineludible, dado que, tratándose de delitos federales, el Ministerio Público local debió declararse incompetente para conocer de las averiguaciones que versaban sobre éstos. La CNDH registra el caso contenido en la averiguación previa 447/96, derivada de la diversa número 406/996 con motivo de las averiguaciones 367/96 y 372/96, iniciada el 14 de octubre de 1996 en contra de quien o quienes resulten responsables de los delitos de homicidio calificado, lesiones calificadas, daño en propiedad ajena, privación ilegal de la libertad, robo, robo de uso, tentativa de homicidio, acopio de armas,

¹¹⁶*Ibidem*, p. 29.

terrorismo, sabotaje, conspiración y asociación delictuosa. En la citada averiguación, el Ministerio Público del fuero común consideró que de dichas conductas ilícitas surgió un concurso real de delitos conexos, por lo que llegó a la conclusión de que “resulta competente para conocer del mismo la Autoridad Judicial Federal” y, por tanto, eran aplicables las disposiciones del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, considerando que “la Fiscalía Federal ha estado de acuerdo en que el conocimiento de éste asunto se encuentre constituido en esta representación social del fuero común como se corrobora con el consentimiento que por escrito existe al respecto [...] evidentemente resulta innecesario que nuevamente dicha fiscalía federal otorgue su consentimiento para que se siga conociendo de ésta, toda vez que se trata de los mismos hechos aunque se trate de personas distintas.”¹¹⁷

Por inverosímil que resulte al entendimiento de cualquier persona con elementales conocimientos del procedimiento penal en México, el Ministerio Público del fuero común determinó seguir conociendo de la totalidad de los delitos, del orden federal y común, hasta concluir la averiguación previa y resolver sobre la situación

¹¹⁷ CNDH. *op. cit.*, p. 20.

jurídica de las personas detenidas. La conducta anterior no puede ser descrita sino como una arbitrariedad, a pesar de que la autoridad ministerial pretendió encontrar su justificación en el oficio de contestación 1078 de fecha 30 de agosto de 1996, emitido por el Ministerio Público Federal, Licenciado David Ocejo Martínez, quien se pronunció en el sentido de que “[...] toda vez que se trata de hechos delictuosos [sic] considerados como graves por la Ley y que afectan la seguridad nacional [...] está de acuerdo en que se practiquen todas las diligencias que sean necesarias en auxilio del Ministerio Público de la Federación... bajo su más estricta responsabilidad”.¹¹⁸

Sostenemos que la averiguación previa número 367/96 tuvo que ser integrada por el Ministerio Público Federal y no por el local como en efecto sucedió. La argumentación tiene varias directrices. En primer lugar, cualquier autoridad —en tanto ficción personificada creada por la norma—, sólo puede hacer lo que expresamente la ley delimita como su esfera de competencia y, además, debe fundar y motivar todas las resoluciones y determinaciones que dicte.

¹¹⁸ CNDH, *op. cit.*, p. 21.

Sabemos, por el informe de la CNDH, que en el citado oficio 1078, se omitieron estos elementos.

Señala el informe:

Sobre el particular, se observó que el oficio por el cual el Ministerio Público Federal se abstuvo de conocer de los hechos que pudieran constituir delitos federales no se encuentra fundado ni motivado, y no queda claro el fundamento legal para ello; toda vez que es obligación de dicho órgano la persecución de delitos federales, resulta además cuestionable que haya motivado tal determinación en que los hechos delictivos eran graves y se afectaba la seguridad nacional, cuando precisamente esas circunstancias pudieran haber sido tomadas en consideración para lo contrario, es decir, para ejercer la facultad de atracción ante la concurrencia de delitos.¹¹⁹

En el informe de referencia, señala la CNDH que no queda claro el fundamento legal para que el Ministerio Público Federal se abstuviera de conocer de los hechos que pudieran constituir delitos federales. Y la razón de esta falta de claridad es que no existe fundamento alguno, pues el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales establece en su párrafo segundo:

En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexión con delitos federales, y los jueces federales tendrán, asimismo, competencia para juzgarlos.¹²⁰

Por lo demás, e independientemente de la omisión del Ministerio Público Federal, el Ministerio Público del fuero común

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹²⁰ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

actuó en exceso al conocer de delitos federales sin facultades, basándose en el mencionado consentimiento del Licenciado David Ocejo Martínez. Pero esto es tan sólo el inicio de una larga lista de irregularidades en el actuar de la autoridad ministerial, ya que, con motivo de los mismos hechos, se abrieron dos averiguaciones previas distintas. La número 367/96 y la número 083/96. Resulta curioso saber que el día en que se giró el oficio 1078, el Ministerio Público Federal ya había ordenado el inicio de una averiguación previa por los mismos hechos. La consecuencia de todo esto fue la duplicidad de averiguaciones y de procedimientos penales, con lo que se ocasionó que las indagatorias se instrumentaran con criterios no homogéneos.

Las constancias proporcionadas por la CNDH permiten comprobar nuestra aseveración, pues de ellas se desprende que hubo personas a quienes, por los mismos hechos relacionados con el grupo armado, se les instruyeron varios procedimientos, ante ambos fueros por distintos delitos, como es el caso de Eleno Hernández Almaraz quien enfrentó, ante el fuero federal, las causas 56/98 y 79/97 y ante el fuero común, las causas 24/97,85/97 y

101/97.¹²¹ Asimismo, se tiene documentado que hubo personas a quienes incluso se les instruyeron procesos en ambos fueros por el mismo delito, en específico, el delito de conspiración, tal como ocurrió en los expedientes 77/96 ante el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Oaxaca, y 24/98 ante el Juzgado Mixto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Pochutla, Oaxaca, ambos en contra de Abraham García Ramírez, Agustín Luna Valencia y Gaudencio García Martínez, pues en ambos procedimientos se les imputó el delito señalado.¹²² En este sentido, llama la atención el caso de Zacarías Pascual García López, actualmente interno en el reclusorio de Villa de Etla, Oaxaca, a quien se le instruyó procedimientos en el expediente 24/98 ante el Juzgado Mixto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Pochutla, Oaxaca, por los delitos de invitación a la rebelión y conspiración, y ante el fuero federal, el expediente 13/97, ante el Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca por los delitos de homicidio calificado, tentativa de homicidio, lesiones calificadas, robo, robo de uso, privación ilegal de la libertad, daño en propiedad ajena, acopio de armas, sabotaje, terrorismo, conspiración y asociación delictuosa, y

¹²¹ CNDH, *op. cit.*, p. 22.

¹²² *Ibidem*, p. 22.

el 77/96 ante el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Oaxaca por los delitos de homicidio calificado, tentativa de homicidio, lesiones calificadas, robo, robo de uso, privación ilegal de la libertad, acopio de armas, sabotaje, rebelión, terrorismo, conspiración y asociación delictuosa.

Esta duplicidad —deberíamos decir multiplicidad—, de procesos en contra de Zacarías Pascual García López transgrede el principio consagrado por el artículo 23 constitucional que señala:

Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.¹²³

Este apotegma, conocido como garantía *non bis in idem* —no dos veces, por una misma cosa—, niega la posibilidad de promover un nuevo juicio sobre una cuestión ya resuelta en otro anterior, o de sancionar dos veces una misma infracción, de cualquier género.¹²⁴ Ése es el sentido en el que lo han entendido los magistrados del poder judicial de la federación y en la siguiente jurisprudencia exponen:

¹²³ Diario Oficial de la Federación, 12 de noviembre de 2002.

¹²⁴ Rafael De Pina Vara, *op. cit.*, p. 382.

ORDEN DE APREHENSIÓN VIOLATORIA DE GARANTÍAS, CUANDO SE BASA EN HECHOS QUE SON MATERIA DE OTRO PROCESO PENAL INCOADO CONTRA EL MISMO INCULPADO. Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito, por lo que la orden de aprehensión que se dicta apoyándose en hechos por los cuales el agente del Ministerio Público ejerció con anterioridad acción penal y por los que incluso se sigue proceso en contra del inculpado; resulta violatoria del dispositivo legal invocado, no obstante que la misma reúna los requisitos a que se refiere el artículo 16 de la citada Carta Magna, ya que se le pretende enjuiciar respecto de hechos que están siendo juzgados en otro proceso penal, situación que expresamente prohíbe el numeral citado en primer término.

Octava Epoca. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 37/90. Julio Cruz García. 20 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Reza Saldaña. Secretario: Martín Guerrero Aguilar¹²⁵

El criterio es sostenido, y así en otra tesis se afirma:

NON BIS IN IDEM. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE. No es necesario que se sentencie a alguien dos veces por el mismo delito, para que se transgreda lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución General de la República, toda vez que dicho precepto establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, sin que implique necesariamente que deban llevarse a cabo dos procesos que culminen con sentencias, ya sean absolutorias o condenatorias, pues se trata de proteger con dicha norma jurídica a los gobernados para que éstos no sean sometidos a dos juicios o procesos por los mismo hechos delictivos, sin que deba entenderse el término “procesar” como sinónimo de sentenciar, sino de someter a un procedimiento penal a alguien y la frase “ya sea que se le absuelva o se le condene” contemplada en el aludido artículo constitucional se refiere al primer juicio en el que se juzgó al acusado.

Novena Epoca, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

¹²⁵ Semanario Judicial de la Federación, Tomo: V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, p. 322.

Amparo en revisión 595/97. Francisco Valdez Cortazar. 16 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.¹²⁶

De la exposición anterior, se desprende que el Ministerio Público del fuero común violentó las garantías del indiciado relativas a su seguridad jurídica, dificultando con ello su defensa, obligándolo a enfrentar diversos procesos por las mismas conductas, duplicando el riesgo a incurrir en errores de procedimiento que le perjudicaran, y sujetarse a criterios posiblemente no homogéneos ante distintos juzgadores, por mencionar dos de los más claros efectos lesivos de su esfera jurídica.

Desde ahora podemos advertir, sin exageración alguna, que, en los casos de estudio, la fundamentación legal fue sustituida por la estulta arbitrariedad que, desafortunadamente, caracteriza la conducta de la mayoría de los titulares de la autoridad ministerial.

3.3 Irregular admisión de pruebas

Hemos establecido que la defensa y el ofrecimiento de pruebas son dos momentos ineludibles que debe tener todo indiciado en el procedimiento penal. Y esto como óbice de la validez del acto

¹²⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo: VIII, octubre de 1998 tesis: I.3o.P.35 p.1171.

dictado por la autoridad ministerial y los Jueces Penales de primera instancia. Ya hemos descrito las irregularidades en que incurrieron, con motivo de las averiguaciones sobre los hechos que nos ocupan, el Ministerio Público y los elementos de la Policía Ministerial a su cargo: detención arbitraria —y por tanto privación ilegal de la libertad—, e irregular integración de la averiguación previa. Analizaremos ahora los casos en que el Ministerio Público incurrió en una irregular admisión de pruebas.

Sobre la prueba, establece la doctrina:

La prueba, en general, se estima como la acción y efecto de probar; argumento, razón, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; parece que su etimología proviene del adverbio latino *probe*, que significa honradamente, por estimarse que obra así quien prueba lo que afirma, o bien, como sugieren varios autores, de *probandum*, que alude a experimentar, patentizar, hacer fe [...] En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho. Por lo tanto, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno, que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel, cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal. Toda decisión fundada sobre una prueba actúa, por tanto, por vía de conclusión: dado tal hecho, llegó a la conclusión de la existencia de tal otro.¹²⁷

Señala además nuestro tratadista que la prueba es una constatación de hechos jurídicamente con distintas acepciones.

¹²⁷ Hernández Pliego, *op. cit.*, pp. 437 y 441.

Igual se alude a ella como el instrumento que proporciona la convicción como a la propia convicción o al conducto o procedimiento para obtenerla.¹²⁸

Lo anterior nos permite establecer que los actos de prueba comprenden el ofrecimiento, la admisión, el desahogo, la asunción y su crítica o valoración.¹²⁹ Se sostiene, dentro de la teoría procesal, sin embargo, que medio de prueba es todo aquello que resulta útil al juez para determinar su convicción, y se dice también que los medios de prueba versan únicamente sobre hechos controvertidos, ya que, bajo el viejo principio *da mihi factum, dado tibi jus —dame los hechos y te daré el derecho—*, el derecho no puede constituirse en *thema probandum*.

Y diríamos que este principio es una presunción *juris tantum* que opera a favor de los jueces, pero no del Ministerio Público, porque, hasta donde hemos visto, las determinaciones del mal denominado representante social, se han caracterizado, en los casos que venimos estudiando, por un absoluto desconocimiento de la ley y, en el peor de los casos, por la franca arbitrariedad.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 441.

¹²⁹ Hernández Pliego. *op. cit.*, p. 443.

Nuestra exposición se orientará ahora a esclarecer el motivo por el cual la propia ley adjetiva penal hace propicio esta actuación del Ministerio Público. La averiguación previa es una creación de la ley adjetiva penal y no del constituyente. En la constitución, ciertamente, no se prevé la existencia de una averiguación preliminar en que el Ministerio Público realice funciones jurisdiccionales.¹³⁰ Señala Fernando García Cordero: como la averiguación previa no está reglamentada, no existen términos claramente delimitados para el ejercicio de la acción penal; no está determinada la duración de la averiguación previa, ni están reguladas resoluciones como la reserva o el archivo.¹³¹ Agrega que:

[...] hay confusión respecto al ofrecimiento y desahogo de pruebas por parte del indiciado y que en esta etapa procesal, temida por los gobernados, dada su unilateralidad, domina el [principio HR] inquisitivo, actuando el MP sin contradictorio, secreta, en forma escrita y con una precaria intervención de abogados, lo que produce una fuente de arbitrariedades, injusticias y atropellos, con métodos vejatorios de investigación realizados al margen de las modernas técnicas criminológicas y criminalísticas.¹³²

La consecuencia de este tratamiento, es que el Ministerio Público, en la investigación y persecución de los delitos, debe

¹³⁰ *Ibidem*, p.143.

¹³¹ *Idem*, p. 143.

¹³² Fernando García Cordero, Dualidad y perfeccionamiento de las funciones del Ministerio Público, en Estudios jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas, Porrúa, México, 1983. pp. 175-180 en Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 144.

buscar los medios de convicción para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pero no está autorizado para desahogarlos, para valorarlos y, desde luego, carece de facultades para decidir si ejercita o no la acción penal. Y esto es así, en virtud del doble carácter que el Ministerio Público adopta en el proceso penal; como autoridad durante la averiguación previa y, como parte, desde el auto de radicación. Así lo establece la siguiente jurisprudencia:

MINISTERIO PUBLICO, DOBLE CARÁCTER DEL. El Ministerio Público tiene dos funciones perfectamente delimitadas: primera, cuando actúa en la investigación de los hechos delictuosos que le son denunciados y, entonces, tiene evidentemente el carácter de autoridad, ya que procede de acuerdo con las facultades que la ley le concede expresamente, y las determinaciones que dicta están investidas de potestad, de imperio, que es la característica de los actos de autoridad; y segunda, cuando practica la acción persecutoria, que le compete de una manera exclusiva y que se inicia a partir del momento en que la autoridad judicial se avoca al conocimiento de los hechos, por los cuales el Ministerio Público ha formulado acusación, y entonces tiene el carácter de parte, puesto que en esta etapa del proceso ya no ordena, sino que se limita a solicitar del Juez, lo que cree pertinente, para los intereses que le están confiados”.

Quinta Época, número de registro: 312,594, INSTANCIA: PRIMERA SALA, AISLADA.¹³³

Es por ello que debe delimitarse con claridad la esfera de competencia de la autoridad ministerial. En este sentido, señala Hernández Pliego:

¹³³ Semanario Judicial de la Federación, materia: penal, Tomo XLIII, p.503.

La actual averiguación previa constituiría propiamente el procedimiento penal de preinstrucción o preproceso, en el cual el Ministerio Público, como titular de la averiguación previa debería recibir la denuncia o querrela; ejercitar la acción penal en todos los casos; buscar las pruebas para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado para ofrecerlas y desahogarlas ante el órgano jurisdiccional; solicitar la reclasificación de los hechos; pedir las órdenes de aprehensión y comparecencia, excepción hecha de los casos de flagrancia y de urgencia en que pondría a los detenidos inmediatamente a disposición del juez; cumplimentar las órdenes de aprehensión y comparecencia; promover la práctica de cateos; interponer los recursos y desistirse de ellos cuando sea procedente; solicitar al juez la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto; intervenir en todos los actos del procedimiento y desistir de la acción penal cuando las pruebas evidencien que no hay delito.¹³⁴

El artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales establece las facultades que corresponden al Ministerio Público federal durante el período de la averiguación previa:

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

- I.- Recibir las denuncias o querrelas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;
- II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;
- III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV.- Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V.- Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI.- Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII.- Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII.- Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;

¹³⁴ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.* p. 148.

- IX.- Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;
- X.- En caso procedente promover la conciliación de las partes; y
- XI.- Las demás que señalen las leyes.¹³⁵

Por lo que se refiere a las atribuciones de la Policía Ministerial, el artículo 3º del citado Código Adjetivo señala:

Dentro del periodo de averiguación previa, la Policía Judicial Federal está obligada a:

- I.- Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas policías, cuando actúen en auxilio del Ministerio Público Federal, inmediatamente darán aviso a éste, dejando de actuar cuando él lo determine;
- II.- Practicar, de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa;
- III.- Llevar a cabo las citaciones, notificaciones y presentaciones que el Ministerio Público Federal ordene; y
- IV.- Realizar todo lo demás que señalen las leyes.

En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal.¹³⁶

Se debe resaltar el contenido del último párrafo del artículo transcrito, toda vez que no debe pasar inadvertido que cualquier acto realizado por el Ministerio Público y/o por la Policía Ministerial a su cargo, debe ceñirse estrictamente a las facultades señaladas

¹³⁵ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

¹³⁶ *Ibidem*.

por los artículos 2º y 3º del Código Adjetivo Penal Federal, pues conforme con el principio de legalidad, la competencia de la autoridad ministerial está delimitada por lo que estas normas adjetivas determinan, y, en ningún caso, deberá exceder su contenido.

Lo anterior resulta de vital importancia en atención al valor que las propias leyes penales otorgan a las pruebas recabadas en el periodo de averiguación previa. Sobre el particular, el artículo 145 del Código Federal de Procedimientos Penales determina que “las diligencias de policía judicial y las practicadas por los tribunales del orden común que pasen al conocimiento de los federales, no se repetirán por éstos para que tengan validez sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 440”.¹³⁷

Y con un criterio desorbitado por parte del legislador, el artículo 286 del Código Penal para el Distrito Federal señala que “las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, tendrán valor probatorio pleno, siempre que se ajusten a las reglas relativas de este código”. Al respecto señala Juventino V. Castro:

¹³⁷ *Idem.*

Absurdo mayor no podía haberse establecido. Si suponemos que tiene valor probatorio pleno o de fe judicial, una diligencia practicada por el MP, estamos constriñendo al juez a la valoración que de ella ha hecho el MP o la policía judicial, lo que ya no permite una lógica individualización de la pena por parte del juez. En esa forma, el MP se otorga la facultad decisoria propia del juez, que ciertamente no le corresponde. Se vuelve así a los tiempos del sistema inquisitivo, en que un solo órgano es juez y parte en el proceso.¹³⁸

El citado argumento cobra valor significativo, pues las pruebas recabadas por el Ministerio Público durante la averiguación previa, son las mismas que, durante el proceso, utilizará como parte procesal. Por ello, existen, en la doctrina, voces las cuales afirman que cuando el caso llega al juez, la recopilación y valoración crítica de las evidencias está sin duda concluida, y la determinación de culpabilidad de hecho está decidida, de manera que el proceso penal propiamente dicho, no constituye sino una simulación de actos jurídicos. Y esto porque en muchas ocasiones, sólo se repiten innecesariamente algunas de las diligencias ya practicadas en la etapa de averiguación previa, lo cual opera en agravio del bolsillo de los contribuyentes, pues el Ministerio Público asume la postura de que su labor, simplemente debe ratificarla el juez, y dictar en su momento, la sentencia de condena.¹³⁹

¹³⁸ Citado en Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 158

¹³⁹ *Ibidem*, p. 160

Esta facultad del Ministerio Público ha sido sobredimensionada, por el criterio jurisprudencial de los miembros del Poder Judicial de la Federación en tesis como la siguiente:

CONFESION COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS. EFECTOS. Cuando una confesión es obtenida mediante la violencia física y se encuentra aislada, sin ningún otro dato que la robustezca o corrobore, desde luego que la autoridad de instancia debe negarle todo valor; pero si una confesión es obtenida mediante golpes, y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía, se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito, quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado.

Octava Época, Instancia: PRIMERA SALA.

Directos 151/90 y 251/90,¹⁴⁰

Todo lo cual representa un serio menoscabo a la posibilidad de defensa del indiciado, pues, como se establece en el criterio anterior, se le da pleno valor a pruebas obtenidas en circunstancias que podrían constituir, por sí mismas, delitos que habrían de perseguirse en un proceso diverso. Lo anterior, nos lleva a reflexionar sobre la cuestión de la prueba prohibida —también denominada prueba inconstitucional, prueba obtenida clandestinamente, o prueba irregular—, entendiendo por tal a la obtenida de

¹⁴⁰ Semanario Judicial de la Federación, Tomos VII- enero y X- Septiembre, pp. 193 y 469

manera ilícita, es decir, transgrediendo los derechos establecidos a favor del indiciado, o excediendo las facultades conferidas al Ministerio Público. Como ejemplo, tenemos precisamente las de los casos que venimos estudiando: la violación del domicilio en ausencia de orden judicial de cateo, y coacción en la obtención de una confesión.

Lo alarmante de tal situación es que la determinación sobre si una prueba es o no irregular —contraria a derecho señala el Código Federal de Procedimientos Penales—, queda a criterio del juzgador, quien lo resolverá en el auto de admisión de pruebas y posteriormente, basado en el sistema de la sana crítica contemplado por los artículos 279 y 290 del catálogo adjetivo de referencia, en la audiencia de desahogo y en los considerandos de la sentencia.

El contexto descrito se recrudece por la inhospitalidad que padece el sistema tasado en la legislación adjetiva nacional y, por ello, no queda del todo esclarecido por qué han de tener valor pleno en el procedimiento, las pruebas que el Ministerio Público recibe como autoridad durante la averiguación previa, si posteriormente esas mismas pruebas las utilizará como parte procesal. Lo que sí

queda claro es que, en gran medida, este proceder explicaría que aproximadamente el 95% de las resoluciones definitivas de los jueces de primera instancia, sean condenatorias, como se desprende de las estadísticas dadas a conocer por la Procuraduría Federal de Justicia en las cuales se registró, según datos de 1998, un promedio de 93.5 % de sentencias de condena y sólo el 6.5 % de sentencias absolutorias.¹⁴¹

En este contexto deben circunscribirse las violaciones procesales relativas a la admisión de pruebas por parte del Ministerio Público en los casos que nos atañen, pues se tiene evidencia de que, en el caso concreto del homicidio del señor Pedro Hernández Monjaraz, sucedido el día 9 de mayo de 1997, en las inmediaciones de la población de Río Granada, San Agustín Loxicha, Pochutla, Oaxaca, se dio inicio a la averiguación previa número 100/97 en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca. En el escrito de denuncia presentado por Riquilda Hernández Martínez, hija del occiso, ésta indicó, entre otros aspectos, que policías judiciales, en compañía de elementos del ejército mexicano, y de varios “entregadores”, allanaron su domicilio, los interrogaron sobre la portación de armas, les

¹⁴¹ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 160.

profirieron amenazas, golpeándola e insultándola, y cuando su papá caminaba hacia el monte, empezó una balacera “por parte de los entregadores [...] y el comandante les decía: mátenlo”.¹⁴²

La autoridad ministerial recabó el oficio número 16, de fecha 9 de mayo de 1997, mediante el cual elementos de la Policía Judicial del Estado de Oaxaca rindieron parte informativo sobre los hechos, manifestando, en síntesis, “que observaron una persona la cual portaba un arma, quien, al percatarse de su presencia, comenzó a correr, por lo que le dieron persecución, después de unos momentos se detuvo haciendo fuego sobre ellos, impactándose cuatro tiros en el chaleco antibalas de un elemento, por lo que respondieron a la agresión con varios disparos verificando que había fallecido”.¹⁴³

Señala la CNDH, en el informe de referencia que, adicionalmente, constan en la averiguación, entre otras diligencias, la ratificación del parte informativo por parte de los elementos policíacos, fe ministerial y levantamiento de cadáver, necropsia y algunos dictámenes periciales.¹⁴⁴ Basándose en lo anterior, con fecha 24 de marzo de 1998 el agente del Ministerio Público, adscrito

¹⁴² CNDH, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

a la Subdirección de Averiguaciones Previas y Consignaciones de la Subprocuraduría Regional de la Costa, resolvió el no ejercicio de la acción penal, por no haberse acreditado los elementos del tipo penal de homicidio al considerar acreditada la excluyente de legítima defensa.

De la descripción anterior, se desprende que, la actuación de la autoridad ministerial, fue deficiente, al no haberse allegado de suficientes medios de convicción, tales como dictámenes de especialistas en las siguientes materias: en criminalística de campo, que hubiesen aplicado la metodología de investigación científica en el lugar de los hechos, que incluya protección y conservación del lugar de los hechos, observación criminalística del lugar, fijación del lugar de los hechos (fotográfica, planimétrica y descriptiva), búsqueda y localización de indicios, fijación de indicios (fotográfica, planimétrica, descriptiva y por moldeado), levantamiento, embalaje y etiquetado de indicios, registro de indicios, cadena de custodia de indicios, traslado y entrega al laboratorio de criminalística de los indicios; en fotografía forense, a fin de que hubiese realizado la correspondiente fijación fotográfica tanto del lugar de los hechos como de los indicios encontrados en él; en planimetría, con el fin de

que hubiese fijado métricamente el lugar de los hechos y los indicios contenidos en él, incluyendo el cadáver; en criminalística, que hubiese efectuado el examen criminalístico de las ropas que portó el ahora fallecido; en materia de dactiloscopia, que hubiese realizado el rastreo dactiloscópico (dactilar o palmar) a los indicios encontrados en el lugar de los hechos: arma de fuego, casquillo percutido, cartucho organizado, entre otros; en materia de balística forense, en relación con el examen microcomparativo efectuado entre la bala recuperada de la caja pélvica del cadáver de Pedro Hernández Monjaraz, y balas “testigo” obtenidas en disparos de prueba utilizando las armas de fuego que portaron los agentes de la Policía Judicial del Estado de Oaxaca que intervinieron en los hechos; en materia de criminalística de campo, fotografía y medicina forenses. Medios probatorios todos estos, que hubiesen determinado las correspondientes posiciones víctima-victimario.¹⁴⁵

De lo anterior se desprende que, con independencia del delito de homicidio, respecto de las conductas denunciadas por Riquilda Hernández, las cuales pudieran derivar en la comisión de delitos como abuso de autoridad, lesiones, amenazas, entre otros, la autoridad ministerial se limitó a citar a la denunciante para su

¹⁴⁵ CNDH, *op. cit.*, p. 30.

ratificación sin haberla encontrado, haciendo constar su incomparecencia; sin embargo, no profundizó en los hechos, ni se pronunció respecto de los demás hechos presuntamente delictivos, limitándose, en la determinación de la averiguación, únicamente al delito de homicidio. Llama la atención que la autoridad manifestó no haber localizado a la denunciante en su domicilio para la citación que le formuló, y sí la localizó, un mes después, para notificarle el acuerdo de no ejercicio de la acción penal.

En virtud de todo lo anteriormente descrito, la CNDH consideró insuficientes las actuaciones ministeriales, por lo cual no se realizó una debida procuración de justicia, generando duda sobre la verdad histórica del desarrollo de los acontecimientos —y diríamos nosotros que también sobre la imparcialidad y la legalidad con los que actuó el Ministerio Público.

En otro de los casos que hemos expuesto, y, tomando como base las constancias de la averiguación previa 6811/97, obra un dictamen psicológico emitido por la Psicóloga Ariadna Martínez Hernández, perito psicóloga de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca, de fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, en que establece que “B” sufre de “trastorno por

estrés postraumático en su fase crónica” debido “a la exposición del acontecimiento estresante y extremadamente traumático vivido”, sugiriendo que debe ser apoyado con tratamiento psicológico mediante “terapia breve y de emergencia”.¹⁴⁶ Asimismo, se encuentra el seguimiento terapéutico hasta el 24 de noviembre de ese mismo año, en que dicha perito psicóloga reportó que el sujeto aún presentaba secuelas psicológicas que alteraban su estabilidad emocional. No obstante, se observa que en la determinación de reserva de la citada averiguación previa, el representante social no tomó en consideración el estrés postraumático que fue detectado en “B”, limitándose a señalar que el citado dictamen se encontraba agregado a las actuaciones y “dando cumplimiento a su sugerencia, se ordenó dar tratamiento psicológico” al indiciado. Lo anterior es de suma importancia, pues ciertamente, el hecho de que el agraviado presente alteración emocional compatible con la privación ilegal de libertad que menciona haber sufrido, no es prueba plena para acreditarla, pero sí constituye un indicio que, concatenado con otros elementos de prueba, pudiera acreditar los hechos delictivos denunciados. Esta situación confirma la deficiencia en las actuaciones de la averiguación previa por parte de la autoridad

¹⁴⁶ CNDH, *op. cit.*, p. 27.

ministerial, pues corresponde a ésta integrar debidamente las averiguaciones señaladas y determinarlas conforme los preceptos del Código Adjetivo, en los términos que hemos venido exponiendo en el presente apartado.

Cabe mencionar que, respecto de la posible participación de elementos del Ejército Mexicano, en su oportunidad se solicitó información a la Procuraduría General de Justicia Militar, la cual negó categóricamente los actos violatorios a derechos humanos, mencionando que, en ningún momento, personal militar participó en los actos materia de la queja, dado que de la revisión realizada en los archivos de los mandos territoriales correspondientes, no se encontraron antecedentes sobre el particular, observándose que no se inició averiguación previa alguna en esa institución.¹⁴⁷ Queda claro entonces que, tratándose de los elementos de prueba que obraron en perjuicio de los indiciados, el Ministerio Público cumplió celosamente con sus atribuciones y no escatimó diligencias para

¹⁴⁷ Nos interesa resaltar en este rubro, la buena fe con la que el Ministerio Público mira al Ejército Mexicano, aún cuando se tienen datos de que integrantes de esa institución fueron presuntos responsables, entre noviembre de 1996 y julio de 1997 de 12 "ejecuciones arbitrarias", 26 agresiones contra diversos grupos sociales, 19 detenciones-desapariciones, 38 privaciones arbitrarias de la libertad, 12 privaciones ilegales de la libertad, 28 actos de tortura y 11 tratos crueles contra campesinos e indígenas, en los Estados de Guerrero, Oaxaca y Chiapas, según informes del Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria. Tan sólo en el Estado de Oaxaca, se sumaron 89 asuntos, de ellos 27 ejecuciones extrajudiciales, 34 privaciones arbitrarias de la libertad, 13 privaciones ilegales de la libertad y 8 agresiones a grupos sociales. Elizalde, Triunfo, *Practica la policía tortura medieval*, La Jornada, 23 de noviembre de 1997.

allegarse de ellos. Por el contrario, las pruebas que fueron presentadas por la defensa o por los ofendidos fueron desestimadas y la autoridad ministerial no agotó las instancias para obtener los medios de convicción. Queda claro también, que mientras las pruebas recabadas por el Ministerio Público gozan de valor pleno, las ofrecidas por la defensa, son catalogadas como simples indicios que difícilmente repercuten en el criterio del juzgador al momento de dictar su resolución.

4. Prejuicios de clase y otros excesos jurídicos

En el informe especial al que venimos aludiendo, la CNDH señala la necesidad de tomar en cuenta las peculiaridades culturales de la población indígena, respetando en todo momento las garantías y derechos de los mexicanos indígenas consagrados en el orden jurídico.¹⁴⁸ Esta observación resulta del todo afortunada si se toma en cuenta que los indígenas —y no sólo los de la región Loxicha, por cierto—, han logrado, simultáneamente, ampliar su horizonte político y mantener sus identidades: sin dejar de ser

¹⁴⁸ CNDH, *op. cit.*, p. 41.

indios, irrumpieron en la vida nacional.¹⁴⁹ Y es precisamente esta pluralidad de identidades la que se incrusta en la crítica al carácter excluyente, antidemocrático y centralista del Estado Mexicano [y su derecho].¹⁵⁰ Nuestra investigación expone el carácter de este derecho y su empecinamiento por la negación ontológica de la diferencia. Como sostiene Augusto Sánchez Sandoval:

El discurso del derecho no es igualitario, porque se deriva de un sistema productivo de poder-dominación. Ese derecho-ideología constituye un sistema de “universal inclusión” cerrado, que sólo se ve a sí mismo en sus reglas y dogmas de construcción [...] es ciego hacia fuera, porque no ve otra realidad diversa a la construida por sí mismo [...] El derecho ideología [...] genera violencia sobre el mundo de lo concreto o el mundo del lenguaje que no está previsto o sujetado por la norma jurídica. Es la violencia legitimada por sí misma, que requiere ser y expresarse para defenderse y permanecer, porque no es legítima. Lo otro, lo que queda afuera de la “universal inclusión”, se convierte como su consecuencia, en “universal exclusión”, esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión, aunque esté ahí.¹⁵¹

Bajo el manto de la tolerancia —que no es sino la soberbia del poder disfrazada de humanismo—, la juridicidad del sistema normativo del Estado se ha reinventado, y podemos observar cómo numerosas reformas y adiciones a las leyes existentes, no pueden evitar que la segregación por razones étnicas y culturales siga

¹⁴⁹ Sánchez, Consuelo, *Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía*, México, Siglo XXI, 1999, p. 12.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹⁵¹ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2005, p. 22.

constituyendo una práctica continuada en la antesala de la impartición de justicia.

En esta tesitura, los prejuicios de clase quedan definidos como la exclusión o el entorpecimiento de la acción jurisdiccional —pretensión procesal—, de un sujeto o colectividad en razón de elementos sociales, económicos o políticos. Es decir, en presencia de tales prejuicios se agotan todas aquellas arbitrariedades que ni en el marasmo de los códigos y reglamentos encuentran justificación. Esto claro, resulta de mirar las cosas como en realidad se presentan.

Pensamos que los elementos económicos, políticos y sociales a que aludimos, se insertan en el discurso del derecho oficial desde el principio, desde que nace en la conciencia del legislador. Y, a fuerza de repetir lo contrario, pareciera que el contenido de la norma, su sentido, se encontrara en su forma. La falsedad de tal percepción la hemos establecido ya en líneas anteriores. Lo interesante ahora, es estudiar cómo estas directrices ideológicas se materializan en lo que hemos llamado excesos jurídicos, de los que la privación de la vida, la incomunicación y la tortura son los ejemplos más dramáticos. Sí, pero no los únicos.

4.1 Negación sistemática de la aplicación del sistema jurisdiccional en razón de aspectos sociológicos

Se insiste tanto en la igualdad que tienen todos los sujetos ante la ley, que la actividad en los tribunales, casi en la primera oportunidad, demuestra lo contrario. Diría George Orwell que todos son iguales, pero que existen unos más iguales que otros. Cierto que ni *Rebelión en la Granja*, ni *1984* se escribieron pensando en el México de inicios del siglo XXI, pero, aquí y ahora, abunda el doble-pensar característico de los ministerios de la paz que rondan el mundo. Ese lúcido rincón del raciocinio que permite pensar algo y después cancelarlo con la materialización de su contrario, en un acto de verdad-mentira que no se distingue sino en la forma. Ésa es la melodía de los tribunales, ése es el sonido de las sentencias dictadas en los casos que, como el nuestro, tocan las fibras más sensibles del sistema hegemónico. Pareciera *como si* sólo se cerrara un expediente más, pero en el fondo se criminaliza la diferencia y bajo este rubro, hemos visto que da lo mismo ser indígena que romántico estudiante convencido de la legitimidad de la lucha social.

Pero hay algo en común en toda esta sinfonía jurisdiccional: la negativa como respuesta consuetudinaria ante la petición de los incómodos rijosos que, ocasionalmente, suelen quejarse por delitos cometidos en su contra, y que aún con menor frecuencia, toman nombre. En los casos de la región Loxicha, esta referencia nominal no es, por cierto, insignificante, pues, con motivo de los excesos de la Policía Ministerial, se presentaron denuncias por abuso de autoridad, amenazas, golpes y tortura, en agravio de Jordán Almaraz Silva, Virgilio Cruz Luna, Celso Almaraz Martínez, Roberto Antonio Juárez, Constantino José Santiago, Laureano Ramírez García, Pedro Santiago Enríquez, Gaudencio García Martínez, Gerardo Ramírez Hernández, José Pacheco Contreras, Prisciliano Enríquez Luna, Silvano Pacheco Pacheco, Amadeo Valencia Juárez, Santiago Pérez Almaraz, Antonio Pacheco Sebastián, Guillermo Pacheco Pacheco, Arnulfo Almaraz García, Genaro López Ruiz y Donato José Ruiz. Lo cual dio como resultado que la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca iniciara ocho averiguaciones previas, acumuladas en el expediente número 311/97. El 18 de septiembre de 2002, el Agente del Ministerio Público de la Mesa VI de Responsabilidad Oficial, Médica y

Técnica, adscrita a la Visitaduría General de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca, acordó el no ejercicio de la acción penal, ya que no quedaron demostrados los elementos del cuerpo de los delitos de abuso de autoridad, golpes y amenazas, al considerar que las detenciones se dieron con fundamento legal y por no haber sido identificados por los agraviados los elementos que supuestamente cometieron dichas conductas en su contra, al haberseles puesto a la vista el álbum fotográfico de los elementos de la policía judicial. En cuanto a las lesiones, en general, la llamada representación social argumentó que no se acreditaron en virtud de existir certificaciones de integridad física, salvo el caso de los ofendidos Virgilio Cruz Luna, Roberto Antonio Juárez y Prisciliano Enríquez Luna, en las cuales mencionó que, aun cuando presentaron lesiones, no fue posible atribuir las a los agentes judiciales, ya que “no existen pruebas que corroboren el dicho de los supuestos ofendidos”, y se dio credibilidad a la versión de los agentes que realizaron la detención, en el sentido de que las lesiones de Prisciliano Enríquez se las causó cuando “subía a la camioneta oficial, resbaló y cayó, golpeándose en los glúteos”. Una vez más se puede advertir el predominio de la facultad discrecional

de la autoridad ministerial, que da pleno valor a los informes de sus subordinados, y resta toda importancia y valor a los elementos presentados por los agraviados.

El caso de Prisciliano Enríquez corrobora nuestra afirmación anterior, pues ante la incertidumbre sobre el origen de las lesiones que presentaba el detenido, el Ministerio Público debió ordenar las diligencias que permitieran esclarecer los hechos. Por el contrario, se limitó a desestimar, bajo el pretexto de la citada incertidumbre, la posible comisión del delito de lesiones. Y aún más, aunque no se sabe si excitado por el furor emanado de su discrecionalidad, o por su franco capricho, el agente del Ministerio Público hizo caso omiso de las observaciones dictadas por la CNDH, en el sentido de que la obligación de aportar mayores elementos para la identificación de los agentes policíacos que presuntamente profirieron las lesiones, correspondía a su dependencia, antes que a los agraviados. En efecto, y en esto consiste la negativa sistemática de aplicar el sistema jurisdiccional, el representante social, sin fundamento o argumentación alguna, le da credibilidad a los partes informativos rendidos por los elementos policíacos en cuanto a las detenciones, sin interrogarlos o profundizar en cuanto al modo en que sucedieron

las mismas. Es decir, el Ministerio Público no cuestionó, como era su deber hacerlo, a los agentes que participaron en las detenciones sobre las circunstancias específicas para clarificar, entre otros aspectos, la manera en que los denunciados fueron reconocidos al ser detenidos, si contaban con retratos hablados, media filiación, o con qué elementos se cercioraron sobre la identidad de los detenidos.

De otra suerte, la CNDH documentó los casos de Ponciano García Pedro, Celso García Luna y Alfredo García Luna, quienes señalaron que fueron detenidos en sus domicilios y además recibieron golpes y fueron torturados. Los hechos denunciados en su oportunidad, señalaban como responsables a agentes de la Policía Judicial, la Policía Preventiva del Estado de Oaxaca, y del Ejército Mexicano, así como a los señores Arturo Felipe Almaraz y Lucio Vásquez, estos últimos vecinos de San Agustín Loxicha, sin precisar quiénes fueron los que les infligieron las lesiones. Posteriormente, los hechos fueron materia de queja presentada ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, de la que se derivó la recomendación número 4/98, dirigida al Licenciado Roberto Pedro Martínez Ortiz, entonces Procurador General de

Justicia del Estado de Oaxaca, por haberse acreditado violación a los derechos humanos en contra de los agraviados por parte de elementos de la entonces Policía Judicial del Estado, consistentes en lesiones actuando en exceso en el uso de la fuerza pública. Es necesario mencionar ahora que la Comisión Estatal basó su recomendación en las evidencias de las lesiones que presentaron los agraviados —uno de ellos presentó huellas de quemadura de forma circular de cuatro milímetros de diámetro—, y en las contradicciones de los informes rendidos por el jefe de grupo de la Policía Judicial del Estado, las declaraciones ministeriales de los agentes que procedieron a las detenciones y las que rindieron elementos de otras instituciones que participaron en el operativo. Así, dicha institución recomendó integrar y resolver procedimiento administrativo en contra del jefe de grupo de la Policía Judicial del Estado y tres elementos de policía que intervinieron en la detención de los agraviados; así como reponer y concluir la averiguación previa 1942/97 en contra del citado jefe de grupo y elementos de la policía, a efecto de determinar su responsabilidad y la de otros posibles participantes, tanto de la Policía Judicial, como de algunos particulares a quienes los agraviados denominan “entregadores”.

La resolución del procedimiento administrativo consistió en la suspensión sin goce de sueldo por treinta días, al jefe de grupo y los agentes de la Policía Judicial mencionados. Sin embargo, en cuanto a la averiguación previa que se había iniciado con motivo de los hechos denunciados, con fecha cuatro de junio del dos mil uno, el agente del Ministerio Público adscrito a la Subprocuraduría General de Averiguaciones Previas de la Procuraduría Estatal, acordó reservar la indagatoria en el archivo por considerar que no se habían acreditado los elementos del cuerpo del delito, bajo el argumento de que los ofendidos no identificaron a los supuestos agresores, así como por haber incurrido en diversas contradicciones, haciendo mención a que las lesiones presentadas pudieron deberse al “forcejeo” con los policías al oponer resistencia en su detención.

Y aquí tenemos que resaltar que el Ministerio Público dejó de cumplir con sus atribuciones, pues, al no tener en claro la causa de las lesiones que presentaron los agraviados, debió ordenar un peritaje de especialista en mecánica de producción de lesiones, así como un dictamen de especialistas en criminalística y medicina forense para el diagnóstico diferencial etiológico respecto de la

naturaleza de las mismas, a fin de esclarecer la causa probable de las lesiones y determinar si fueron producidas como lo mencionaron los elementos policíacos.

Todo lo anterior, nos permite sostener que el Ministerio Público que conoció de los hechos referidos, no agotó, en su totalidad, la integración de la averiguación previa, lo cual generó falta de certeza y posible impunidad ante eventos que, como se mencionó, incluso fueron materia de una recomendación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca.

Ya podemos advertir que, en los casos de referencia, el actuar del Ministerio Público fue sistemático en desvirtuar las pretensiones de los agraviados. Y, en esta medida, limitó, indebidamente, el acceso de los agraviados al sistema jurisdiccional, en tanto demerita las acusaciones en contra de elementos de la policía ministerial, y determina el no ejercicio de la acción penal. Todo lo cual nos permite adelantar que la integración de las averiguaciones previas por delitos como abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, tortura y lesiones, entre otros, terminó frecuentemente en reserva, en virtud de que la autoridad ministerial no realizó todas las

actuaciones conducentes para acreditar los elementos del cuerpo del delito, o bien, para desvirtuar las imputaciones atribuidas.

Este proceder del Ministerio Público fue, como decíamos, sistemático, pues se citó, como fundamento del acuerdo que remitió a reserva las averiguaciones previas, el hecho de que los denunciantes no comparecieron para aportar “algunos elementos”. Así lo confirma el caso de la averiguación previa número 313/97, en el que se asienta textualmente que “[...] siendo la institución del Ministerio Público coadyuvante de los ofendidos, éstos no han aportado medios de prueba que permitan esclarecer los hechos que se investigan”. Como habíamos establecido anteriormente, la obligación de allegarse de todos los medios de convicción para integrar la averiguación previa, radica en el Ministerio Público y no en los denunciantes, que podrán coadyuvar en esta labor cuando cuenten con los elementos para hacerlo.

Otro caso de idéntico matiz, es el constituido por la averiguación previa número 5913/98, en la que se denunció, entre otros hechos, la privación ilegal de la libertad en agravio de Fortino Enríquez Hernández, Manuel Nicandro Ambrosio José, Isaías Ambrosio Ambrosio y Agustín Luna Valencia, por su detención en el

paraje “El Aguacate” el 25 de septiembre de 1996. En la citada averiguación, el Ministerio Público acordó la reserva por no acreditarse los elementos de los tipos penales, pues consideró que los agraviados fueron detenidos en cumplimiento de órdenes de aprehensión. Esta determinación resulta peculiar, ya que de las constancias del propio expediente, se desprende que la autoridad ministerial no tomó en consideración que el hecho referido por los denunciantes es anterior al libramiento de las citadas órdenes de aprehensión; es decir, los denunciantes manifestaron que los elementos de la policía los “presentaron” ante el Ministerio Público en virtud de que “contaban con información del grupo armado”, sin existir citación previa u orden de presentación, detención o comparecencia, ni cubrirse los aspectos contenidos en los artículos 19 y 22 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca. Este proceder, como hemos expuesto en el apartado de detenciones ilegales, se convierte aquí, en una práctica continuada de la autoridad ministerial. Lo singular del asunto, es que el destino de todas las averiguaciones previas que se integraron en contra de elementos de la policía ministerial o de los delatores —entregadores—, fue, nuevamente, la reserva. O dicho de otro

modo, la respuesta que recibieron los agraviados fue el conocido carpetazo, el *aquí no ha pasado nada*, tan caro a la actividad del Ministerio Público y a la función jurisdiccional en el ramo penal.

La conducta desplegada por el Ministerio Público obedece, sin duda, a un supino desconocimiento de las leyes penales, que en rigor debería ser, por sí mismo, un motivo de alarma para todos aquellos que nos desenvolvemos en la cotidianidad de los juzgados y las salas penales. Pero nuestra argumentación, con base en la evidencia casuística que venimos presentando, nos conduce a sostener que este padecimiento no se limita a la tangencial ignorancia de los servidores públicos, ni a su mala fe, por cierto. Este actuar se gesta en una manera de comprender y de aplicar el *derecho* —las prescripciones del sistema normativo hegemónico, claro. Y ya hemos explicado que la principal característica de ese *derecho* es mirarse a sí mismo como único, desde la autopoiesis —en la peor acepción de esta palabra—, y desde la juridicidad defendida a ultranza por sus complacientes exégetas. Expondremos ahora, cómo esta pretensión no pasa de ser un discurso rebasado por los propios contrasentidos que sus paredes encierran.

Con fecha 8 de diciembre de 2000 se decretó la Ley de Amnistía del Gobierno del Estado de Oaxaca, la cual tuvo como finalidad el beneficio a personas relacionadas con hechos atribuidos al Ejército Popular Revolucionario. De acuerdo con la información recabada por la CNDH, incluida la proporcionada por el licenciado Israel Ochoa Lara —abogado defensor de la mayoría de los indígenas zapotecos de la región Loxicha involucrados en los casos que describimos—, se desprende que por esta Ley de Amnistía fueron beneficiadas con excarcelación 17 personas que se encontraban sentenciadas, 47 que estaban en prisión sujetas a proceso y 104 que tenían órdenes de aprehensión giradas en su contra y que fueron canceladas, en todos los casos, por delitos del fuero común. La citada ley obedeció sin duda a un ánimo de reconciliación política, y como tal, se gestó bajo la idea de que la legitimidad es un concepto que poco o nada tiene que ver con la legalidad. En efecto, como todas las amnistías que conocemos, la de Oaxaca busca llegar a un punto final. Busca, como dicen los historiadores, hacer tabla rasa del pasado. Pero sostenemos que tal ley no hubiese sido necesaria si el Congreso y el Ejecutivo de Oaxaca hubiesen otorgado su justa dimensión a la reforma

constitucional que ellos mismos promulgaron en junio de 1998. En el capítulo anterior expusimos el artículo 16 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, y, de manera exhaustiva, su ley reglamentaria. La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, en su artículo 38, establece la facultad de las autoridades indígenas para que éstas conozcan de los casos en que se ven implicados miembros de sus pueblos y comunidades. Diremos entonces que, mucho antes de surtir efectos la ley de amnistía de dos mil, el Ministerio Público y el Juez Penal que conocieron originalmente de las causas penales que venimos describiendo, debieron declararse incompetentes para seguir conociendo de los casos del fuero común, ya que, por la aplicación retroactiva de la citada ley reglamentaria, la jurisdicción y la competencia, pertenecían a las autoridades indígenas.

Es aquí donde realmente debe prevalecer la eficacia de los sistemas normativos indígenas. Y el argumento, en realidad, no es muy complicado: tratándose de delitos del fuero común, las autoridades indígenas, con base en la aplicación retroactiva del artículo 38 de la Ley de los Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, se encontraban en aptitud para conocer

de los procesos instruidos por los hechos que venimos describiendo. En efecto, desde que entró en vigor la ley reglamentaria del artículo dieciséis de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, el Ministerio Público y los Jueces de primera instancia en materia penal, perdieron la facultad para conocer de los casos en que participaran miembros de las comunidades y pueblos indígenas, es decir, perdieron la facultad de integrar la averiguación previa y de dictar sentencia respectivamente. Y en su defecto, como lo prevé la segunda hipótesis del artículo 38 de la ley reglamentaria, debieron sumarse a las indagatorias, en calidad de auxiliares de las propias autoridades indígenas. Lo cuestionable por supuesto, es que, ni el Ministerio Público ni el Juez de Primera Instancia que conocieron de la causa penal, comunicaron de estos hechos a las autoridades indígenas.

La aplicación retroactiva a que aludimos es procedente, dado que el artículo 14 de la Constitución Política Federal consagra el principio de irretroactividad de la ley, siempre que su aplicación se traduzca en algún perjuicio para los sujetos a quienes ha de aplicarse. Y aquí sigue la línea de su primer antecedente, el *Corpus Juris Civile* romano, el cual preceptuaba en las *Novellae* lo

siguiente: *absurdum esset , id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti* —Absurdo sería que un recto hecho sea posteriormente modificado. Sin embargo, el *Codex*, establece la excepción que sigue la norma constitucional en el sentido de permitir la aplicación retroactiva de la ley cuando entrañe un beneficio al sujeto: *nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit* —A no ser que nominalmente y respecto del tiempo transcurrido y de los negocios pendientes otorguen garantía. A poco que se mire, es claro que los indiciados miembros de alguna comunidad indígena, tendrían una mejor procuración de justicia si ésta proviene de sus propias autoridades, no sólo por la ausencia de los prejuicios sociológicos que hemos expuesto en el presente apartado, sino porque, el sistema normativo indígena en su conjunto, presenta una proclividad ética contrapuesta a la del sistema hegemónico. Y tal contraposición se traduce, invariablemente, en la sustanciación de un procedimiento penal con resultados distintos a los que hemos descrito. Ahora veremos las consecuencias más severas de la omisión de estos razonamientos, las cuales hubiesen podido

evitarse de haber conocido de estos casos las autoridades que eran competentes: las indígenas.

4.2 Privación de la vida

El Código Penal Federal, en su artículo 302 establece que: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. La abstracción descriptiva del legislador es simple: la vida, en tanto bien jurídico tutelado, se expresa como el máximo derecho que, junto con la libertad y la propiedad, es protegido por el conjunto de leyes del sistema hegemónico. Al menos ese ha sido el discurso liberal sostenido desde el siglo XIX. Y, circunscribiéndonos por un momento a su contenido, resulta inadmisibles que, del ejercicio de la función investigadora del Ministerio Público, se desplieguen conductas que atentan contra este bien jurídico.

Del análisis de las evidencias que constan agregadas en el expediente de queja número 2000/2968-4 y sus acumulados, integrados por la CNDH, se concluye que, en diversos casos fueron vulnerados los derechos humanos de diversas personas y núcleos de población por parte de servidores públicos. Comprendiendo tales violaciones los rubros de privación de la vida, tortura e incomu-

nicación. En el primer renglón, presentamos, a guisa de ejemplo, el homicidio del señor Celerino Jiménez Almaráz, acaecido, el 24 de abril de 1997, en un operativo realizado por diversos elementos de la entonces Policía Judicial del Estado de Oaxaca, en la ejecución de diversas órdenes de aprehensión. Con motivo de estos hechos, la Procuraduría General de Justicia del Estado de Oaxaca inició la averiguación previa número 320/97. Debemos mencionar también, que los citados hechos fueron materia de queja presentada ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, de la que se derivó la recomendación número 16/98 dirigida al licenciado Roberto Pedro Martínez Ortiz, entonces Procurador General de Justicia del Estado de Oaxaca. Finalmente, la CNDH, en el estudio de referencia, determinó que, con fecha veintiséis de septiembre de dos mil uno, el director de Averiguaciones Previas y Consignaciones ejerció acción penal en contra de Lucio Esteban Vásquez Ramírez como probable responsable del delito de homicidio calificado en agravio de Celerino Jiménez Almaraz, dictándose el 9 de octubre de 2001 auto de formal prisión por el Juez Segundo de lo Penal del Distrito Judicial del Centro en Oaxaca. Lo peculiar del asunto es que el inculpado por el homicidio, fungía como Policía Ministerial y,

posteriormente a los hechos, se desenvolvió como Presidente Municipal de San Agustín Loxicha. Dichoso cargo que ejerció aún cuando fue señalado recurrentemente como responsable de violaciones a derechos humanos en contra de los habitantes de la región. Se observa cómo, en el presente caso, resultó evidente la violación del derecho a la vida cometida por Lucio Esteban Vásquez Ramírez, actuando en exceso de su función, cuando se desempeñaba como elemento la Policía Judicial del Estado de Oaxaca. Se observa también que ante la culpabilidad probada, no es posible el resarcimiento del bien tutelado. Porque, y esto hay que decirlo enérgicamente, ante la actitud estática del Ministerio Público y del Juez Penal, y la actitud cínica de su homicida, don Arnulfo yace muerto, y mudo y ciego como está, no puede reclamar ni pedir nada en absoluto.

4.3 Incomunicación

Los casos de incomunicación acreditados de las indagatorias desplegadas por los hechos que venimos describiendo, se circunscriben a los casos en que, sin orden o mandato legal alguno, se privó de la libertad a determinados pobladores de los municipios referidos. Sólo que, en la especie, la arbitrariedad se centro en la

retención indebida de los afectados en lugares diversos a los establecidos por las leyes penales. En este rubro encuadran los hechos que dieron origen a las averiguaciones previas número 6810/97 y 6811/97, las cuales se han expuesto con profusión en el apartado relativo a las detenciones ilegales.

4.4 Tortura

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana prohíben la tortura, pero ninguno de tales instrumentos la define. La primera definición elaborada y acogida por el Derecho Internacional es la contenida en la Declaración de 1975 contra la Tortura, cuyo artículo primero establece lo siguiente:

A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.

Por su parte, la definición plasmada en el artículo dos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura sostiene:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Por lo que atañe al derecho interno, el artículo 3º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura determina:

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.¹⁵²

Estamos en condiciones de sostener que la tortura no sólo constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante —como determina la Declaración de 1975—, sino además, un delito grave, según lo dispuesto por el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, en tanto violación de derechos humanos, la tortura es concebida como cualquier acción u omisión que cause a una

¹⁵² Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1991.

persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, realizada directamente por una autoridad o servidor público, o indirectamente mediante su anuencia para que lo realice un particular, con el fin de obtener del sujeto pasivo o de un tercero información, confesión, o castigarlo por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o coaccionarlo para que realice o deje de realizar una conducta determinada. Y, en tanto delito, está caracterizada por la sanción que imponen las leyes penales ante su comisión. En este rubro, el artículo 4º de la citada Ley Federal para Sancionar y Prevenir la Tortura establece:

A quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta. Para los efectos de la determinación de los días multas se estará a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.¹⁵³

No pasa inadvertido a nuestra exposición, que la definición legal de delito dada por el artículo séptimo del Código Federal Sustantivo es insuficiente, en tanto se limita a describirlo desde la punibilidad. No desconocemos, por cierto, que la teoría pentatómica de los elementos del delito define al ilícito penal como el hecho

¹⁵³ *Ibidem.*

típico, antijurídico, culpable y punible. Es por ello que, derivado del informe especial de referencia, la CNDH emitió la recomendación número 16/98, basándose en los indicios que permitieron presumir la existencia del delito de tortura en los casos de estudio. En efecto, señala la institución que, derivadas de los hechos del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis, se presentaron cuarenta y seis quejas que denunciaron conductas que pudieron materializar los supuestos contenidos en el concepto de tortura, ya que los agraviados refirieron haber sido golpeados o amenazados con el objeto de que firmaran sus confesiones o bien, “hojas en blanco”.

La CNDH manifiesta que, con base en las constancias con que cuenta, no fue posible acreditar dichas conductas fehacientemente, pues en todos los casos, las autoridades negaron las imputaciones realizadas y no se contaron con mayores elementos de prueba al no haber sido posible obtener la información completa respecto del estado físico de los agraviados, ni contar con otras pruebas circunstanciales que robustecieran las quejas presentadas. Esto resulta particularmente interesante, porque aunque el delito de lesiones sí fue acreditado en el informe especial de la CNDH, no se logró establecer el origen de las mismas, ni mucho menos que

éstas se hayan proferido con el objeto de obtener información o confesión o con el propósito de castigar. Resaltan sin embargo, las afirmaciones de los agraviados que, en sus escritos de queja, describen pormenorizadamente las circunstancias en que fueron torturados.

Como hemos expuesto, el Ministerio Público incumplió su obligación en el sentido de extenuar las indagatorias, a fin de recabar los medios de convicción que permitieran acreditar las imputaciones sostenidas por los agraviados, o en su defecto, el no ejercicio de la acción penal por no acreditarse los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Y ante la evidencia de su parcial desenvolvimiento, se puede sostener que la reserva, el carpetazo, una vez más fue la respuesta sistemática para los agraviados y sus familiares.

La evidencia casuística presentada, en su conjunto, nos lleva a cuestionarnos sobre la actividad del Ministerio Público que, en flagrante usurpación de funciones —dado que carecía de la competencia para seguir conociendo de la integración de las averiguaciones previas—, determinó de la peor manera en que pudo haberlo hecho. La cuestión de fondo, y esto es lo más grave,

es el resultado material del empecinamiento por negar la validez de los sistemas normativos indígenas. Pues en la actualidad, quince personas se encuentran reclusas en diversos centros penitenciarios del Estado de Oaxaca por delitos del fuero federal, a quienes se les siguen dieciséis procesos, de los cuales, ocho cuentan con sentencia condenatoria, seis se encuentran en trámite, y en un caso, el interno, además de estar sentenciado cuenta aún con un proceso *sub júdice*.¹⁵⁴ Los nombres de los sentenciados, el número de la causa penal y la duración de sus penas son los siguientes: Abraham García Ramírez, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a treinta años; Agustín Luna Valencia, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a treinta y un años; Álvaro Sebastián Ramírez, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a veintinueve años; Eleuterio Hernández García, proceso 103/96 ante el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a treinta y un años, siete meses, tres días; Fortino Enríquez Hernández, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a treinta años; Justino Hernández José,

¹⁵⁴ CNDH, *op. cit.*, p. 10.

proceso 13/97 ante el Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a veintitrés años, con seis meses; Mario Ambrosio Martínez, proceso 103/96 ante el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a veintiséis años, diez meses, tres días; y, Zacarías Pascual García López, proceso 13/97 ante el Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca, sentenciado a veinticuatro años. Las personas que se encuentran sujetas a proceso son las siguientes: Arnulfo o Estanislao Ramírez Santiago, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca; Cirilo Ambrosio Antonio, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca; Delfino Matías Juárez, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca; Gregorio Ambrosio Antonio, proceso 103/96 ante el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Oaxaca; Gregorio Enríquez Martínez o Ricardo Martínez Enríquez, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca; y, Juan Díaz Gómez, proceso 39/96 ante el Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Oaxaca.

225 años de prisión derivados de procesos plagados de irregularidades y de francas violaciones a las formalidades

esenciales establecidas por la Constitución y el Código Adjetivo Penal Federales. Ésa es la manera en la que funciona el sistema que se dice único. Ésa es la juridicidad que ofrece a todos los otros, los diferentes. No debe extrañarnos por ello, la virulencia con la que ataca a los sistemas normativos alternativos, incluido el indígena. No podemos olvidar, que detrás de la máscara del Estado, se esconden hombres poderosos, y, a menudo, el poder los envilece en la proporción de su estrechez moral.

Capítulo 3

ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO PENAL

“El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro [...] el rito que cerraba el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos, de invertir en el postrer momento los papeles, de hacer del suplicado un objeto de compasión o de admiración [...] el castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal [...] es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar [...] el castigo ha pasado de una arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos [...] un ejército entero de técnicos ha venido a relevar al verdugo”.

*Michel Foucault*¹⁵⁴

1. Introducción

Detrás de cada nueva teoría de la ley y del delito, se erige la incesante búsqueda por una renovada justificación moral o política del derecho de castigar.¹⁵⁵ Esta búsqueda, y el furor que le acompaña, resultan de mirar al castigo como el elemento coercitivo

¹⁵⁴ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 2004. pp.16-19.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.15.

del enunciado prescriptivo, de mirarlo como la sanción con que está dotada la norma para asegurar su cumplimiento. Como sostiene

Kelsen:

Una norma que ordena un determinado comportamiento [...] puede ser observada o infringida [...] una norma no sólo puede ser observada sino que también puede ser aplicada [...] Una norma jurídica es aplicada cuando al comportamiento contrario a la norma se le opone la sanción correspondiente: castigo o ejecución civil. La validez de una norma radica en que sea observada y en caso contrario deba ser aplicada, y en esto consiste su existencia específica. Su eficacia radica en que la norma es de hecho observada, y en caso contrario es aplicada. La validez y la eficacia de la norma deben mantenerse separadas. Para existir [...] la norma tiene que haber sido establecida por un acto volitivo.¹⁵⁶

Y ya podemos advertir, en los casos que hemos venido exponiendo, que el objeto de la pena no es, para decirlo de una vez, la corrección o la instrucción del delincuente, sino la coacción física o pecuniaria que deviene en castigo ejemplificador para asegurar la eficacia de la norma transgredida, y, simultáneamente, el ejercicio monopólico del poder.

Hemos visto cómo se lleva a la práctica este derecho de castigar. Hemos visto ya la particular manera en que los Policías Ministeriales ejercen justicia o, en su defecto, allanan el camino para ejercerla. Analizaremos ahora el procedimiento penal, de la

¹⁵⁶ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 21.

manera en la cual aparece en el Código Adjetivo Federal de la materia. Veremos pues, el abismo que existe entre la norma escrita y los abusos cometidos por los “agentes de la ley”.

2. Etapas del procedimiento penal

El derecho penal sustantivo se basa en la idea de delito. Y ya hemos visto que la definición legal que lo identifica con el acto u omisión que sancionan las leyes penales no refiere el por qué determinado hecho amerita la sanción como consecuencia. Diríamos entonces, que, en el ámbito penal, la norma primaria es la sanción y la norma secundaria es la prohibición o mandato ínsito. En otras palabras, podemos sostener que la sanción es la pena y la definición, el tipo penal.¹⁵⁷ Así, tanto el tipo como la sanción existen en razón de que el legislador considera necesaria, en un momento histórico determinado, la protección de un bien jurídico. Todos los tipos penales responden a un precepto, a un mandato, y protegen

¹⁵⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 68: “En este contexto nada se altera si [...] se aceptan normas que establecen como debido el comportamiento mutuo de los sujetos legales o si, con otras palabras, se acepta que cada norma legal general es la conexión de dos normas, de las cuales una establece como debido un determinado comportamiento de parte de los sujetos del derecho, y la otra establece como debida para el caso de la violación de esta norma, la imposición de un determinado acto coercitivo por parte de un órgano legal. He designado a la segunda norma como *primaria* y a la mencionada en primer término, *norma legal secundaria*”.

un bien jurídico tutelado. En el tipo penal, entonces, se insertan el bien jurídico tutelado y la prescripción de determinada conducta. Pero además de típica, dicha conducta debe ser antijurídica, culpable y punible para devenir en delito. Dicho de otro modo, el delito es el hecho típico, antijurídico y culpable que sancionan las leyes penales.

El derecho penal adjetivo, entonces, se circunscribe a la acreditación de la existencia del delito y al modo de aplicar las penas. Si todo Código Penal es un catálogo de los delitos y las penas, cualquier Código de Procedimientos Penales es, invariablemente, el conjunto de pautas para acreditar la existencia del ilícito penal y aplicar la sanción o medida de seguridad respectiva.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 4º, comprende cuatro procedimientos, a saber: el de Preinstrucción, la Instrucción propiamente dicha, y la Primera y Segunda Instancias. Podemos advertir que el procedimiento comprende la fase del proceso. Esta afirmación es importante pues, a menudo, se habla de procedimiento y proceso como términos que guardan entre sí una relación de sinonimia, aún cuando no es así. Entre uno y otro término existen marcadas diferencias; siendo la más relevante, la

discrepancia en cuanto a su finalidad, pues el fin perseguido en el procedimiento no necesariamente habrá de ser, como en el proceso, la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses, sometido a la autoridad judicial.¹⁵⁸

Otra diferencia importante es que el proceso sólo puede presidirse por un órgano jurisdiccional. Solamente en función del juez tiene sentido hablar del proceso, y esto en los términos del artículo 17 constitucional. El titular del procedimiento, en cambio, puede serlo un órgano del poder ejecutivo o bien, del legislativo, como ocurre, por ejemplo, con el Ministerio Público, que dependiendo del poder ejecutivo, es el órgano que preside el procedimiento penal de averiguación previa, o el caso en que el legislativo preside el procedimiento penal para la declaratoria de procedencia, en el juicio político relacionado con el desafuero de un servidor público.¹⁵⁹

El proceso penal es, pues, un conjunto de actos desarrollados progresivamente, conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve la controversia sometida a su conocimiento por el Ministerio Público. Como resultado del proceso sólo podrá imponerse una

¹⁵⁸ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p.14

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.15

pena o medida de seguridad, cuando exista prueba de que se actuó en contravención de una ley penal, cuidando siempre que se cumplan las formas establecidas en la propia ley y se respeten las garantías mínimas, pero indispensables, de quienes intervienen en la controversia. Todo lo cual se circunscribe al contenido del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que otorga en exclusiva a la autoridad judicial la facultad de imponer las penas, previa la existencia del proceso y limitada naturalmente a los casos en que durante el juicio, se encuentre culpable al procesado.¹⁶⁰

Podemos sostener, entonces, que sin el proceso penal, el *jus puniendi* carecería de sentido, pues éste es el único camino a través del cual el Estado ejercita su derecho de sancionar, y se eleva en nuestro medio al rango de garantía individual por el artículo 14 constitucional.¹⁶¹ Por ello es que elegimos hablar de procedimiento y no de proceso, toda vez que en la etapa de la Preinstrucción se da la intervención de una autoridad no judicial, queremos decir administrativa. Esta participación del Ministerio Público como autoridad y después como parte en el período de la

¹⁶⁰ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p.16.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.17.

instrucción es exclusiva del proceso penal. Señalaremos, finalmente, que el procedimiento penal está integrado, además, por una etapa de alegatos y la etapa de sentencia.

Analizaremos cada una de las etapas del procedimiento penal y el complejo enramado que subyace en cada una de ellas: 1) Preinstrucción: período de preparación del ejercicio de la acción procesal penal, período de preparación del proceso, período del proceso; 2) Instrucción: período del juicio, discusión o audiencia y 3) La sentencia. Así como las formalidades del procedimiento penal.

2.1. Período de preparación del ejercicio de la acción procesal penal.

Ante la noticia del delito, surge la fase inicial o de averiguación previa del procedimiento penal, la cual es dirigida por un órgano del poder ejecutivo: el Ministerio Público, el cual asume la responsabilidad de determinar la apertura del juicio, asegurando la existencia de elementos suficientes para ello, fijados en la propia constitución y estudiados por la doctrina con la denominación de presupuestos generales de la acción. El artículo 16 del Pacto Federal los establece y son, a saber: la existencia de una denuncia

o querrela de hechos determinados que la ley señale como delitos, respecto de los cuales se pruebe el cuerpo del delito y la responsabilidad probable de su autor.¹⁶²

Así, la actividad investigadora, recibe, en ocasiones, el nombre de *diligencias de Policía Judicial*¹⁶³ —incluidas en el artículo 21 constitucional, como propias de la Policía Judicial, claramente subordinada al Ministerio Público.¹⁶⁴ Es importante referirnos a dichas diligencias pues éstas son las que comprende la averiguación previa. Y tendríamos que mencionar ahora que la averiguación previa procede en tres supuestos: a) iniciación de oficio de la integración; b) iniciación por denuncia de la integración; y c) iniciación por querrela de la integración. La iniciación de oficio se encuentra autorizada por el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice:

El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

¹⁶² Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 56

¹⁶³ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 65, en referencia expresa al artículo 3 del Código Federal de Procedimientos Penales.

CAPITULO 3 ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES
DEL PROCEDIMIENTO PENAL

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.¹⁶⁵

Como se advierte, este principio, denominado de la oficialidad, reconoce dos excepciones: 1) cuando se trate de delitos en los que solamente se puede proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha formulado y, 2) cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha cumplido.

Para efectos de nuestra exposición, nos concentraremos en el estudio de la iniciación por denuncia, el cual desemboca, invariablemente, en una caracterización de lo que la denuncia es, y diremos que por tal, se entiende a la relación de hechos presumiblemente constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público. El artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que las denuncias “se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al

¹⁶⁵ Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2002.

denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se conduce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela”.¹⁶⁶

Debemos señalar que la actual averiguación previa constituiría propiamente el procedimiento penal de Preinstrucción, en el cual el Ministerio Público, como titular de la acción penal en los términos del artículo 2º del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, tiene el deber de recibir la denuncia o querrela, ejercitar la acción penal en todos los casos, buscar las pruebas para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado para ofrecerlas y desahogarlas ante el órgano jurisdiccional, solicitar la reclasificación de los hechos, pedir las órdenes de comparecencia y aprehensión, excepción hecha de los casos de flagrancia y de urgencia en que pondrá a los detenidos inmediatamente a disposición del juez, cumplimentar las órdenes de aprehensión y

¹⁶⁶Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*

comparecencia, promover la práctica de cateos, interponer los recursos y desistirse de ellos cuando sea procedente, solicitar al juez la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto, intervenir en todos los actos del procedimiento y desistirse de la acción penal cuando las pruebas evidencien que no hay delito.¹⁶⁷

2.2. Período de preparación del proceso

Una vez que el juez ha recibido el pliego de consignación, dictará auto de radicación, en los términos del segundo párrafo del artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Este auto es de suma importancia, pues en él se determinarán las cuestiones siguientes: 1) se resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 constitucional; 2) sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional y 3) inicia el período de preparación del proceso. A partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el juez dispone de un término de 48 horas para tomar, dentro del mismo, la declaración preparatoria del consignado, y de 72 horas, a

¹⁶⁷ Hernández Pliego, *op. cit.*, pp. 147-148.

partir del mismo momento, para resolver si decreta la formal prisión o la libertad del detenido. A solicitud del inculpado o de su defensor, el plazo de 72 horas podrá duplicarse, siempre y cuando se solicite en la declaración preparatoria o hasta 3 horas después y con la finalidad de aportar y desahogar pruebas. El Ministerio Público no podrá solicitar dicha ampliación, ni el juez resolverá de oficio.¹⁶⁸

Hernández Pliego define al auto de radicación como la primera resolución que dicta el Juez, ya dentro del procedimiento penal de preinstrucción y después de que el Ministerio Público ejercita ante su potestad, la acción penal. Lo anterior es de suma importancia, pues a partir del citado auto, todos los actos serán dictados por la autoridad jurisdiccional.¹⁶⁹

Antes de continuar, es menester señalar que en la consignación se plantean dos hipótesis: a) Que la misma se haya verificado con detenido o, b) que se haya verificado sin él. En el primer supuesto, el juez examinará si dicha consignación reúne los requisitos del artículo 16 constitucional, y en caso afirmativo, decretará la detención del consignado, y decimos decretará, a pesar de

¹⁶⁸ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento penal en México*, 23ª edición, México, Porrúa, 2004, p. 93.

¹⁶⁹ Hernández Pliego, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 163

que éste ya ha sido privado de su libertad, porque la única decisión que justifica dicha privación y crea el estado jurídico respectivo, es el auto del Juez. En caso contrario, esto es si no aparecen reunidos los requisitos constitucionales, el Juez decretará la inmediata libertad del consignado. El artículo 177 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México señala que:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas a partir de que el inculpado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan reunidos los siguientes requisitos:

- I. Que se haya tomado la declaración preparatoria al inculpado o asentado la constancia de que se negó a rendirla, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior;
- II. Que se haya comprobado el cuerpo del delito que se impute al inculpado;
- III. Que en su contra existan elementos de prueba suficientes que hagan probable su responsabilidad en la comisión del delito; y
- IV. Que no esté comprobada en su favor alguna causa excluyente del delito o de la responsabilidad o que extinga la acción penal.

El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo se duplicará cuando lo solicite el inculpado por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, siempre que dicha ampliación sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

Durante la duplicación del plazo, el Ministerio Público sólo podrá en relación con las pruebas o alegatos que propusiera el inculpado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La ampliación del plazo deberá notificarse al Director del Centro Preventivo y de Readaptación Social donde, en su caso, esté internado el inculpado para los efectos a que se refiere la última parte del primer

párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los encargados de los centros preventivos que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención al juez sobre esa omisión en el mismo acto de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrán al inculpado en libertad, sin perjuicio de que el Ministerio Público solicite su reaprehensión.

Se hará constar en autos la hora en que el inculpado haya ingresado al centro preventivo y de readaptación social, quedando a disposición del juez.

Cuando el cuerpo del delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso sin restringir la libertad de la persona contra quien aparezcan datos suficientes que hagan probable su responsabilidad, para el sólo efecto de señalar el delito por el cual se ha de seguir el proceso.¹⁷⁰

En la segunda hipótesis, es decir, cuando el Ministerio Público consigna sin detenido, aquél deberá solicitar la detención o comparecencia del sujeto pasivo de la acción penal, y el juez examinará, para conceder o negar la citada petición, si la consignación reúne o no los requisitos del artículo 16 constitucional.¹⁷¹

Una vez que se ha decretado la detención del indiciado, dentro de las 48 horas siguientes, contadas desde que el sujeto ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de

¹⁷⁰ Decreto número 166, 3 de septiembre de 1999.

¹⁷¹ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 97.

practicar instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria. El objeto de dicha declaración lo define con claridad la fracción III del artículo 20 constitucional y no es otro que el acusado “conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar al cargo”.

La citada declaración está regulada por los artículos 153 a 160 del Código Federal de Procedimientos Penales.¹⁷² Y su contenido comenzará por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodosos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano, así como sus demás circunstancias personales. En el mismo acto, se le hará saber el derecho de una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciera, el juez le nombrará un defensor de oficio. Se le hará saber en qué consiste la denuncia, acusación o querrela; así como los nombres de sus acusadores, denunciantes o querellantes y de los testigos que declaren en su contra; se le preguntará si desea declarar y en caso contrario se dejará constancia de ello. Igualmente se le darán a conocer todas las

¹⁷² Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 100.

garantías que le otorga el artículo 20 constitucional, a saber: que se le recibirán todos los testigos y las pruebas que ofrezca, en términos legales, ayudándole para obtener la comparecencia de las personas que solicite, siempre y cuando tengan su domicilio en el lugar del juicio; que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

Ahora bien, dentro del término de 72 horas o de 144 horas señalado en el artículo 19 de la Constitución Federal —y en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales—, el Juez deberá resolver sobre la situación jurídica del indiciado, decretando: a) su formal prisión en caso de hallarse comprobado el cuerpo del delito que se le impute y su responsabilidad probable, o b) su libertad, en el supuesto de que no se halle comprobado ninguno de ambos elementos, o se halle únicamente el primero. Si el delito solamente mereciere pena pecuniaria o alternativa que incluyere una no corporal, el Juez, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 18 constitucional, dictará: c) auto de sujeción a proceso, sin restringir la libertad de dicho indiciado, contando el término del

artículo 19 a partir del momento en que aquél quedó a su disposición.¹⁷³

Es necesario concentrarnos ahora en la acreditación de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido por cuerpo del delito “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal.¹⁷⁴ Desde la doctrina, Arilla Bas señala:

[...] el cuerpo del delito está constituido, a nuestro juicio, por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito [...] ha surgido el cuerpo del delito, actualmente denominado tipo penal [...] El artículo 19 constitucional, independiza el tipo penal de la responsabilidad, resulta obvio que una causa excluyente de esta última no puede, en modo alguno, destruir la existencia del primero.¹⁷⁵

Queda establecido, así, que el tipo penal puede comprobarse mediante todo tipo de pruebas, salvando aquellos casos en que los elementos materiales del delito se traduzcan en cambios o modificaciones anatómicas o patológicas, los cuales deberán ser comprobados mediante pericial médica, así como aquéllos otros

¹⁷³ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁴ Tesis 93 de la Segunda Parte de la Compilación 1917-1975.

¹⁷⁵ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, pp. 106-107. En referencia expresa del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales).

que afecten a objetos y lugares, los cuales deberán acreditarse necesariamente por medio de la inspección ocular.

El artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, otorga al Juez la facultad más amplia para emplear, según su criterio, los medios de investigación que estime conducentes, aunque no sean los que define y detalla la ley, con la única excepción de que los referidos medios no estén reprobados por aquélla.

Esta descripción es necesaria toda vez que los elementos constitutivos del tipo penal deben, por regla general, hallarse plenamente acreditados en el momento de dictarse la formal prisión, pues el cuerpo del delito es la base del proceso y puede, por lo mismo, integrarse por cualquier medio probatorio, incluso por la prueba presuncional.¹⁷⁶

Por lo que hace a la probable responsabilidad, se deben acreditar los dos diferentes grados de culpabilidad que mencionan los artículos 8 y 9 del Código Adjetivo del Distrito Federal que son, a saber: el dolo y la culpa. La responsabilidad, nos dice Arilla Bas:

¹⁷⁶ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 120.

CAPITULO 3 ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES
DEL PROCEDIMIENTO PENAL

es el deber jurídico del sujeto de soportar las consecuencias del delito [...es la] intervención del sujeto en la realización de una conducta, principal o accesoria de adecuación típica.¹⁷⁷

Es necesario señalar que, independientemente de la resolución final del proceso, la acreditación de la probable responsabilidad se rige por el apotegma *in dubio pro reo*, que se traduce forzosamente en el *in dubio non praesumitur delictum* —*ante la duda, no se puede presumir la existencia del delito*. Es decir, que la duda siempre debe beneficiar al indiciado — y en su caso inculpado.

Una vez que se encuentran fehacientemente acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se dictará auto de formal prisión en el cual, además, se deberán reunir los requisitos establecidos en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Todo auto de formal prisión deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;
- II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 121.

III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito por el cual deba seguirse el proceso;

IV. Que el delito sea sancionado con pena privativa de libertad;

V. Que no esté acreditada alguna causa de licitud;

VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y

VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.¹⁷⁸

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 161, señala únicamente los elementos de fondo. Con lo cual se cumple con el sentido del primer párrafo del artículo 19 constitucional, que señala:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.¹⁷⁹

Esta acotación es necesaria pues no expresar en el auto de formal prisión los requisitos exigidos por el artículo 19 constitucional, entraña una violación de garantías. Sin embargo, esta violación arroja resultados diferentes, pues la omisión de los

¹⁷⁸Gaceta oficial del Distrito Federal, 11 de noviembre de 2002.

¹⁷⁹*Op. cit.*

requisitos de fondo da lugar a la concesión del amparo, y la de los de forma únicamente a suplir la deficiencia.

El auto de formal prisión produce los siguientes efectos: a) inicia el período del proceso, abriendo el término de la fracción VIII del artículo 20 constitucional; b) señala —de manera genérica—, el delito por el cual ha de seguirse el proceso, es decir, fija el tema del proceso; c) justifica la prisión del sujeto pasivo de la acción penal que, de esta suerte, se convierte de simple indiciado en procesado y; d) suspende los derechos de la ciudadanía —en los términos del artículo 38, fracción II, de la constitución política).¹⁸⁰

Existe en la doctrina la interrogante sobre si se puede cambiar, en el auto de formal prisión, la clasificación del delito, La solución la encontramos en la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo que permite cambiar al juez, en el auto de formal prisión, la tipificación hecha por el Ministerio Público en la consignación, siempre que se trate de los mismos hechos, ya que el delito por el cual se ha de seguir el proceso se define en el auto de formal prisión y no antes. Este criterio es confirmado por la prohibición de

¹⁸⁰Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 123

la *reformatio in pejus* en todos y cada uno de los recursos interpuestos por el procesado.¹⁸¹

2.3. Período del proceso

El período de proceso, se inicia con el auto de formal prisión. A tal conclusión lleva la simple lectura del tercer párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión”.¹⁸²

Estamos en condiciones de estudiar el objeto del proceso, el cual está constituido por el tema respecto del cual el juez tiene que decidir: el cuerpo del delito, la responsabilidad, y finalmente, la absolución o condena. Doctrinalmente, el objeto del proceso lo dividen los autores en principal y accesorio. El primero, nace de la pretensión punitiva del Estado y se rige por dos principios fundamentales: el de la indisponibilidad y el de la inmutabilidad.¹⁸³

¹⁸¹ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 124

¹⁸² Diario Oficial de la Federación, 12 de noviembre de 2002.

¹⁸³ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 128.

Es pertinente hablar ahora de las clases de proceso y diremos que éste se ha dividido en dispositivo e inquisitivo. Las características del proceso dispositivo son las siguientes: a) solamente puede ser iniciado a instancia del titular de la acción; b) solamente pueden ser objeto del proceso y, por ende, de la sentencia, los hechos invocados por las partes que intervienen en aquel; c) el juez no puede valorar otras pruebas que las ofrecidas por las partes; d) los hechos sobre los cuales están de acuerdo las partes, deben ser tenidos por ciertos y en consecuencia, excluidos de la prueba; e) la sentencia debe dictarse conforme a lo alegado y f) la sentencia no puede condenar a otra cosa más que a la pedida.¹⁸⁴ En el proceso penal mexicano prevalece el principio dispositivo, y decimos prevalece porque aquél combina ambos principios, sin eliminar por completo el inquisitivo.¹⁸⁵

Decíamos en líneas anteriores que el proceso es un conjunto de actos desarrollados progresivamente, conforme a los cuales el Juez, aplicando la ley, resuelve la controversia sometida a su conocimiento por el Ministerio Público. Pues bien, los actos jurídicos que integran el proceso son los siguientes: a) actos de

¹⁸⁴ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁵ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p.130.

desarrollo —que comprenden las practicas de pruebas, pues el proceso no es sino el período probatorio del procedimiento que se inicia con el auto de formal prisión—, b) actos cautelares con relación al proceso —como la prisión preventiva decretada en el auto de formal prisión y la identificación ordenada en el propio auto—, c) actos cautelares relativos a asegurar la efectividad de las sanciones pecuniarias, d) actos cautelares, enderezados a garantizar la efectividad de la sanción de decomiso y, e) el estudio de la personalidad del detenido.¹⁸⁶

Desde la fecha del auto de formal prisión se computan los términos señalados en la fracción VII del artículo 20 de la Constitución Política Federal para el efecto de que el proceso quede concluido antes de cuatro meses.¹⁸⁷

2.3.1. La instrucción

La instrucción puede tomar dos formas: a) la ordinaria, que generalmente es empleada en el proceso seguido contra delitos graves, los cuales por su naturaleza compleja y la elevada sanción

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 131-132.

¹⁸⁷ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 132.

que para ellos fija la ley, precisan de mayor cuidado en la provisión de material probatorio y por ende, de más tiempo de juzgamiento y, b) la instrucción sumaria, la cual se caracteriza por la brevedad con la que se resuelve la causa penal. La sumariedad y la tramitación ordinaria se diferencian, fundamentalmente, por la celeridad con la que deben manejarse los procesos respectivos.¹⁸⁸

El artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece la necesidad de que la instrucción del proceso termine en el menor tiempo posible.¹⁸⁹

Estamos en condiciones para exponer, sucintamente, el procedimiento ordinario en el fuero federal y diremos que éste se tramitará de la siguiente forma: un mes antes de que venzan los plazos máximos que para la terminación de la instrucción señala expresamente el segundo párrafo del artículo 147 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Juez deberá ordenar que se haga una relación de las diligencias pendientes, y también deberá dirigir oficio al superior jerárquico, para pedirle en su caso, que resuelva los recursos pendientes. Con lo anterior, dará vista a las partes por diez días, para que manifiesten lo que a su derecho

¹⁸⁸ Julio Antonio Hernández Pliego, *op. cit.*, p. 432

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 432.

convenga. Transcurrido el anterior plazo, o cuando el juez considere agotada la instrucción, lo hará saber a las partes, y les concederá diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes, y que puedan desahogarse dentro de los quince días siguientes contados desde el momento en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Durante ese termino, el juez podrá ordenar también la recepción de las pruebas que considere necesarias para mejor proveer, e incluso podrá ampliar el término para su desahogo, hasta por diez días más. Se declarará cerrada la Instrucción cuando hubiesen corrido los plazos anteriores o las partes hubieran renunciado a ellos.¹⁹⁰

2.3.2. Período de juicio

En el procedimiento sumario se concentran, en una sola audiencia, la que el artículo 307 denomina principal, los períodos del proceso y juicio, toda vez que éstas se formulan verbalmente en la propia audiencia. Lo anterior es de suma importancia, pues en el procedimiento ordinario, el período de juicio, está totalmente dife-

¹⁹⁰ Hernández Pliego, Julio Antonio, op. cit., p. 433.

renciado del proceso, y se inicia con el auto con el que, en los términos del artículo 315, el juez declara cerrada la instrucción y manda poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, durante cinco días para cada uno, para la formulación de conclusiones. Éstas se presentarán por escrito y, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Las conclusiones de la defensa no se sujetarán a ninguna regla especial. Si aquella no las formula dentro del término que establece el artículo 315, se tendrán por formuladas las de inculpabilidad y se impondrá al o a los defensores una multa hasta de cien veces el salario mínimo vigente en el distrito federal o un arresto hasta de tres días, salvo que el acusado se defienda por sí mismo. El Ministerio Público, por su parte, puede formular sus conclusiones, las cuales podrán ser: a) acusatorias, b) inacusatorias y c) contrarias a las constancias procesales. Debemos destacar que la no formulación de éstas conclusiones por parte del Ministerio Público, no implica el abandono de la acción penal.

2.3.3. Discusión o audiencia

La audiencia es el acto procesal por virtud del cual las partes se hacen oír por el órgano jurisdiccional. Es la vía para que las partes desahoguen las pruebas ofrecidas y se desestimen recíprocamente las del Ministerio Público y las del sujeto activo del delito. En el procedimiento ordinario la citada audiencia está regulada por los artículos 305 y 306 del Código Federal de Procedimientos Penales.¹⁹¹

2.3.4. Fallo, juicio o sentencia

La sentencia, es el acto decisorio del juez, mediante el cual afirma o niega la actualización de la conminación penal establecida por la ley. La sentencia podrá ser dictada en la audiencia del juicio, o dentro de tres días, si se ha seguido procedimiento sumario, o dentro de los diez días siguientes a la vista, si se ha seguido el procedimiento ordinario. Si la causa excediere de doscientas fojas,

¹⁹¹ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, pp. 199-201.

por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día, sin que nunca sea mayor a treinta días hábiles.

Fernando Arilla Bas sostiene que la sentencia es el resultado de tres momentos, a saber: de crítica, de juicio y de decisión.¹⁹² La sentencia, señala el tratadista, es un acto mixto integrado por tres elementos: crítico, lógico y político, es decir, es un acto filosófico, lógico y autoritario.

Los requisitos formales de la sentencia, de acuerdo con el artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales, son: a) el lugar en que se pronuncien, b) la designación del tribunal que las dicte, c) los nombres u apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio, y ocupación, oficio u profesión, d) un extracto breve de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive del auto o de las sentencia en su caso. Evitando la reproducción innecesaria de constancias, e) las consideraciones, y los fundamentos legales de la sentencia, y f) la condena o absolució correspondiente, y los demás puntos resolutive.

¹⁹² Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, p. 202.

Los requisitos de fondo de la sentencia derivan de los elementos crítico, lógico y político. Y son los siguientes:

- I. Determinación sobre si está o no comprobado el cuerpo del delito;
- II. Determinación de la manera en que el sujeto pasivo de la acción penal debe responder o no de la comisión de un hecho y;
- III. Determinación sobre si se recae o no en el sujeto pasivo de la acción penal, la comisión penal establecida por la ley.

Las sentencias, según determinen sobre la responsabilidad del sujeto, se dividen en condenatorias y absolutorias.¹⁹³

Es pertinente hablar ahora sobre la sentencia ejecutoriada y la cosa juzgada. Decimos que existe la segunda, cuando la sentencia causa ejecutoria, es decir, cuando adquiere aptitud para ser ejecutada. Hay que diferenciar la sentencia definitiva de la ejecutoriada. Por sentencia definitiva en materia penal, debe entenderse la que resuelve el proceso y la ejecutoriada es aquella que no admite recurso o medio de impugnación alguno para oponerse a su cumplimiento.

¹⁹³ Arilla Bas, Fernando, *op. cit.*, pp. 203-204.

Las sentencias definitivas causan ejecutoria, cuando la ley no concede recurso alguno contra ellas —artículo 443, fracción II, del Código de Procesamientos Penales para el Distrito Federal y 360, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales.

3. Formalidades del procedimiento penal

El artículo 14 constitucional es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento jurídico mexicano. En él se contienen cuatro de las más importantes garantías de seguridad jurídica: 1) la de irretroactividad de la ley; 2) la de audiencia; 3) la de legalidad en materia penal, y 4) la de legalidad en el campo civil.¹⁹⁴ Constituye, por lo mismo, una de las bases sobre las que se erige todo el sistema jurídico-político mexicano. Históricamente, este precepto encuentra su antecedente directo en la Constitución de 1857.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política)*, México, Mc Graw-Hill, 1996, p. 47

¹⁹⁵ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 50: José María Lozano fue el primero en sostener que la garantía de exacta aplicación de la ley por parte de los tribunales, sólo era exigible en materia penal y no en materia civil, en virtud de que el artículo 14 sólo se refería a las personas [...] Ignacio L. Vallarta compartió y desarrolló esta interpretación, sobre la base de establecer una distinción sustancial entre los derechos del hombre y los derechos civiles, la cual produce lógicamente la separación entre el sistema de la aplicación exacta de la ley penal y de la racional interpretación de la ley civil [...] las ideas de Vallarta fueron acogidas por la SCJN durante el tiempo en que éste fue su presidente —mayo de 1878 y noviembre de 1882.

Podemos analizar este precepto, concentrándonos en dos de sus cuatro rubros principales y esto son, a saber: la irretroactividad de la ley y la garantía de audiencia. Sobre la irretroactividad de la ley, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece su prohibición siempre que se traduzca en un perjuicio para cualquier persona. Esta prohibición se dirige tanto al legislador como a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y se traduce en el principio de que las leyes sólo deben ser aplicadas a los hechos ocurridos durante su vigencia.

Así, diremos que una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior. Lo anterior es de vital importancia dado que, en materia penal, la jurisprudencia permite la aplicación retroactiva de la ley sustantiva en beneficio del inculcado o del condenado; pero no la autoriza para la ley procesal penal.

Se denomina garantía de audiencia al derecho que el artículo 14 constitucional otorga a toda persona para que, previamente a cualquier acto de autoridad que pueda llegar a privarla de sus derechos o posesiones, se le dé una oportunidad razonable de

defenderse en juicio, de probar y de alegar ante tribunales independientes, imparciales y establecidos con anterioridad en la ley. En el examen de esta garantía se presenta, de manera ineludible, el estudio de las formalidades esenciales del procedimiento. Y ya hemos establecido que éstas son las condiciones fundamentales que debe satisfacer el proceso jurisdiccional para otorgar al posible afectado por el acto privativo una razonable oportunidad de defensa; es decir, para cumplir con la garantía de audiencia.

La primera condición ineluctable que debe satisfacer el proceso jurisdiccional consiste en proporcionar al demandado una noticia completa ya sea de la demanda presentada por la parte actora, con sus documentos anexos, o ya sea del acto privativo de derechos o posesiones que pretenda realizar la autoridad administrativa. En el proceso jurisdiccional esta condición se satisface por medio de un adecuado emplazamiento o citación que se haga al demandado. La falta de apego a las formas previstas, trae como consecuencia la nulidad del emplazamiento. La finalidad de las leyes procesales consiste en asegurar que el emplazamiento o la citación sean notificados realmente al demandado, para que se le otorgue la

oportunidad de defenderse. Se requiere, además, que en las leyes procesales se otorgue al demandado una oportunidad razonable para que pueda contestar a la demanda.

La segunda condición fundamental que debe cumplir el proceso jurisdiccional, consiste en otorgar a las partes una oportunidad razonable para aportar las pruebas pertinentes y relevantes para demostrar los hechos en que se funden. En el proceso jurisdiccional también se debe otorgar a las partes una oportunidad para que exprese alegatos, es decir, para que formule argumentaciones jurídicas con base en las pruebas practicadas.

Por último, el proceso jurisdiccional debe concluir con una resolución, en la que el juzgador decida el asunto planteado. La sentencia del juzgador y deberá cumplir los requisitos de motivación y fundamentación legal establecidos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Las formalidades esenciales del procedimiento se encuentran reconocidas implícitamente en la Ley de Amparo en el artículo 169 por lo que concierne a los juicios del orden penal.

Estas formalidades esenciales del procedimiento son la base para impugnar la infracción de las leyes de procedimiento. Son,

además, el punto de partida para desarrollar el análisis que se sugiere en la ejecutoria Fraga, para valorar si las leyes procesales respetan las condiciones fundamentales que integran la garantía de audiencia; si realmente otorgan oportunidades razonables para tener conocimiento efectivo y suficiente de la demanda y sus accesorios, para aportar pruebas y para expresar alegatos.¹⁹⁶

3.1 Garantía de legalidad

El tercer párrafo del artículo 14 constitucional, recogiendo las ideas de Lozano y Vallarta y la propuesta de Emilio Rabasa, contiene el principio de legalidad aplicable en el campo penal. Su texto proviene del artículo 182 del Código Penal de 1871,¹⁹⁷ el cual sostenía que únicamente las leyes pueden decretar las penas de los delitos. Como puede apreciarse, este planteamiento impide que pueda imponerse pena alguna que no esté decretada en una ley. Nuestro sistema penal acogió el viejo apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege* —no hay delito ni pena sin ley—, como

¹⁹⁶ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁷ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 73: Este código, como es sabido, fue elaborado por una comisión que presidió Antonio Martínez de Castro, la cual trabajó bajo las orientaciones de la escuela clásica.

presupuesto para la imposición de toda pena. Lo que debe resaltarse es la prohibición de aplicar pena alguna que no se exprese en la ley como condición para resolver la controversia respectiva.

3.2. Garantía de seguridad jurídica.

Esta garantía implica la observancia estricta de las prescripciones normativas en cada uno de los actos y resoluciones dictadas por las autoridades. En la especie, es la base sobre la que se erige toda la actividad jurisdiccional en materia penal. Se circunscribe a la afirmación de una máxima antiquísima: no hay delito ni pena sin ley.

3.3. Artículo 20 Constitucional

Este precepto constituye el catálogo de las garantías y exigencias que deben cumplirse en el procedimiento penal. Es, diríamos, el ineluctable vector de la actividad penal procesal.

Sostiene a la letra:

CAPITULO 3 ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO PENAL

En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

IV.- Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del Apartado B de este artículo;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y

auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

B. De la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

CAPITULO 3 ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES
DEL PROCEDIMIENTO PENAL

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.¹⁹⁸

En las líneas siguientes se expondrán algunas de las directrices contenidas en este precepto.

3.4. *Non Bis In Idem*

El maestro Ovalle Favela sostiene que entre los más conocidos principios generales del derecho se encuentra el que prohíbe sancionar dos veces a una persona por el mismo delito,

¹⁹⁸ Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*

previsto por el artículo 23 sólo para materia penal, pero que es un principio general aplicable a cualquier rama del derecho.¹⁹⁹

En efecto, el referido precepto sostiene:

Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.²⁰⁰

Lo cual permite sostener válidamente que no puede haber duplicidad de sentencias por la misma causa penal.

4. Principios rectores del procedimiento penal

Señala Hernández Pliego que el proceso penal en México, debe estructurarse a partir de determinados principios que lo configuren y que constituyan sus fundamentos, asegurando el respeto de los derechos fundamentales de las partes.²⁰¹

Tales principios son numerosos e históricamente han variado según las exigencias y circunstancias de la época que representan.

Sin embargo, hoy imperan en el derecho penal, los siguientes:

¹⁹⁹ Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política)*, México, Mc Graw-Hill, 1996, p. 82

²⁰⁰ Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*

²⁰¹ Hernández Pliego, *op. cit.*, p. 39.

CAPITULO 3 ETAPAS, FORMALIDADES Y PRINCIPIOS RECTORES
DEL PROCEDIMIENTO PENAL

- a) Acusatorio: este primer principio jurídico surge en oposición al inquisitivo, presupone una contienda procesal entre acusación y defensa, cuya resolución será dictada por un órgano que viene a completar la triada procesal. Este principio comprende el derecho a la defensa, el derecho a ser informado de la acusación, y el derecho a tener un juez imparcial;
- b) De audiencia e igualdad: estos principios representan el presupuesto de que ninguna persona puede ser sentenciada sin ser oída y vencida en juicio, en el que las partes tengan iguales derechos procesales.
- c) De oportunidad: Alude a la disposición del Ministerio Público sobre la pertinencia de ejercitar o no la acción penal, con independencia de que se hubieren satisfecho los requisitos para ello —hasta su conclusión por sentencia absolutoria o condenatoria.
- d) De oficialidad: Consiste en que el Ministerio Público sea quien promueva la acción penal de manera necesaria, inmediatamente que tenga conocimiento del hecho con apariencia delictiva.
- e) De libre valoración de la prueba: En oposición al sistema tasado, faculta a la autoridad judicial para expresar en sus resoluciones, los

motivos que tuvo en consideración para atribuir o negar eficacia demostrativa a los medios de prueba.

El artículo 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, es terminante sobre el punto cuando dispone: “Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba”.

e) De inmediación: Es la exigencia de que los actos procesales sean realizados ante la presencia directa del juez.

Estas son las directrices del procedimiento penal, esta es la base sobre la que debieran desplegar su actividad el Ministerio Público y los Jueces de Primera Instancia. Pensamos haber demostrado, sin embargo, en las líneas de esta investigación serios desacatos e inobservancias de estas directrices en la actividad jurisdiccional en materia penal.

CONCLUSIONES

1. El sistema normativo hegemónico es sólo uno más de los múltiples sistemas cuyas normas reclaman obediencia —es decir, son validas y eficaces—, en un territorio y en un contexto histórico determinado. La juridicidad es el atributo que —según la Teoría del Derecho Clásica—, otorga jerarquía al sistema hegemónico sobre cualquier otro. Lo cual carece de un criterio de validación objetiva y se revela, muy pronto, como un elemento más del discurso dominante que se inserta en el sentido ideológico de las prescripciones.

2. El pluralismo jurídico constituye un hecho y una teoría. En el primer sentido describe la existencia de un sistema de normas que se presenta como "otro", en el cual puede detectarse al menos una norma, que obliga a producir conductas las cuales, conforme con otro orden o sistema, constituyen delito u otras formas de conductas prohibidas. Como teoría, el pluralismo consiste en una redeterminación axiológica, social y normativa de la exégesis jurídica, cuya finalidad es lograr una integración no homogeneizadora de la otredad, de lo culturalmente diverso tomando como base el modelo comunicacional.

3. El derecho penal, en tanto disciplina de la ciencia jurídica, es una formación discursiva cuyo referente es la exclusión y la fragmentación de la alteridad. Su fin es la confirmación del ejercicio del poder político, desde el presupuesto epistemológico del control y la idea del orden como su base ontológica. La idea del orden no es sino un mito, una metáfora cognitiva, una ficción que encuentra asidero en la afirmación de la unidad y la negación simultánea de las pluralidades existentes. Estos son, digamos los modos en que el poder hegemónico reconoce la diferencia para negar y cancelar su existencia.

4. En su negación de las expresiones de lo múltiple, el sistema hegemónico recurre al monismo como explicación racional de lo real. Y es entonces que la regulación de lo previsible y la noción de controlabilidad se constituyen en los ejes de su ordenamiento jurídico. Pero esta pretensión autopoietica del sistema, que busca dar causa de sí mismo, no toma en cuenta que la otredad es, precisamente, el referente en donde encuentra la legitimidad y el consenso que ya no puede encontrar en otros lugares.

5. Aunque el discurso jurídico es uno que se presenta como aséptico, no lo es en realidad, pues la norma, en tanto enunciado

prescriptivo, encierra dos sentidos: el deóntico y el ideológico. El primero responde a una cuestión axiológica y el segundo a una exigencia política. El sentido deóntico es, digamos, la apariencia expresada en la forma, el sentido ideológico es, por su parte, la esencia que todo sistema hegemónico afirma y, paradójicamente, pretende ocultar. Es lo ausente en el discurso formal que subyace, sin embargo, en la base de la declaración de principios que dio origen al sistema como lo conocemos en estos días. Es, para decirlo con todas sus letras, la intención de dominación del poderoso, quien defiende el sistema capitalista que responde a sus exigencias de especulación y ganancia.

6. La exclusión es el rasgo distintivo del sistema hegemónico. La diferencia sólo es tomada en cuenta para reconocerla y delimitar el modo en que será insertada y asimilada en determinadas normas del sistema predominante. La citada exclusión se actualiza en tres momentos: a) en la producción del derecho, b) en la aplicación de la norma penal calificada por la predisposición de los operadores jurídicos, quienes despojados de sus atribuciones, siguen conociendo de casos que son competencia de las autoridades indígenas y, c) en la

interpretación que de las leyes penales lleva a cabo un número no desdeñable de los tribunales de alzada del sistema judicial nacional.

7. En estos días, el lenguaje de represión abierta, propio de los sistemas autoritarios, ha sido sustituido por una represión ínsita o sesgada que se perfecciona con el quehacer cotidiano de los medios de control del sistema político y que identificamos, preponderantemente, con: a) las agencias de policía y b) las instancias judiciales. No es, sin embargo, menos eficaz, ya que la pretendida inexistencia de este contenido ideológico permite sostener la idea de un sistema aséptico, meramente descriptivo. Lo cual, como hemos visto, es sólo una estrategia discursiva.

8. En este contexto, y debido al proceso de reforma constitucional en materia indígena, las autoridades de tales sistemas normativos están facultadas para conocer y resolver los asuntos de su competencia, en razón de territorio y por el ámbito personal.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo, Derecho procesal penal, t. III, G. Kraft, Buenos Aires, 1945.
2. ALCHOURRON, Carlos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Astrea, 1998.
3. ARILLA BAS, Fernando, El procedimiento penal en México, 23^a edición, México, Porrúa, 2004.
4. BALLESTEROS, Jesús, Sobre el sentido del derecho. Tecnos, Madrid, 1986.
5. BOTERO URIBE, Darío, El derecho a la utopía, 4^a edición, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2002.
6. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las garantías individuales, México, Porrúa, 2004.
7. CABEDO MALLOL, Vicente, Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina. Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004.
8. CAMUS, Albert, El hombre rebelde, Buenos Aires, Losada, 1998.

9. CISNEROS FARIAS, Germán, Diccionario de frases y aforismos latinos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y UNAM, 2003.
10. CORREAS, Óscar, Kelsen y los Marxistas, México, Ediciones Coyoacán, 2004.
11. _____, Pluralismo, alternatividad y derecho indígena, México, Fontamara, 2003.
12. DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael, Diccionario de derecho, Porrúa, México, 1998.
13. DUSSEL, Enrique, Filosofía de la liberación, Bogotá, USTA, 1980.
14. ELLERO, Pietro, De la certidumbre en los juicios criminales, Buenos Aires, El Foro, 1994.
15. FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar. *Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI, 2004.
16. FREITAG, Bárbara, Teoría crítica. Ontem e hoje, Sao Paulo, Brasiliense, 1987.
17. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa, 2005.
18. GUASTINI, Ricardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y meta-teoría del derecho, Barcelona, Gedisa, 1999.

19. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano, México, Porrúa, 2005.
20. HART, Herbert Lionel Adolphus, El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
21. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, El proceso penal mexicano, México, Porrúa, 2003.
22. HESPANHA, Antonio Manuel, Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio, Madrid, Tecnos, 2002.
23. KELSEN, Hans, Teoría general de las normas. México, Trillas, 2003.
24. _____, Teoría pura del derecho, Octava Edición, Porrúa, México, 1995.
25. KENNEDY TOOLE, John, La conjura de los necios, Barcelona, Anagrama, 2005.
26. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, La ley de la costumbre, inédito.
27. NICOL, Eduardo, La idea del hombre, 2ª versión, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
28. NIETZSCHE, Friedrich, El nacimiento de la tragedia, Madrid, Alianza editorial, 2005.

29. NOVOA MONREAL, Eduardo, El derecho como obstáculo al cambio social, México, Siglo XXI, 1985.
30. OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, El amparo penal indirecto (suspensión), Porrúa, México, 2002.
31. OVALLE FAVELA, José, Garantías constitucionales del proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política), México, McGraw-Hill, 1996.
32. OVILLA MANDUJANO, Manuel, Teoría política, México, edición del autor, 1992.
33. PLATÓN, Diálogos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
34. SÁNCHEZ, Consuelo, Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía, México, Siglo XXI, 1999.
35. SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, Sistemas ideológicos y control social, México, UNAM, 2005.
36. SIFUENTES, Esteban, La Policía Comunitaria. Un sistema de seguridad pública comunitaria indígena en el estado de Guerrero, México, Instituto Nacional Indigenista, 2001.

37. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, Postmodernidad y derecho, Ara, Lima, 1996.

38. WEBER, Max, Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

OTRAS FUENTES

1. CORREAS, Óscar, Derecho y posmodernidad en América Latina. Apuntes para un Ensayo, en Crítica Jurídica No. 22. México, Fontamara, 2004.
2. _____, Los derechos humanos. Segunda Parte. La Historia, Inédito.
3. _____, Los sistemas jurídicos indígenas y la teoría general del derecho. Problemas nuevos, en Anuario da facultade de dereito, 2002.
4. ELIZALDE, Triunfo, Practica la policía tortura medieval, La Jornada, 23 de noviembre de 1997.
5. FARIÑAS DULCE, María José, La “ficción” en la teoría jurídica de Hans Kelsen, en Crítica Jurídica No. 18, Junio de 2001.
6. JEAMMAUD, Antonie La crítica jurídica en Francia. Veinte años después, inédito.

FUENTES ELECTRÓNICAS

1. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Informe especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Caso de la Región Loxicha, <http://www.cndh.org.mx>.