



Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada). Artículo 10 al 14

Evia, R. (2013). En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Derechos humanos* (págs.137-191). México: Porrúa.

ARTÍCULO 10

Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal, y las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones requisitos y lugares en que podrán autorizar a los habitantes la portación de armas.

COMENTARIO

El precepto que comentamos eleva a derecho subjetivo público fundamental la prerrogativa que tienen los particulares para poseer armas dentro de sus domicilios, encontrando el fundamento racional de este derecho en el propio derecho que tienen los gobernados para proteger su seguridad personal, familiar y sus posesiones,¹⁰⁹ estrechamente ligada a este fundamento, encontramos la noción de legítima defensa, contenida en el precepto jurídico que comentamos y por cuya mención se enmarca, o mejor dicho constriñe, tanto la justificación de la existencia propia de este derecho (existe para garantizar la seguridad del gobernando), limitando de igual forma el empleo de tales armas a los casos en que se actualice esta condición.

De acuerdo a la exposición de motivos de la reforma que en fecha 22 de octubre de 1971¹¹⁰ se hizo a este dispositivo constitucional, su origen obede-

¹⁰⁹ "Tomando en cuenta, sin embargo, que este Estado de Derecho no puede ser tan perfecto, que nos lleve a concluir que indefectiblemente, el individuo tiene total y materialmente garantizada por parte del Estado su seguridad personal, de su familia, la de sus propiedades, posesiones y derechos, debe preverse por las normas jurídicas que en forma excepcional el individuo tiene el derecho de reforzar o complementar los elementos de que dispone el Estado para proveer personalmente su defensa". CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 113.

De su exposición anterior, nuestro citado autor desprende como conclusión la necesidad de partir del establecimiento del principio jurídico que determine que en primer término la protección de la seguridad personal y familiar de los gobernados corresponde en primer término al Estado, y solamente subsidiariamente a los individuos.

¹¹⁰ Esta reforma tuvo como aspecto primordial pormenorizar la potestad del Estado en cuanto al establecimiento de límites y reglamentación de este derecho fundamental, que deposita la fijación de tales límites en el Poder Federal, haciéndolo acorde con los tiempos actuales,

cía a que, en el contexto histórico en que se incorporó a nuestro texto fundamental, el Estado se encontraba imposibilitado de garantizar cabalmente la seguridad e integridad de los gobernados, haciéndose necesario en consecuencia dar derecho a éstos de proveerse los elementos mínimos indispensables para garantizar tal seguridad.

En ese mismo se pronuncian el Dr. Burgoa¹¹¹ y el tratadista Jesús Rodríguez y Rodríguez,¹¹² que lo secunda en su comentario al artículo que abordamos; a este respecto estimamos importante mencionar que tanto el texto original del artículo 10 de la Constitución como el vigente limitaban el empleo de las armas cuya posesión y portación esta norma garantiza a nociones de razonabilidad en su uso, que condiciona al ejercicio de la legítima defensa.¹¹³

La legítima defensa no se encuentra definida en el texto constitucional, sin embargo del Código Penal Federal, en su artículo 15, fracción IV, párrafo segundo, podemos extraer que habrá legítima defensa cuando se repela

en los que supuestamente el Estado se encuentra en mejores condiciones para garantizar la seguridad de las personas, justificando con ello que se limite a éstas el derecho de la posesión y portación de armas, mediante una legislación secundaria federal, y por tanto unificada, que entre otros aspectos estableciera las condiciones generales para tal derecho, el establecimiento de un registro de armas, los casos, lugares y formalidades para reglamentar la portación de las mismas fuera del domicilio a través de la expedición de la licencia administrativa correspondiente, etcétera.

¹¹¹ La exposición de motivos en que se apoya dicha iniciativa y con cuyas consideraciones estamos de acuerdo, expresa lo siguiente: "Las condiciones que prevalecían en el país durante el siglo pasado y principios del actual, poco propicias para que las autoridades defendieran eficazmente a los habitantes en contra del ataque violento a su vida, o derechos determinó la necesidad de instituir como garantía individual la de poseer y portar armas para la seguridad y legítima defensa que quedó consagrada en el artículo 10 de las Constituciones Políticas de 1857 y 197, respectivamente", BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, p. 396.

¹¹² "La consignación del derecho a poseer y portar armas en las constituciones mexicanas de 1857 y en la actualmente en vigor ha obedecido al hecho de que las condiciones que prevalecían en México durante el siglo pasado y principios del actual eran poco propicias para que las autoridades protegieran eficazmente la vida, seguridad, los derechos e intereses de los habitantes de nuestro país. De ahí que el derecho a la posesión y portación de armas encontrase plena justificación en tales circunstancias". RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *Comentario al artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, III, UNAM-Departamento del Distrito Federal, 1990, p. 50.

¹¹³ Incluso, Don Juventino V. Castro señala que este dispositivo constitucional, más que garantizar el derecho de portar o poseer, debe entenderse en función del derecho de uso, en tanto que establece precisamente como límites al mismo, entre otras cuestiones la seguridad y legítima defensa, de ahí que bajo la clasificación propuesta por este autor el derecho contenido en el artículo 10 se trata de una garantía de acción. *Garantías y Amparo*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 112.

alguna acción o peligro real o inminente y los medios utilizados al efecto sean racionales a la magnitud de la amenaza, siendo de destacarse que la legítima defensa constituye una presunción *iuris tantum* cuando se cause daño a quien sin derecho pretenda penetrar en el domicilio del agente activo, de sus familiares, dependencias, etcétera.

El derecho fundamental que ocupa nuestro estudio se encuentra también limitado por el propio texto constitucional que confía a la legislación secundaria federal¹¹⁴ el determinar el tipo y clase de armas que es lícito a los particulares poseer, así como aquellas cuyo uso se encuentra reservado al Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional,¹¹⁵ reglamentación que se contiene en el artículo 7° que establece la obligación de informar a la Secretaría de la Defensa Nacional sobre las armas que se posean; 9° y 10 que señala el tipo de armas que es lícito poseer a los particulares, deportistas de tiro y cazadores a los que se autoriza portar las mismas fuera de su domicilio cuando se cuente con la licencia respectiva; de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; mientras que el artículo 11 es el que refiere las armas que serán de uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea.

Asimismo el capítulo II de la ley determina las condiciones para la posesión de armas dentro del domicilio, la expedición del registro de las mismas por parte de la Secretaría de la Defensa Nacional, de acuerdo al artículo 15 de la ley que comentamos.

Ahora bien, de la lectura integral al artículo 10 de la Norma Suprema se desprende que la propia Constitución establece el derecho de los gobernados a poseer armas dentro de su domicilio —con las restricciones ya anotadas—, pero de la última parte del mismo se advierte la posibilidad de que los particulares puedan portar armas bajo ciertas condiciones en lugares distintos al domicilio, confiándose de nueva cuenta a la legislación secundaria federal el determinar los casos, condiciones, requisitos y lugares en que los habitantes pueden portar armas fuera de sus domicilios.

En este caso, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos desarrolla en su capítulo III las condiciones, lugares y requisitos para la portación de armas fuera del domicilio, para lo cual los particulares deberán contar con la licencia correspondiente legalmente emitida (artículo 24).

Como antecedentes históricos del artículo que comentamos podemos señalar que este dispositivo fue tomado por el Constituyente de 1917 del texto del correlativo numeral 10 de la Constitución de 1857, profundamente inspi-

¹¹⁴ La reglamentación de la posesión de armas de fuego es en consecuencia una materia exclusivamente federal.

¹¹⁵ Aun cuando respecto a esta ningún Estado de la federación sostiene alguna de tales fuerzas.

rada a su vez tanto en los principios doctrinarios subyacentes en la Constitución de los Estados Unidos de América, como en su propio texto expreso que en su segunda enmienda, garantiza el derecho del pueblo estadounidense a tener y portar armas en los términos que a continuación se consignan:

Artículo II.—Siendo necesaria para la seguridad de un Estado libre una milicia bien organizada, no se coartará el derecho del pueblo a tener y portar armas.

A su vez, conviene señalar que en el *Bill of Rights* inglés de 1689, ya se prescribía el derecho de los súbditos protestantes a poseer armas, para la defensa de su hogar, según su numeral VIII, que nos permitimos reproducir:

Que todos los súbditos protestantes pueden poseer armas para su defensa. De acuerdo con sus circunstancias particulares y en la forma que autorizan las leyes.

Ahora bien, como ya dijimos, este derecho elevado a rango constitucional fue retomado por el constituyente de 1917 del correlativo artículo 10 de la Constitución Federal 1857, cuyos constituyentes se encontraron fuertemente inspirados en los principios liberales, entre otros de la revolución de independencia de los Estados Unidos de América.

Al respecto consideramos importante destacar el contenido del artículo 10 de la Constitución liberal de 1857:

Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibidas y la pena en que incurren los que las portaren.

De la transcripción anterior apreciamos que ya desde 1857 fueron definidas las principales características subyacentes del derecho fundamental que hemos venido analizando, esto es, su carácter universal, su teleología, en cuanto al fundamento racional del mismo, relativo a la protección de la seguridad personal y legítima defensa del portador, así como la limitación conferida a la ley secundaria en cuanto a las armas cuya posesión o portación resulta ilícita, principios que son retomados en el texto original que del citado precepto aprobó el Constituyente de 1917:

Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía.

De los preceptos ya transcritos, podemos desprender una significativa diferencia con respecto al texto actual del artículo 10 que comentamos, el cual deposita como una potestad exclusivamente de los poderes federales determinar las condiciones legítimas para la posesión y portación de armas, materia que en los textos antes transcritos no se encontraba, como ahora, reservada a los Poderes de la Unión.

ARTÍCULO 11

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto, u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

COMENTARIO

Este dispositivo se ocupa de la libertad de tránsito garantizada por virtud del mismo para todos los habitantes de la República Mexicana, derivado de este ordinal cuentan con el derecho fundamental de entrar y salir libremente del país, así como de recorrerlo o bien cambiar su lugar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconductos, y cualquier documento similar.

Algunos autores denominan como "libertad de tránsito" el derecho fundamental consignado en este dispositivo, entre éstos Ignacio Burgoa, quien en su obra las *Garantías Individuales* refiere que este derecho se encuentra consignado precisamente en el artículo que comentamos, mismo que define en la siguiente forma:

[...] la libertad de tránsito, tal como está concebida en dicho precepto de la Ley Fundamental, comprende cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio de la República, la de salir del mismo, la de viajar dentro del Estado mexicano y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de estas libertades por parte del gobernado o titular de la garantía individual de que se derivan, es absoluto o mejor dicho, incondicional, en el sentido de que para ello no se requiere de carta de seguridad, o salvoconducto (es decir, el documento que se exige por una autoridad a alguna persona para que pueda pasar de un lugar a otro sin reparo o peligro, pasaporte (sea el documento que sea a favor de un individuo y que sirve para identificarlo y autorizarlo para penetrar a un sitio determinado) u otros requisitos semejantes.¹¹⁶

¹¹⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo*, p. 284.

Así, nuestro citado autor sostiene que el derecho fundamental contenido en el artículo que comentamos se disgrega en cuatro aspectos o libertades: de ingresar al territorio nacional, de salir del mismo, de trasladarse en su interior, así como de cambiar de residencia o domicilio, sin que el Estado pueda poner trabas u obstaculizar el ejercicio de este derecho, lo que no quiere decir que se encuentre impedido para reglamentar o establecer modalidades o restricciones a los medios de transporte¹¹⁷ a través de los cuales pretenda hacerse este desplazamiento.¹¹⁸ Por otra parte, tampoco estamos totalmente de acuerdo con lo asentado por el Dr. Burgoa respecto a la incondicionalidad de esta garantía, puesto que, como se explicará con mayor detalle más adelante, el propio texto constitucional establece las posibles restricciones que al ejercicio de este derecho puede oponer el poder público.

Don Juventino V. Castro nos dice que los tres tipos de documentos a que se hace mención en el artículo que comentamos (carta de seguridad, pasaporte y salvoconducto), solamente pueden ser entendidos atendiendo al contexto histórico previo a la vigencia de la Constitución de 1857, señalando por ejemplo, y por cuanto hace a la aludida carta, que ésta era un documento exigido los extranjeros que elevaran alguna petición a las autoridades mexicanas, por lo que si alguno de éstos formulaba alguna petición a las autoridades mexicanas, sin exhibir tal documento, esa sola omisión liberaba a las autoridades de la obligación de atender tal petición. Nuestro citado

¹¹⁷ El Poder Judicial de la Federación ha suscrito este criterio, evidente en la tesis con registro: 200,219; del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

VEHÍCULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTÍCULOS 7º, FRACCIÓN VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLÓGICA PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CONTAMINACIÓN GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTICULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRANSITO.—Los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones a la circulación de vehículos automotores en el Distrito Federal y su zona conurbada, ello no implica que se esté coartando al gobernado la posibilidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área especificada, habida cuenta que la garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía del libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.

¹¹⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, p. 285.

autor nos ilustra también al señalar que el Constituyente de 57 consideró que tales requisitos en nada favorecían la imagen exterior del país, determinándose su eliminación del texto de la citada Carta Fundamental, lo que fue retomado por el Constituyente de 1917.¹¹⁹

Como ya apuntamos, del dispositivo en comento no se puede desprender sin embargo una garantía tan absoluta que por ejemplo faculte a los extranjeros a ingresar y permanecer el país, sin contar con la autorización que los faculte para la realización de las actividades que vengan a desempeñar, ya sea turísticas, profesionales, académicas, de investigación, etc.,¹²⁰ por ejemplo, aun cuando el texto constitucional hace referencia expresa al pasaporte, lo cierto es que en la actualidad éste es un documento exigido a los extranjeros que deseen ingresar al país,¹²¹ como lo señala ya Juventino V. Castro en la obra que hemos venido mencionado, en la cual incluso refiere como un anacronismo del texto constitucional la referencia que en el mismo se hace a la no obligatoriedad del pasaporte, por no corresponder este texto a la realidad nacional, e incluso refiere que en todo caso, el derecho que tendría que desprenderse del texto que comentamos es de los nacionales mexicanos a que les sea expedido un documento de identidad nacional, que les permita ingresar a otros Estados extranjeros, es decir, su derecho al pasaporte.¹²²

Ahora bien, los límites de esta prerrogativa constitucional se encuentran de igual forma determinados por el propio texto que comentamos, que señala como restricciones legales al ejercicio de este derecho las determinaciones que dentro de su ámbito competencial tomen los órganos judiciales competentes, en las materias civil y penal, así como las que de carácter administrativo dicten las autoridades migratorias o de salubridad.

¹¹⁹ Castro, Juventino V., *op. cit.*, p. 109.

¹²⁰ Al respecto puede consultarse el capítulo III de la Ley General de Población, que establece, por ejemplo, las facultades de la Secretaría de Gobernación para determinar el número de inmigrantes extranjeros cuyo ingreso sea permitido en el país, las condiciones de su residencia, actividades profesionales, dando preferencia a las científicas, etc. (arts. 32-34), asimismo los artículos 41, 42, 44 y 48 establecen las categorías de ingreso al país, en no inmigrante, turistas, transmigrante, visitante, ministro de culto o asociado religioso, asilado político, refugiado, estudiante, visitante distinguido, visitante local, visitante provisional, corresponsal, e inmigrantes, cuyas características definas por el artículo 48 son: rentista, inversionista, profesional, cargos de confianza, científico, técnico, familiares, artistas, deportistas y asimilados.

¹²¹ Así, el artículo 62 de la Ley General de Población establece los requisitos que debe cubrir un extranjero que desee internarse en el país, entre los que destaca un documento de identificación (fracción IV) que bien podría ser el pasaporte.

¹²² CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, p. 109.

En lo concerniente a las restricciones en materia migratoria, se reiteran las consideraciones al respecto expuestas anteriormente, por lo que a continuación nos ocuparemos en términos someros sobre las limitaciones que a este derecho pueden derivarse del ejercicio de las facultades de los órganos jurisdiccionales.

Así, por ejemplo, conviene destacar el arraigo domiciliario (elevado a nivel constitucional en el artículo 16), por virtud del cual, se puede limitar el libre desplazamiento de una persona, confinándola al sitio específico de arraigo, aun cuando sobre ella no exista una orden de aprehensión, ni mucho menos un auto de formal prisión.

Conforme al artículo 16 de la Constitución, el arraigo puede ser determinado bajo los siguientes supuestos:

- a) A solicitud del Ministerio Público;
- b) En casos de delincuencia organizada;
- c) Bajo las condiciones y formalidades establecidas en la ley secundaria;
- d) Por un plazo máximo de 40 días, susceptible de prorrogarse cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que lo originaron;
- e) Y siempre que ello sea necesario para la debida conducción de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado pudiera sustraerse de la acción de la justicia.

El artículo 18 de la Constitución General de la República constituye el fundamento de la prisión preventiva, que puede ser considerada como otra restricción —constitucionalmente prevista— al derecho fundamental que comentamos; de igual forma debemos destacar la ejecución de una orden de aprehensión, el auto de formal prisión, así como las figuras de la detención y retención, figuras todas estas previstas en el artículo 16 constitucional y por virtud de las cuales se puede limitar la libertad de tránsito del gobernado, aun cuando no se le hubiera dictado una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad.

Ampliando en este tema, el Dr. Burgoa, en su tan citada obra, señala:

[...] en primer lugar por lo que toca a las autoridades judiciales, éstas están autorizadas por nuestra Constitución para prohibir a una persona, verbigracia, que salga de determinado lugar o para condenar a una persona a purgar una pena privativa de libertad dentro de cierto sitio (pena impuesta como consecuencia de la perpetración de un delito: confinamiento, relegación, prisión artículos 25 a 28 del Código Penal) [p. 400].

Por su parte, Juventino V. Castro hace referencia al arraigo civil, por virtud del cual se impide a una persona a abandonar un lugar, salvo el caso de que deje un representante debidamente instruido y expensado.¹²³

En lo relativo a las limitaciones que pueden derivarse en materia de salubridad, hay que destacar el texto de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución, en relación con el Consejo de Salubridad General, que depende directamente del presidente de la República, que tiene facultades para dictar disposiciones de carácter general y obligatorio. Asimismo en el citado ordinal se faculta al Secretario de Salud para dictar las medidas preventivas indispensables en caso de epidemias graves o invasiones de enfermedades exóticas; disposiciones que se explican en función de la gran importancia que reviste actuar con prontitud —aun incluso en detrimento de garantías constitucionales de los individuos— en esta clase de contingencias, a fin de evitar la propagación de tales enfermedades y por ende situaciones que además de afectar la salud de la población tendrían consecuencias económicas, políticas, sociales, de gran relevancia. En estas condiciones la salubridad general es indiscutiblemente un asunto de seguridad nacional.

Un ejemplo reciente del ejercicio de esta facultad se contiene en el decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de abril de 2009, con motivo de la propagación de una enfermedad entonces más o menos desconocida que en sus primeros días fue incorrectamente llamada “gripe porcina”, o bien en su denominación correcta influenza AH1N1, por virtud del cual el titular del Poder Ejecutivo Federal facultó al Secretario de Salud a implementar en caso de necesidad una serie de medidas ejecutivas tales como el eventual aislamiento de personas, inspección de pasajeros, el ingreso a domicilios y establecimientos para combatir la propagación de la epidemia, distribución de medicamentos y servicios de salud, importación de éstos y en términos generales de cualquier equipo necesario para el control sanitario, sin necesidad de agotar procedimiento administrativo alguno, ni limitaciones en los montos de los recursos que tuvieran que ser ejercidos para tales efectos, dictar medidas para evitar conglomeraciones de personas e incluso la clausura de establecimientos, reglamentación de la transportación terrestre, aérea y marítima, disponiendo de los medios de transporte a cargo del Estado y de servicio público cualquiera que sea su régimen legal, etcétera.

El decreto en comento evidencia los términos amplios en que puede autorizarse al Secretario de Salud en caso de una emergencia sanitaria, la

¹²³ CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, p. 110.

implementación de medidas extraordinarias para combatir la misma, pudiendo incluso acceder sin el consentimiento de los particulares a domicilios, locales, clausurar los mismos, restringir o suprimir las conglomeraciones, etc., todo ello en contraposición con una serie de dispositivos constitucionales (artículo 16, en cuanto a la inviolabilidad del domicilio, las órdenes de clausura debidamente fundadas y motivadas, la libertad de reunión tutelada en el artículo 9, la libertad de tránsito, artículo 11, etc.), que la propia Constitución acepta puedan restringirse cuando se den supuestos de emergencia nacional como el que indudablemente constituye el riesgo de una epidemia.

Ya que hemos traído a colación el texto del decreto del 24 de abril de 2009, habría que señalar que no faltaron juristas que pusieran en duda la constitucionalidad del mismo, alegando que en todo caso debía haberse constituido el Consejo de Salubridad General a que alude la base primera de la fracción XVI del citado artículo 73 constitucional, el cual debe indefectiblemente ser encabezado por el presidente de la República, y que en todo caso la implementación de medidas ejecutivas por parte del secretario de Salud debía ser inmediata, sin necesidad de la emisión de este decreto, conforme a la base segunda de dicho numeral, sin perjuicio de que éstas fueran posteriormente sancionadas por el presidente. Al respecto a juicio del que esto escribe, objeciones como las señaladas carecen de relevancia constitucional cuando se está frente a riesgos como el que representa la propagación de una epidemia, máxime que en realidad el Decreto en comento no excedió en sus términos los de por sí amplios márgenes que naturalmente debe conceder al respecto el artículo 73 fracción XVI de la Constitución, no siendo a mi juicio relevante si las medidas ejecutivas implementadas fueron previamente instruidas por el presidente, o implementadas por el secretario de Salud, pues es obvio que en ambos casos dichos servidores públicos cuentan con facultades para ello, siendo esto lo verdaderamente relevante en esta clase de contingencias. En estos casos lo que podría ser relevante es la integración del Consejo de Salubridad General, que evalúe y dé certeza de la situación de emergencia, para prevenir eventuales abusos, en este aspecto se insertó una crítica de mucho valor constitucional sobre este decreto, sosteniendo algunos juristas la inconstitucionalidad del mismo, en razón de que con éste se pretendía legitimar a la Secretaría de Salud a realizar diversas acciones que en la práctica implicaban la restricción de garantías constitucionales (como ya se dijo, inviolabilidad del domicilio, libertad de tránsito, reunión etc.), sin que sin embargo se hubiera seguido el procedimiento al efecto establecido en la Constitución para estos efectos, esto es, la suspensión de garantías a que se refiere el propio artículo 29 de la Constitución.

Sin embargo este numeral pareciera no estar directamente relacionado con la atención de crisis sanitarias, sino más bien con perturbaciones a la paz pública; por otro lado, resulta innegable que nuestro diseño constitucional sí autoriza a las autoridades sanitarias la implementación de medidas de emergencia que pueden incluso restringir las garantías constitucionales, sin necesidad de sujetarse al procedimiento previsto en el antes citado numeral (29 constitucional) lo que se desprende de una interpretación sistemática del texto del artículo 11 que comentamos, en relación con la fracción XVI del diverso 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo no debemos dejar de anotar que este decreto provino del presidente, aparentemente en ejercicio de facultades ordinarias, y no como titular por ejemplo del Consejo de Salubridad General, por lo que en este caso sí podrían resultar cuestionables las facultades del titular del Ejecutivo Federal para emitir un decreto de esta naturaleza, sin asumir una calidad extraordinaria, como titular del aludido Consejo, o bien sin declarar previamente un estado de excepción, en términos del artículo 29 constitucional, ello en razón de lo cuidadoso que debe serse cuando de restricciones a las libertades fundamentales de los individuos se trata.

Tocante a la garantía constitucional a la que nos referimos, esto es, la libertad de tránsito y de reunión, es evidente que este decreto tendía a la posibilidad de restricción de las mismas, puesto que permitía al Secretario de Salud acceder a los domicilios y locales de las personas, determinar del confinamiento de éstas, e incluso prohibir las conglomeraciones, cuando estimara tales medidas convenientes para combatir los riesgos reales de la propagación de la epidemia.

Por último, tocante a la presencia de extranjeros perniciosos, entendida como otra restricción a uno de los derechos fundamentales tutelados por el ordinal que comentamos, éstos pueden ser expulsados del país en términos del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin necesidad, según dicho dispositivo, de desahogar juicio o procedimiento administrativo alguno, o sea que se trataría de una expulsión de plano.

En el ámbito internacional son diversos los ordenamientos que hacen referencia a este derecho a la libertad de tránsito, que por ejemplo se consigna en el artículo 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de la que es parte el Estado mexicano:

Artículo 22.—Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Como se podría advertir, el texto transcrito se inserta dentro de la tradición liberal occidental, propia de los sistemas jurídicos americanos, con influencia tanto neoromanista, como nuestro sistema jurídico y desde luego anglosajona, en cuanto al reconocimiento de una serie de derechos mínimos fundamentales a favor de los gobernados, los cuales se encuentran consignados en documentos legales de la mayor jerarquía (en este caso, una convención, constituciones, *bill of rights*, etcétera).

Los numerales 1 y 2 del dispositivo en cita coinciden con el texto del artículo 12 de nuestra Constitución en cuanto a garantizar el derecho a la libertad de tránsito, entendido como la potestad para establecer su residencia dentro del Estado parte de que se trate, la libre circulación dentro del mismo, así como a salir de éste, separándose de nuestro texto constitucional en cuanto a que en la Convención no se tutelan otros aspectos de la libertad de tránsito que se contienen en nuestra Norma Fundamental, esto es, el ingreso al territorio nacional, así como el cambio del domicilio o residencia dentro del mismo.

Los numerales 3 y 4 de igual forma establecen restricciones al ejercicio de este derecho, relativas a la prevención de infracciones penales, equivalen-

te en nuestro texto a las facultades que el artículo 12 da a las autoridades jurisdiccionales para la restricción de este derecho, así como a cuestiones de seguridad nacional y salud pública, aspectos que de nueva cuenta coinciden, sobre todo el segundo, con nuestro texto constitucional, que aun cuando establece como motivos de restricción a este derecho amenazas a la seguridad pública, tales motivos se desprenden de una interpretación armónica de dicho numeral con otras disposiciones constitucionales, tales como el artículo 29 relativo a la suspensión de garantías.

Otra distinción la encontramos en que mientras nuestro dispositivo establece restricciones en materia migratoria, la Convención no hace mención alguna al respecto, sin embargo ésta si establece como motivo de restricción la protección a la moral pública, noción por demás subjetiva, que atinadamente no se establece en nuestro texto constitucional.

Asimismo, consideramos conveniente destacar el contenido del numeral 6 del artículo 22 de la Convención, que establece como un derecho de los extranjeros a no ser expulsados del Estado en el que legalmente se encuentren, sino a través de las formalidades legales correspondientes, lo que a juicio del que escribe entraña la obligación de los Estados parte de la Convención de no realizar expulsiones sumarias, sino a través de un procedimiento definido en normas legales, lo que no pareciera encontrarse en consonancia con nuestro artículo 33 constitucional, en tanto que éste permite al Ejecutivo Federal realizar expulsiones inmediatas de extranjeros cuya presencia en el país encuentre nociva, sin necesidad de desahogar ninguna clase de juicio, aspecto del que sin embargo nos ocuparemos al momento de comentar la referida disposición constitucional.

Otros instrumentos del derecho internacional se han ocupado del derecho a la libertad de tránsito; tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la que nuestro país de igual forma es parte, y al tratar este derecho fundamental, establece lo siguiente:

Artículo 13.—

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La declaración, evidentemente no podía establecer como una prerrogativa universal de los individuos el acceso al territorio de los Estados parte, puesto que una pretensión así traería como consecuencia el rechazo de los Estados que establecen una serie de requisitos previos para el ingreso de

extranjeros al territorio nacional (pasaportes, visas, etc.), además aquellos que sufren de presiones migratorias importantes tampoco aceptarían fácilmente una pretensión así. Sin embargo esta declaración sí reconoce como un derecho universal el de la libre circulación dentro del territorio del Estado en que se encuentre, el establecimiento y elección de su residencia —lo que implica el derecho a cambiar la misma—, así como de salir del país en que se encuentre y regresar al propio.

Aquí valdría la pena reflexionar si restricciones como las impuestas a su población por el gobierno estadounidense para visitar Estados extranjeros, como el cubano, no se contraponen con el texto de esta declaración, puesto que es evidente la restricción a salir del Estado nacional, cuando la misma se condiciona a que no se visiten determinados Estados o países cuya visita pudiera ser del eventual interés del individuo de que se trate, lo mismo aplica al caso del gobierno de Cuba en cuanto a las restricciones que de la misma naturaleza impone a sus ciudadanos.

ARTÍCULO 12

En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas ni honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados en otro país.

COMENTARIO

Esta es una prescripción eminentemente republicana, de la que se desprende indudablemente el principio de igualdad entre los individuos, que de igual forma subyace en los artículos 1º y 4º de la Constitución, que impone en consecuencia al Estado la obligación no hacer distinción alguna por motivos de origen, etnia, preferencias, nacimiento, etc., ni reconocer ninguna clase de prerrogativas o privilegios que se deriven de tales particulares, sin que en esta noción deban incluirse las evidentes necesarias establecidas en la Constitución, para tutelar los derechos de los grupos minoritarios o socialmente más débiles, puesto que éstas, además de dar identidad social al Estado mexicano, permiten —aunque sea de forma teórica— igualar mediante la protección del derecho a los desiguales, es decir, a aquellos que se encuentran en una situación fáctica de desventaja social, de género, cultural, económica, etcétera.

Asimismo es dable sostener que la existencia de este dispositivo constitucional, obedece evidentemente al desarrollo histórico de nuestro país, toda vez que remontándonos por ejemplo a la época colonial en ésta eran frecuentes el otorgamiento de distinciones mediante reconocimientos reales y títulos nobiliarios, que generalmente traían aparejados desmedidos privilegios, que se hacían valer desde luego en detrimento de la población, lo que motivó que paulatinamente tales privilegios fueran siendo eliminados desde el inicio de la guerra de independencia, consagrándose finalmente esta prescripción en el texto del artículo 12 de la Constitución de 1857.

Así por ejemplo, en el bando del 6 de diciembre de 1810 de don Miguel Hidalgo y Costilla, en su artículo segundo, se prohibía el pago de tributos respecto a las castas que los soportaban, así como cualquier exacción impuesta a los indios; asimismo en los elementos constitucionales de don Ignacio López Rayón que sucediera a Hidalgo en la dirección del movimiento independentista, se reconocía el derecho a la igualdad mediante la elimina-

ción de privilegios derivados de la cuna u origen al quedar expresamente prohibida cualquier distinción pública con motivo del linaje:

Artículo 25.—Al que hubiera nacido después de la feliz independencia de nuestra Nación, no obstan sino los defectos personales, sin que pueda oponérsele la clase de su linaje; lo mismo deberá observar con los que representen graduación de Capitán arriba, o acrediten algún servicio a la Patria.¹²⁴

En el proyecto político del generalísimo don María Morelos y Pavón conocido como Sentimientos de la Nación, se establece el principio de igualdad en los términos que venimos comentando en los artículos 13 y 15, respecto a la abolición de castas y la distinción únicamente en función del mérito personal, así como a través de la eliminación de distinciones a favor de cuerpos privilegiados, subsistiendo éstos solamente en función del ejercicio de un ministerio:

Artículo 13.—Que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo lo sean en cuanto el uso de su ministerio.

Artículo 15.—Que la esclavitud se proscriba para siempre y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud.

Principios que fueron retomados en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814:

Artículo 4.—Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera.

Este dispositivo, además de depositar en los ciudadanos la soberanía nacional, como fundamento para la Constitución del gobierno a favor del pueblo, al determinar que éste no se establecía para honra o satisfacción de intereses particulares o de alguna familia, entrañaba el principio de igualdad que venimos comentando, en tanto que el gobierno solamente encuentra razón de existir en función de la satisfacción de la felicidad de los individuos

¹²⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Editorial Porrúa, México, p. 26.

y no así para favorecer a determinados intereses, grupos o incluso familias, quedando en consecuencia eliminados privilegios en función del linaje u origen, prescripción que se hace expresa en el artículo 25 del documento constitucional que comentamos:

Artículo 25.—Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios; y así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado.

De nueva cuenta este dispositivo retoma el principio de la abolición de cualquier distinción entre los individuos que no esté fundada en el mérito personal, y aún éstas no podrán tener carácter de hereditario proscribiendo aquellos privilegios que pretendan derivarse de origen, linaje o nacimiento.

Los privilegios hereditarios fueron restablecidos (mejor dicho conservados) en los primeros años del México independiente, al adoptar la monarquía constitucional hereditaria como forma de gobierno (artículo 5º de las bases constitucionales del 24 de febrero de 1822), además de respetarse por virtud del artículo 16 las distintas clases del Estado, en sus respectivas distinciones, siendo facultad del emperador otorgar toda clase de honores y distinciones según el numeral décimo cuarto del artículo 30 del ordenamiento en cita.

En la Constitución de 1824 se adopta la forma republicana de gobierno, que ya no se perdería salvo el breve periodo del Imperio de Maximiliano, por lo que los privilegios hereditarios en los términos que hemos venido hablando ya no fueron aceptados en ningún texto constitucional, incluso, en el artículo 3º, fracción V, de la primera ley constitucional, de las denominadas Siete Leyes de 1836, se establecía la pérdida de la cualidad de mexicano por aceptar condecoraciones de gobiernos extranjeros sin autorización del gobierno nacional.

Ya la Constitución de 1857 definió la abolición de privilegios y prerrogativas de origen, además del reconocimiento de títulos de nobleza bajo los principios ya retomados en el artículo que comentamos:

Artículo 12.—No hay, ni se reconocen en la República títulos de nobleza ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Solo el pueblo, legítimamente representado puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado o presten servicios eminentes a la Patria o la humanidad.

En cuanto a la doctrina queremos destacar lo apuntado sobre este precepto constitucional por don Juventino V. Castro, quien en su obra *Garantías y*

Amparo desprende de igual forma del texto del artículo que comentamos el germen del principio de igualdad en los términos que por su claridad nos permitimos transcribir:

El artículo 12 constitucional reconoce una igualdad de las personas en su aspecto social, lo que trae aparejada una consecuencia capital: la negativa a reconocer y otorgar privilegios o prerrogativas a unas personas —los nobles, o sea a aquello a los que se considera principales en cualquier línea— que son negados a otros —los plebeyos, o sea los que pertenecen al llamado estado llano— situación tradicional que colocaba jurídicamente a los primeros por encima de los últimos. Esto rompía totalmente el orden jurídico que pretende establecer y mantener un Estado de Derecho, sea el *rule of law* de los anglosajones.¹²⁵

Por su parte el célebre Ignacio Burgoa sostiene, respecto al derecho de igualdad que se desprende del artículo que comentamos, lo siguiente:

La prevención constitucional transcrita implica la negación de la diferencia entre los individuos integrantes de la población mexicana proveniente de una artificiosa jerárquica social. En México, en atención a tal precepto de nuestra Ley Fundamental, ninguno es noble ni plebeyo; todos los hombres están colocados en una situación de igualdad social. Todo Individuo, como persona humana tiene los mismos derechos, la misma capacidad jurídica. En la vida social, dentro de los usos y convencionalismos sociales no existen en nuestro país privilegios y prerrogativas para un grupo. Todo hombre, humilde o potentado, es susceptible de ser objeto del mismo trato social. Por tal motivo, el artículo 12, al prohibir la concesión del título de nobleza tácitamente proscribire las prerrogativas y privilegios de que gozaba en otros tiempos los individuos pertenecientes a un grupo social favorecido.¹²⁶

Todo lo anteriormente expuesto no debe traducirse en que en nuestro país no se guarden las consideraciones diplomáticas que conforme a los tratados internacionales deban dispensarse a legatarios de otros países que posean títulos nobiliarios o aun a los representantes o jefes de Estado, como en el caso de los reyes, sin embargo tales consideraciones se les proveen más que por sus títulos nobiliarios, por la representación estatal que ostentan.

Por último habría que anotar que los mexicanos pueden recibir e incluso portar reconocimientos por parte de gobiernos extranjeros, en los términos autorizados por las leyes nacionales, siempre que no entrañen sumisión a tales gobiernos, además de que por regla general tales condecoraciones se

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 234.

¹²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, p. 278.

derivan del mérito personal del que las recibe, no implican privilegios de origen, que en todo caso no serían reconocidos por el Estado, ni tienen generalmente el carácter hereditario.

En este sentido conviene destacar que conforme al contenido del inciso c) fracción II del artículo 37 de la Constitución de la República, es causa de pérdida de la ciudadanía mexicana el aceptar y usar títulos nobiliarios, o bien condecoraciones extranjeras, cuando en este último caso, no se cuente con la previa autorización del Congreso de la Unión conforme a las leyes secundarias respectivas.¹²⁷

Lo anterior quiere decir que mientras la aceptación o uso de títulos nobiliarios por parte de gobiernos extranjeros tiene como consecuencia indefectible la pérdida de la ciudadanía mexicana, en los casos de condecoraciones por parte de potencias extranjeras que no entrañen tal carácter, los ciudadanos mexicanos pueden aceptar e incluso usar las mismas, cuando se cuente con la previa autorización del Congreso de la Unión, ya sea expresa o tácita, según lo dispuesto por las leyes secundarias, a las que nuestro texto constitucional confía la reglamentación de estas autorizaciones, que pueden hacerse incluso de forma expresa, o bien tácita, determinando las citadas leyes secundarias, en qué casos se podrá asumir que se cuenta con tal autorización en el supuesto del que el Congreso de la Unión se abstenga de emitir una respuesta expresa a la solicitud que sobre el particular le sea formulada por un ciudadano mexicano, casos en los cuales se entiende autorizado para aceptar y usar condecoraciones emitidas por gobiernos extranjeros.

¹²⁷ Incluso, conforme al citado artículo 37 constitucional, el mero silencio del Congreso, puede en los casos que las leyes dispongan configurar una serte de afirmativa ficta, respecto a la solicitud para recibir y usar condecoraciones extranjeras.

ARTÍCULO 13

Ninguna persona puede ser juzgada por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrá extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

COMENTARIO

Del texto de este dispositivo se desprenden varios aspectos, de la mayor relevancia que consideramos importante destacar, a efecto de ocuparnos en lo particular de cada uno de éstos, así tenemos que del artículo que comentamos se desprenden los siguientes principios, traducidos en derechos subjetivos públicos:

a) La prohibición expresa de juzgar a los ciudadanos mediante leyes privativas o tribunales especiales.

b) La prohibición del establecimiento o subsistencia de fueros especiales, ya sea a favor de personas particulares o corporaciones.

c) Subsistencia del fuero de guerra para delito del orden militar o que atenten contra la disciplina castrense.

d) La prohibición de extender el fuero de guerra a personas que no pertenezcan al Ejército, aun en los casos en que en un delito militar estuviera complicado un "paisano".

Para atender el aspecto que marcamos con el inciso a) conviene en primer término establecer lo que entendemos por leyes privativas, y tribunales especiales, comprendiéndose por lo primero aquella disposición legal que no tiene el carácter de impersonalidad, generalidad y abstracción característica de las normas legales en sistemas que se insertan, como el nuestro, dentro de la tradición occidental. Así, serán leyes privativas aquellas dirigidas a un individuo, corporación en lo particular o a un número determinado de personas. Por otra parte, tribunales especiales son definidos como aquellos

creados ex profeso para juzgar un determinado suceso con efectos jurídicos, acontecido con antelación a la creación del mismo.

Para Ignacio Burgoa, una ley privativa no puede técnicamente tener el carácter de ley, precisamente por no carecer de los atributos ya señalados, que constituyen la nota distintiva de éstas (generalidad, abstracción e impersonalidad).¹²⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a lo largo de su historia los aspectos fundamentales que dan la nota característica de lo que puede ser considerada como ley privativa. Al respecto resulta ilustrativa la siguiente jurisprudencia:

ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DEL ESTADO DE NAYARIT. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY RELATIVA NO CONSTITUYE UNA LEY PRIVATIVA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que las leyes privativas a que alude el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son las que se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y que pierden su vigencia después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 19 de la Ley del Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Nayarit, que establece que durante el año siguiente a la conclusión de su ejercicio el auditor general estará impedido para ocupar algún cargo de elección popular local, así como para desempeñar empleo, cargo o comisión dentro de alguna de las entidades o dependencias de los sujetos de fiscalización, no constituye una ley privativa de las prohibidas por el mencionado precepto constitucional, pues al estar dirigido a la persona que llegue a ocupar ese cargo, no puede considerarse que esté encaminado a una persona nominalmente designada, ni que se hayan tomado criterios subjetivos para determinar al destinatario.

Controversia constitucional 52/2003. Poder Ejecutivo del Estado de Nayarit. 18 de abril de 2005. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Alejandro Cruz Ramírez.

No. Registro: 177,559. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXII, agosto de 2005. Tesis: P./J. 94/2005. Página: 1437.

¹²⁸ La ley privativa no es substancial o intrínsecamente, desde el punto de vista material, una ley, aunque sólo lo sea formalmente. En efecto, toda disposición legal desde dicho punto de vista es un acto jurídico creador, modificativo o extintivo o regulador de situaciones jurídica abstractas, esto es, impersonales y generales. Por ende, el acto jurídico legislativo establece o normas que crean, modifican o extinguen o regulan de cualquier modo estados generales, BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*, Editorial Porrúa, p. 269.

La jurisprudencia anteriormente transcrita permite evidenciar que para nuestro Alto Tribunal, una ley privativa será siempre aquella dirigida a personas o corporaciones en lo particular, incluso de forma nominal, que por regla general perderá su vigencia una vez que es aplicada a la persona a la que va dirigida, con lo que adicionalmente se pierde el carácter de abstracción, generalidad, impersonalidad y permanencia de la ley; de ahí que en el caso concreto que invistió la jurisprudencia ya anotada no pudiera considerarse como una ley privativa aquella que en términos generales supusiera inelegible para ocupar un cargo público a aquella persona que durante el año previo se hubiera desempeñado como Auditor General, ello en razón de que tal ley no va dirigida a una persona concreta, nominalmente designada, sino en todo caso a todas y cada una de las personas que se ubicaran en el supuesto normativo previsto en la misma, además de que dicha ley resultaría aplicable siempre y en todos los casos en que se actualizara la hipótesis en ella prevista, de lo que se desprende su carácter general e incluso abstracto.¹²⁹

¹²⁹ Una interesante jurisprudencia en la que la Corte trata con profusión el concepto de leyes privativas es la siguiente:

“LEYES PRIVATIVAS, CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE.—El artículo 13 de la actual Constitución General de la República establece que “nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”. Este artículo 13 es idéntico al del mismo número de la Constitución de 1857 que prohibió, en iguales términos ser juzgado por leyes privativas y por tribunales especiales. La génesis de esta disposición constitucional mexicana puede encontrarse en el artículo 3º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, que instituyó, por vez primera, como garantía de la persona humana, que la ley “debe ser la misma para todos”. Está fuera de toda discusión que la Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787, no incluyó, entre sus cláusulas más importantes, el capítulo relativo a los derechos del hombre. No es sino hasta las Enmiendas que sufre posteriormente, cuando se establece como derecho individual público, la igualdad ante la ley, llegando a consignar en su Enmienda 14, que “ningún Estado podrá negar, a persona alguna bajo su jurisdicción, la igual protección de las leyes”. La Constitución de Apaztzingán del 22 de octubre del año de 1814, recoge estos principios de las Constituciones de Francia y de los Estados Unidos de América, y lo dispuso, así, en su artículo 19, que la ley debe ser igual para todos, principios respetados y conservados, después, tanto en el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 25 de agosto de 1842, como en el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente y en el segundo proyecto de Constitución, del 2 de noviembre de aquel año de 1842, al través de las prescripciones contenidas, respectivamente, en sus artículos 7º, fracción II, 5º, fracción XV y 13 fracciones I y III, que mantienen el derecho fundamental del individuo a la protección concretada en la generalidad de la ley. Sembrada la idea de que todos deben ser iguales ante la ley, o bien, proscrita la aplicación de las leyes privativas, su aceptación en documentos internacionales se imponía. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, con obligatoriedad para todos los países que han suscrito, determinó en su artículo 7º que “todos son iguales ante la ley y tienen derecho, sin distinción, a igual protección de la ley”.

Asimismo, la Corte ha distinguido las leyes privativas proscritas por el artículo 13 de la Constitución de las leyes especiales, en tanto que las primeras, además de ser dirigidas a personas o grupos nominalmente designados, pierden su vigencia con su mera aplicación, caso que no se da en las leyes

La coincidencia no sólo conceptual, sino también terminológica de los artículos 13 de las mexicanas Constituciones de 1857 y 1917, justifica conocer la interpretación, sentido y alcances que se dio a la expresión ley privativa en la primera de esas Leyes Fundamentales, para después orientar la noción de la ley privativa en la doctrina y en la Constitución mencionada en segundo lugar. Vallarta, en sus "Votos", tomo III, páginas 67 a 72, fijó con toda nitidez el concepto de la ley privativa en estos términos: "[...] no puede tenerse como privativas aquellas leyes que se refieren sólo a determinada clase de personas, en razón de las circunstancias especiales en que se encuentran, y por esto nadie califica de privativas a las leyes sobre los menores, los incapacitados, los comerciantes, los quebrados, los militares, etc., y todas las razones que no necesito exponer, que se oponen a que se haga esta calificación de tales leyes, existen para que tampoco se llame privativo al impuesto sobre fabricantes, propietarios, agricultores mineros, exportadores, etcétera. Después de esas ejecutorias no es ya lícito venir ante los tribunales a negar la constitucionalidad de un impuesto, únicamente porque él no pesa sobre todos los contribuyentes, sino sólo sobre determinada industria, giro propiedad, etcétera; por la sola razón de que no siendo general la ley que lo establece, es privativa y en consecuencia contraria al artículo 13 de la Constitución". La doctrina de Vallarta es tan convincente, que basta para ello fijar la atención en que expresamente consideró que no puede llamarse ley privativa a las que decretan sobre fabricantes, propietarios, agricultores, mineros, como tampoco tienen ese carácter las leyes impositivas que estatuyen impuestos, no sobre todos los contribuyentes, sino sólo sobre determinada industria, giro, propiedad. Por otra parte Coronado, en su obra *Derecho Constitucional Mexicano*, página 31, 1887, también hace una interpretación doctrinaria del artículo 13 de la Constitución de 1857, sosteniendo que "La ley, pues, tiene carácter de generalidad; y aun cuando se refiera a persona determinada, como las que habitan de edad a un menor o declaran electo a un funcionario, no hacen mas que reconocer una condición que se relaciona con el orden social pero entrañan un precepto común, obligatorio para todos. Así también, las leyes que otorgan ciertos beneficios a las mujeres, a los menores, etcétera, por razones de clara justicia no quitan a la solemne declaración legislativa su sello de generalidad". Doce años antes de la promulgación de la Constitución de 1917, esto es, en 1905, Gonzalo Espinosa publicó sus *Principios de Derecho Constitucional*, tomo I, página 299 y 302, y sus comentarios al artículo 13 fueron de esta índole: "[...] de este texto tan claro de la Declaración, se pretende concluir que esta proclama la igualdad material o económica o aún intelectual de los hombres, y así, sujetarlos a una especie de nivelación general establecida por la fuerza, que sería la negación misma de todos los derechos. Para que se comprenda nuestra idea, haremos presente que la condiciones de todos los seres en la sociedad no son las mismas bastando para comprobar este hecho que no todos están dotados igualmente de inteligencia y voluntad, ni tampoco su desarrollo moral es el mismo; de esto resulta que, para obtener, en lo posible, la igualdad ante la ley, el derecho haya introducido distintas reglas, que sería largo enumerar, ya en lo relativo a la capacidad de las personas para obligarse, ya supliendo el discernimiento, la inexperiencia, la debilidad del sexo o la edad; con la intervención de terceras personas que de algún modo hagan el que se obtenga la igualdad

especiales, en las que si bien pueden referirse a ciertas categorías de personas vinculadas por determinadas circunstancias, o actividades específicas, en primer lugar no se trata de leyes dirigidas a personas nominalmente designadas, además de que no pierden su vigencia con su mera aplicación, sino que permanecerán vigentes, y se aplicarán siempre y a todos los casos en que se actualicen los supuestos que para tales efectos se contengan en la propia ley especial.

Al respecto estimamos conveniente destacar el texto de la jurisprudencia en que se basa esta conclusión:

ante la ley". Espinosa, también, da un sentido de ley privativa que se aleja del concepto de lo universal, acercándose a las desigualdades materiales y económicas que exigen tratamientos distintos en las normaciones jurídicas o legales. En la compilación jurisprudencial anterior (1917 a 1954), reproducida por la actual; 1917-1965), la Suprema Corte de Justicia de la Nación expuso su criterio sobre lo que debe entenderse por ley privativa, consignándose en la tesis número 643, visible a páginas 1147 y 1148, lo siguiente: "Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta (es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y, se apliquen sin consideración de especie o de persona, a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto que no sean abrogadas). Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 constitucional, y aún deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad, se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas, protege el ya expresado artículo 13 constitucional". Y la misma Suprema Corte, es precedente a tesis jurisprudencial que aparece en la página 897 del tomo XXXVI del *Semanario Judicial de la Federación*, ha estimado que: "La circunstancia de que un decreto comprenda a un determinado número de individuos, no implica que se le considere privativo, pues para ello se requiere que la disposición se dicte para una o varias personas a las que se mencione individualmente, pues para las leyes relativas a cierta clase de personas, como los mineros, los fabricantes, los salteadores, los propietarios de alguna clase de bienes, etc., no son disposiciones privativas, porque comprenden a todos los individuos que se encuentra o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida". El análisis doctrinario de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conduce necesariamente a estas conclusiones: a) La ley es privativa, si la materia de que se trata desaparece después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano; b) La ley es también privativa cuando menciona individualmente (nominalmente) a las personas a las que se va aplicar; c) La ley no es privativa cuando se aplica sin consideración de especie o de personas a todos los casos que previene; d) La ley no es privativa cuando comprende a un determinado número de individuos; y e) Las leyes relativas a cierta clase de personas como los mineros, los fabricantes, los salteadores, los propietarios de alguna clase de bienes no son disposiciones privativas, porque comprenden a todos los individuos que se encuentran o lleguen a encontrarse en la clasificación establecida."

No. Registro: 388,040. Jurisprudencia. Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar Fuente: Informes Informe 1969.

CONTROLES VOLUMÉTRICOS. EL ARTÍCULO 28, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LOS ESTABLECE, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2004)—El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que las leyes privativas prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son aquellas que pierden su vigencia después de aplicarse al caso específico y que se caracterizan al dirigirse a personas nominalmente designadas; y que, en cambio, si las disposiciones de un ordenamiento tienen vigencia indeterminada, se aplican a todas las personas que se coloquen dentro de las hipótesis normativas que regula y no están dirigidas a una persona o grupo individualmente determinado, la norma colma los atributos de generalidad, abstracción y permanencia y, por ende, respeta ese precepto constitucional. En congruencia con lo anterior, el artículo 28, fracción V, del Código Fiscal de la Federación, adicionado por Decreto publicado el cinco de enero de dos mil cuatro, no constituye una ley privativa y, por tanto, no transgrede el citado precepto constitucional, en virtud de que rige para todos los sujetos dedicados a la enajenación de gasolina, diesel, gas natural o licuado de petróleo para combustión automotriz, en establecimientos abiertos al público en general; además, no se contrae a una sola persona o grupo determinado; y, por último, su vigencia es indeterminada; de ahí que dicha norma revista los atributos de generalidad, abstracción y permanencia.

No. Registro: 179,630. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXI, enero de 2005. Tesis: 2a./J. 179/2004. Página: 535.

Existen en nuestro país, sin embargo, algunos ejemplos de disposiciones que sin lugar a dudas podrían considerarse como privativas, tal fue el caso del decreto dictado por el Presidente Juárez en 1861, por medio del cual colocaba fuera de la ley a quienes responsabilizó del artero asesinato del ilustre liberal Melchor Ocampo: Félix Zuloaga, Leonardo Márquez, Tomás Mejía, José María Cobos, Juan Vicario, Liondoro Cajigas, y Manuel Lozada, quienes por virtud de este decreto perdían sus propiedades, además de ofrecerse una recompensa de diez mil pesos, a quien librara a la sociedad de esos "monstruos", además del indulto en caso de encontrarse sujeto a algún proceso penal.

El carácter privativo de esta disposición es evidente puesto que la misma iba dirigida en contra de determinadas personas (atenta contra el principio de generalidad), afectándolas directamente con la pérdida de sus propiedades (abstracción), y por su propia naturaleza, la vigencia de la misma estaría supeditada al cumplimiento de la condición que persigue, es, decir, privar de la vida a los responsables del asesinato de Melchor Ocampo.

Ahora bien, por tribunales especiales podemos considerar aquellos creados específicamente para el enjuiciamiento de personas en concreto o hechos

anteriores al establecimiento de los mismos, cuya existencia estará condicionada precisamente a tal propósito, el cual una vez obtenido, motivará la desaparición de tal tribunal.

Respecto a estos tribunales, Ignacio Burgoa, en su *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo*, p. 434, refiere:

estos no son creados por la ley que establece los órganos jurisdiccionales ordinarias o generales, sino instituidos comúnmente mediante un acto *sui generis* (decreto, decisión administrativa o legislativa formalmente hablando, etc.), en el cual se consignan sus finalidades específicas de conocimiento o injerencia (juicios por comisión). Precisamente en la delimitación de estas finalidades, un tribunal especial sólo está capacitado para conocer de uno o varios casos concretos determinados, objetivo para cuya consecución fue expresamente establecido. Por consiguiente, cuando el conocimiento de estos negocios singulares y determinados en cuanto su número concluye cabalmente, el tribunal especial deja de tener capacidad para seguir funcionando. De todo lo anteriormente expuesto se colige que un tribunal especial, así como cualquier autoridad estatal no judicial de la misma índole, por idénticas razones tiene una capacidad limitada y transitoria de conocimiento, esto es, contraria al negocio o negocios concretos y numéricamente determinados para cuyo tratamiento fue creado, de tal manera, que, terminado éste, el órgano mencionado deja de ser competente y capaz.

La Suprema Corte de Justicia, ha definido los tribunales especiales de la siguiente forma:

TRIBUNALES ESPECIALES.—Por tribunales especiales se entiende aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes; por tanto, no puede considerarse tribunal especial, al Juez que se nombre para auxiliar a otro en el despacho de todos los negocios de su competencia.

Amparo penal directo. García Alejo. 21 de octubre de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

No. Registro: 314,996. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. XXVII. Tesis: Página: 1140.

TRIBUNALES ESPECIALES. CONCEPTO DE.—Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, tribunales especiales son aquellos creados *ad hoc* para conocer de ciertos delitos o de determinados delincuentes, los Jueces de primera instancia de las diversas entidades federativas lejos de tener esas características, son autoridades constituidas conforme a la Ley Orgánica del Estado con la competencia que la ley determina para conocer y juzgar de todos los delitos comprendidos dentro de la importancia propia de la categoría a que pertenece, sin que sea obstáculo para admitir esta conclusión, la regla general contenida en el artículo 401 del código procesal del Estado

de Guerrero, que previene que es Juez competente para perseguir y castigar los delitos el del lugar en que éstos se hubieren cometido, pues tal regla sufre excepciones en los casos de conexidad de delitos y acumulación, excusa, o impedimento y otros en que se surte la competencia de Jueces distintos de la del lugar, sin que pueda estimarse que signifique violación a la garantía del artículo 13 constitucional.

Amparo en revisión 7165/36. Hernández Eustolio. 26 de febrero de 1937. La publicación no menciona el sentido de la votación ni el nombre del ponente.

No. Registro: 817,209. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Informes. Informe 1937. Tesis: Página: 92.

En el derecho internacional, fueron cuestionados como tribunales especiales, los llamados tribunales de Núremberg,¹³⁰ creados especialmente para juzgar a los criminales nazis al concluir la Segunda Guerra Mundial,

¹³⁰ Sobre este relevante tribunal de corte internacional, el profesor SEARA VÁZQUEZ, Modesto, en su *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, señala:

“Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Las condiciones particularmente terribles en que se había desarrollado la segunda guerra mundial, principalmente por parte de las potencias del Eje (deportaciones en masa, exterminación sistemática de los judíos, los campos de concentración, la violación constante de las leyes de guerra), movieron a los aliados a tomar la posición de era necesario crear una institución internacional, una corte de justicia en que los responsables directos de esos crímenes fuesen juzgados. Ya desde la declaración el 1 de noviembre de 1943, publicada en Moscú, habían hecho saber su determinación de proceder en ese sentido. Hay varias declaraciones anteriores, que tienen menos valor, pero se en el acuerdo del 8 de agosto de 1945 donde se formuló el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, con las normas relativas a su organización, competencia y procedimiento.

El Tribunal estaba compuesto de cuatro jueces, con sus respectivos suplentes, y fueron designados por Francia, Estados Unidos, Rusia e Inglaterra.

A los acusados (quince personas civiles y seis militares, y siete organizaciones calificadas como criminales), se les otorgó la garantía de defensa, pudiendo designar personalmente a sus abogados y presentar todas las pruebas que considerasen conveniente poder en conocimiento del tribunal.

Se reprocha al Tribunal el actuar en violación del principio ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’ y de ahí que tratara siempre de apoyar sus decisiones en normas preexistentes, fundamentalmente tratados que habían sido violados como resultado de la acción directa de los acusados”, pp. 414.

Es evidente que este tribunal se trata de un tribunal especial, creado ex profeso para el juicio de conductas que sucedieron de forma anterior a la institución del mismo, además de que su existencia estuvo supeditada a la duración de tales juicios. Sin embargo conviene señalar que en el ámbito del derecho internacional, atendiendo a la relevancia y gravedad de las conductas enjuiciadas (de tal importancia que deben serlo a través de instituciones internacionales, en detrimento de las autoridades locales que difícilmente pueden garantizar un enjuiciamiento adecuado), esta es una doctrina más o menos aceptada, que por otra parte se basa en principios “universalmente aceptados”, de forma tal que el infractor puede alegar desconocimiento de su propio actuar criminal.

otro ejemplo más reciente lo constituirían los tribunales especiales para la ex Yugoslavia.¹³¹

Es importante mencionar que la existencia de esta clase de tribunales en el ámbito internacional ha obedecido desde luego a la falta de un sistema permanente de enjuiciamiento criminal para perseguir y sancionar delitos en contra de la humanidad.¹³² Sin embargo, estos tribunales se han cuidado de dar legitimidad a sus decisiones, puesto que por ejemplo, en el caso de los Tribunales de la ex Yugoslavia desde su génesis se buscó la observancia de principios como el *nullum crimen sine lege*, en razón de que las conductas sancionables debían estar proscritas por el derecho internacional humanitario, que forma parte sin ninguna duda razonable del derecho internacional consuetudinario.

Establecidos los principios o aspectos que subyacen en el artículo 13 de la Constitución estamos en aptitud de concluir que en dicho precepto se contiene de nueva cuenta un principio de igualdad en tanto que garantiza a los gobernados ser juzgados por igual, sin distinción de privilegios o fueros, además de dar certeza jurídica en cuanto a proscribir el procesamiento de personas con base en leyes privativas, es decir, específicamente dirigidas éstas en lo individual, así como para juzgarlas en tribunales especiales, lo que podría impedir la imparcialidad con la que debe impartirse la justicia.

Al respecto Juventino V. Castro considera que el derecho fundamental que se desprende del artículo que comentamos es una manifestación del derecho de igualdad: "El artículo 13 declara una igualdad que se garantiza en el momento del juzgamiento de las personas, precisando las características de las leyes y tribunales que por igual —y solo por igual— pueden aplicarse e intervenir en los procedimientos necesarios para tal finalidad".¹³³

Ahora bien otro de los principios fundamentales que se desprenden del artículo que comentamos es el de la prohibición del establecimiento de fue-

¹³¹ En el caso de éste tribunal, se consideró que el mecanismo tradicionalmente empleado en el derecho internacional para la creación de un tribunal —la suscripción de un convenio entre los estados parte resultaría inviable dada la saturación de urgencia que se presentaba, por lo que con un criterio más pragmático— probablemente contrario al principio que proscribe el enjuiciamiento a través de tribunales especiales el Secretario General de la ONU propuso la creación de un tribunal *ad hoc*, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad mediante resolución 827 del 25 de mayo de 1993, al amparo del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

¹³² De ahí la especial importancia de la Corte Penal Internacional, como un órgano de justicia que pueda enjuiciar esta clase de conductas, superando los obstáculos que imponen las soberanías de los Estados Nacionales.

¹³³ CASTRO, Juventino V., *op. cit.*, pp. 233 y 234.

ros en el enjuiciamiento de determinadas personas, ya sea por ser miembros de algún grupo o clase específica, al respecto en el *Diccionario de Derecho* de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, se define esta expresión en los términos siguientes: "Fuero: Jurisdicción especial (fuero de guerra, fuero religioso, fuero del trabajo)// Denominación de algunas compilaciones o códigos antiguos (fuero juzgo, fuero real)// En sentido antiguo, exención o privilegio otorgado a alguna persona o clase social", p. 279.

De la definición anterior podemos establecer como elementos distintivos de la noción fuero, como una jurisdicción especial, que se otorga a una determinada persona, clase social o grupo, siendo ésta la acepción que proscribe nuestro texto constitucional, esto es, el establecimiento de sistemas de enjuiciamiento, que en detrimento del principio de igualdad, se constituyan de manera específica para la resolución de controversias de un determinado grupo o corporación (no confundir esta noción con la especialización judicial) o incluso clase social.

Como antecedentes históricos de fueros especiales podemos encontrar el fuero eclesiástico, por virtud del cual los miembros de la iglesia eran sustraídos de la acción de la justicia común, para ser enjuiciados por tribunales religiosos, constituyendo precisamente esta clase de tribunales los proscritos por el artículo constitucional que comentamos.

Del texto de este dispositivo hay quienes pretenden establecer una contradicción en nuestro texto constitucional que por un lado prohíbe los fueros y por otro prevé en su artículo 61, en correlación con el 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la inviolabilidad de algunos servidores públicos que gozan de una protección constitucional tal, que no pueden ser sujetos de procesos penales, salvo declaratoria de procedencia dictada por la Cámara de Diputados, figura conocida como "fuero". Sin embargo conviene distinguir que la protección constitucional de la que hablamos no constituye un fuero en los términos prescritos por el artículo 13, en razón de que no implica el establecimiento de cortes o sistemas especiales de enjuiciamiento para las personas que gocen de esta protección constitucional, ni los sustrae indefectiblemente de la acción de la justicia común, máxime que tal protección no se otorga a las personas que la tienen por su calidad de miembros de alguna corporación o estrato social, sino como un instrumento de protección a la función pública trascendental que desempeñan, que por su relevancia resulta de utilidad social proteger, evitando interrupciones gravosas, e incluso se busca impedir el uso político de la justicia para perseguir eventuales opositores, o bien evitar la interrupción de tales funciones para perseguir y sancionar delitos que tal vez no resulten relevantes y bien pueden ser perseguidos y sancionados una vez que el servidor públi-

co de que se trate cese en el desempeño del cargo, puesto que hay que recordar que conforme al artículo 109 de la Constitución durante el tiempo en que goce de la protección constitucional el servidor público probable delincente no correrá el cómputo del plazo de prescripción del eventual delito de que se trate, de ahí que esta protección constitucional, más que proteger como tal a las personas que la disfrutan en tanto individuos, busca proteger la continuidad del ejercicio de una función pública trascendente.

Conviene decir que el texto que comentamos sí reconoce sin embargo de forma expresa la existencia de un fuero especial, mas no de tribunales especiales,¹³⁴ esto es, el fuero militar o de guerra, el cual por ende se restringe en cuanto a su aplicación a los miembros de las fuerzas armadas, por delitos cometidos en el servicio, además de que si en estos se encuentra involucrado un "paisano", entiéndase un civil, dicho fuero resultaría inaplicable, surtiendo en consecuencia la competencia de las autoridades civiles para juzgar esta conducta.

Así, las restricciones evidentes que se desprenden del artículo 13 de la Constitución con respecto al fuero militar o de guerra pueden traducirse en que éste solamente es aplicable tratándose de conductas que atenten contra la disciplina y orden militar, de ahí que el mismo solamente pueda surtir cuando se trate de delitos cometidos por militares en ejercicio de sus funciones, o en contravención a las normas de comportamiento interno, caso en el cual se puede atentar contra la disciplina castrense, de ahí también que este fuero resulta en consecuencia aplicable únicamente tratándose de conductas de carácter punitivo de índole penal, quedando fuera del mismo la materia civil o familiar,¹³⁵ y por último, cuando la eventual conducta delictiva impli-

¹³⁴ Conviene distinguir lo que puede entenderse como un fuero especial, de un tribunal especial, puesto que mientras que un fuero especial se refiere al establecimiento de una organización de impartición de justicia para los miembros de un grupo determinado, un tribunal especial, es el que se constituye para el enjuiciamiento de algún hecho en particular, con una duración limitada al cumplimiento de ese fin, esto es no permanente, carácter que por cierto no tienen los tribunales militares, en cuanto son establecidos por la propia Constitución, con competencia original y carácter permanente, siempre que se surtan los supuestos que determinan la competencia de tales órganos de justicia.

¹³⁵ Conviene citar al tratadista Alejandro Carlos E., quien en su obra *Derecho Militar*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, pp. 10 y 11, hace referencia a otras ramas en que podría subdividirse el derecho castrense: disciplinario, relacionado con la imposición de sanciones por faltas no forzosamente penales, pero que si atentan contra la disciplina militar, administrativo militar, concerniente a la organización de las fuerzas armadas, social militar, relativo a los beneficios de seguridad social de los miembros de las Fuerzas Armadas y desde luego el derecho internacional militar, presente sobre todo cuando existen conflictos bélicos entre distintos estados.

que a un "paisano", entiéndase civil, surte la competencia a favor de la justicia común.

Este último aspecto es relevante, en función de que en la práctica no siempre resulta así, puesto que se han presentado casos de violaciones a derechos humanos de civiles supuestamente perpetrados por militares que sin embargo han sido juzgados por los tribunales militares, cuando en opinión del que escribe, ello implica violentar lo expresamente dispuesto por el artículo 13 constitucional.¹³⁶

Tal situación es posible en virtud de que el Código de Justicia Militar, la prescribe expresamente en un dispositivo que ha sido en consecuencia tildado de inconstitucional, por ampliar la competencia de los tribunales militares a supuestos no previstos en la Constitución; sin embargo, lamentablemente la Corte aún no se ha pronunciado al respecto.

Asimismo, sostiene el notable jurista Ignacio Burgoa que cuando en la comisión de un delito incluso en contra de la disciplina militar participen tanto civiles como militares, por virtud del artículo 13 que comentamos y contrario al criterio históricamente sostenido por la Corte, la competencia debe surtir a favor de un juez federal ordinario, y no de la justicia militar, puesto que por un lado esos son los términos expresamente consignados en la Constitución Federal, además de que la bifurcación de competencias sostenida por nuestro Alto Tribunal (en tanto que ha sostenido que en casos como el expuesto un Juez Federal conocerá de la responsabilidad penal de los civiles implicados, mientras que el Juez Militar conocerá la de los militares), resulta pragmática y procesalmente hablando inadecuada, puesto que genera situaciones que podrían implicar fallos contradictorios, o incluso

¹³⁶ Al momento de escribir este análisis, se está verificando la estrategia del Gobierno Federal de combate al narcotráfico utilizando principalmente los recursos de la estructura castrense, lo que ha multiplicado el número de denuncias por violaciones a derechos humanos en perjuicio de civiles, e incluso diversos organismos internacionales han criticado tanto el empleo de militares para el desarrollo de funciones estrictamente civiles, como la subsistencia del fuero militar aun en casos de violencia ejercida en contra de la población civil.

Como ejemplo podemos citar el expediente integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco detenido supuestamente por un retén militar en el mes de agosto de 1974, expediente en el cual el Estado mexicano, representado por el Secretario de Gobernación, concurrió ante ese Tribunal a efecto de explicar entre otras cuestiones los alcances del fuero militar y la importancia de esta corporación en la estrategia del Gobierno Federal en el combate al narcotráfico.

No podemos olvidar que el Ejército Mexicano es un factor real de poder con un gran peso específico, por lo que cualquier intento realista de limitar el fuero de guerra deberá tomar en cuenta esta cuestión si espera tener éxito en ese propósito.

priva al juez del conocimiento de hechos y circunstancias particulares que pudieran ser de gran relevancia, por ejemplo, tratándose del estudio de la coparticipación de diversos sujetos en los hechos delictivos, puesto que en estos casos los propios involucrados suelen tener intereses contrarios entre sí, buscando descargar su eventual responsabilidad, en los otros sujetos involucrados en la causa, aspecto que debe ser minuciosamente valorado por el juzgador al momento de decidir el asunto de que se trate, y que en el caso particular se dificulta tremendamente si la causa penal es bifurcada, como lo ha sostenido nuestro Alto Tribunal, de ahí la crítica que hace el Dr. Burgoa y que por nuestra parte compartimos plenamente.¹³⁷

Sobre el fundamento histórico doctrinario de estos tribunales de justicia militar, conviene destacar lo señalado por el tratadista Alejandro Carlos E. en su obra *Derecho Militar Mexicano*, 3ª ed., Editorial Porrúa, 2005:

Sobre este tema en particular cabe citar algunos antecedentes, tales como el pacto celebrado entre los barones o señores feudales ingleses y el rey Juan sin Tierra, que estableció dentro de sus preceptos las siguientes normas: Ningún hombre libre será apresado o ejecutado, sino es por juicio legal de sus iguales y la ley de su país.

Este razonamiento confirmó la teoría románica de que los militares, considerados siempre como hombres libres sólo podrían ser juzgados por otros miembros de la milicia, lo que dio origen a la máxima jurídica castrense que previene: los pares deben juzgar a sus pares. *op. cit.*, p. 23.

Resulta interesante apreciar cómo para nuestro autor, el texto de la Carta Magna de 1215, que para otros autores ha servido de fundamento para el juicio civil por jurados, da soporte doctrinario también bajo una lógica innegable a los tribunales militares, puesto que éstos se basan en el mismo principio de que las personas solamente pueden ser juzgados en condiciones de equidad y justicia por quienes se encuentren en su misma condición, esto es, por sus iguales, ya sea ciudadanos, o como en este caso, militares.

Asimismo, refiere nuestro citado autor que, derivado del principio de respeto al grado —la autoridad se ejerce por elementos superiores—, se desprende también la máxima de que el que manda debe juzgar como fundamento doctrinario de los tribunales militares.¹³⁸

Por último, para tener una visión más completa de la organización de la justicia militar, se estima conveniente hacer una somera descripción de los órganos que la conforman:

¹³⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 298 y 299.

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 23.

El Ministerio Público se integra de un Procurador General de Justicia Militar, con el carácter de general de brigada de servicio o auxiliar del jefe de la institución y consultor jurídico de la Secretaría de Defensa Nacional, los agentes adscritos a la procuraduría, generales brigadieres de servicio o auxiliares, en el número que las necesidades del servicio lo requieran, y los demás agentes que deban participar en la integración de procesos formados por jueces no permanentes y un agente auxiliar abogado con grado de Teniente Coronel de servicio auxiliar adscrito a cada una de las Comandancias de Guarnición de las Plazas de la República en que no haya juzgados militares permanentes o con residencia en el lugar en que las necesidades del servicio lo determinen (artículo 39 del Código de Justicia Militar).

En cuanto al Supremo Tribunal Militar, éste según el artículo 3º del Código de Justicia Militar se compone de un Presidente, con el rango de General de Brigada, Militar de Guerra y cuatro magistrados, Generales de Brigada de servicios o auxiliares, Consejos de Guerra Ordinarios o Extraordinarios, así como de los jueces militares, que tendrán el grado de General Brigadier de servicio o auxiliar, que serán asistidos de un secretario con grado de Teniente Coronel de servicio o auxiliar, un Oficial Mayor y los subalternos que sean necesarios (artículo 24 del Código de Justicia Militar). Asimismo conviene decir que el artículo 31 del código castrense establece una competencia auxiliar a favor de los jueces penales del fuero común, para la práctica de las diligencias necesarias para evitar que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia, la conservación de las huellas del delito, determinar la situación jurídica del inculpado, así como para decidir incluso sobre su libertad bajo caución, en aquellos lugares en que no resida un juez militar.

La competencia del Supremo Tribunal Militar, los Consejos Ordinarios y Extraordinarios de Guerra y los jueces militares se desprende de las reglas contenidas en los artículos 57 a 77 del Código de Justicia Militar de cuyo texto podemos establecer la noción de delitos contra la disciplina militar, así como la competencia de los tribunales militares para conocer de delitos del orden común cometidos por militares en servicio, o bien para conocer de delitos cometidos de forma conjunta por militares y civiles, teniendo en estos casos competencia restringida para conocer de la responsabilidad penal de los miembros de los cuerpos castrenses.¹³⁹

¹³⁹ Este es uno de los preceptos disputados en cuanto a la supuesta ampliación del fuero militar para conocer de delitos del fuero común cometidos por militares, o de aquellos en que participaran de forma conjunta militares y civiles, puesto que en este caso la competencia se surte por virtud de los artículos 57 y 58 del Código de Justicia Militar en los tribunales castrenses, lo que se ha cuestionado, pugna con el texto del artículo 13 de la Constitución.

De tales dispositivos se desprende también la competencia ordinaria del Supremo Tribunal Militar (artículo 67), de los Consejos de Guerra Ordinarios y Extraordinarios (artículos 72, 73, 74 y 75) y jueces militares (artículo 76), la cual en términos generales se determina por las características de la comisión del delito del orden militar, o bien por su gravedad, puesto que por ejemplo los jueces penales tienen competencia para dictar sentencias en aquellos casos en que la pena privativa de libertad no exceda de un año, así como para instruir los procesos que deban ser resueltos por los Consejos de Guerra, por lo que en estos casos tales jueces tienen la calidad de juez de instrucción, mientras que los citados consejos se dividen para el ejercicio de sus funciones en ordinarios con competencia por exclusión para conocer de aquellos delitos que no deban ser fallados por un Consejo Extraordinario, o bien por jueces militares, y en los ya referidos Consejos de Guerra Extraordinarios, que se integran a convocatoria del Comandante de la Guarnición, el Jefe de un Ejército, Cuerpo de Ejército o Comandante en Jefe de Fuerzas Armadas u los de las Divisiones, Brigadas, Secciones o buques que operen aisladamente, en tiempo de campaña, o bien en el territorio ocupado por el Comandante que cuya fuerza de ocupación se encontrara a su mando, además de que según el artículo 74 del Código castrense los Consejos de Guerra extraordinarios de los buques de la Armada de México son competentes para conocer de delitos cometidos en tiempos de paz cuando la pena a imponer fuera la de muerte y el buque en que se hubiera cometido la infracción se encontrara fuera de las aguas territoriales. Sin embargo, conviene decir, que actualmente la pena capital se encuentra proscrita de nuestro texto constitucional, por lo que en todo caso esta disposición debe considerarse letra muerta por pugnar de forma evidente con el texto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último el artículo 67 del Código de Justicia Militar establece la competencia del Supremo Tribunal Militar para conocer de cuestiones de competencia y acumulación, excusas de sus miembros y jueces militares, de los recursos de su competencia, de la responsabilidad de los funcionarios de la administración de justicia militar, de las reclamaciones promovidas contra las correcciones impuestas por los jueces y presidentes de los Consejos de Guerra, pudiendo confirmar, modificar o revocar las mismas, libertad preparatoria y retención de los reos, solicitudes de indulto necesario, tramitación de solicitudes de conmutación o reducción de penas, consultas de dudas elevadas por los jueces militares, así como la designación del magistrado visitador en cárceles y juzgados militares.

La revocación y apelación se regulan en los artículos 820 a 829 del Código de Justicia Militar.

Conviene aclarar que las sentencias condenatorias impuestas por los jueces militares pueden ser recurridas a través de la interposición del juicio de amparo, puesto que de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende ninguna restricción en cuanto al ejercicio de este juicio constitucional, tratándose de determinaciones tomadas por los órganos de justicia castrenses, por lo que de igual forma conviene señalar que conforme al texto del artículo 1º de la referida Norma Fundamental, todo individuo que se encuentre en territorio de los Estados Unidos Mexicanos gozará de los derechos otorgados por la propia Constitución, entre los que indiscutiblemente se encuentra el ejercicio del juicio de amparo, con independencia de que quienes lo ejercitan tengan o no la calidad de militares, puesto que dicha calidad de ninguna forma los exime del disfrute de los derechos subjetivos públicos que en términos generales se contienen en la Constitución General de la República, y por ende del ejercicio de las garantías que los protegen.

ARTÍCULO 14

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado 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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

COMENTARIO

De este precepto se desprenden importantísimos derechos fundamentales que invisten o, mejor dicho, dan identidad —aunque sea de manera formal— al sistema jurídico institucional mexicano. Esto en razón de que del texto del artículo que comentamos se desprenden diversos derechos pertenecientes a la tradición liberal occidental, y que buscan dar certeza a los habitantes, con motivo de sus relaciones con la autoridad; así de este dispositivo (por otro lado, generalmente citado de forma deficiente para fundar las demandas de amparo) podemos desprender los siguientes derechos torales:

Prohibición de aplicar de forma retroactiva la ley en perjuicio del gobernado: este principio busca dar certeza jurídica al gobernado en cuanto que garantiza que éste no será juzgado o afectado en un derecho previamente constituido, por virtud de una norma que no hubiera estado vigente ya sea cuando se cometió la conducta por la que eventualmente pudiera sancionarse, o bien privado de un derecho que se adquirió de forma previa a la vigencia de la propia ley, lo que da certeza a los actos jurídicos que los gobernados celebren en tanto tienen garantizado que los derechos y obligaciones que éstos generen subsistirán en sus efectos, aun cuando sobreviniera una eventual reforma legal.

Este principio de la no retroactividad en perjuicio del gobernado tiene expresión prácticamente en todas las materias del derecho, y en el ámbito

penal es muy clara su relación con el principio jurídico contenido en la expresión latina *nullum crimen sine lege*, en tanto que no puede sancionarse a una persona por haber cometido un delito, si al momento de su comisión no existía una ley que tipificara su conducta como delictiva.

Pero también la relevancia de este principio es fácilmente identificable en materias como la administrativa o civil, en tanto que una vez que se crea con base en determinadas normas un derecho o situación jurídica concreta a favor de un determinado gobernado, por virtud de este principio, tal situación o derecho no podrá extinguirse por virtud de una ley posterior.

Al margen de lo anterior, conviene señalar sin embargo que la proscripción de aplicación de la ley en perjuicio del gobernado no resulta aplicable por regla general, tratándose de reformas a la Constitución, a las cuales, se les puede dar incluso el carácter retroactivo, sin que ello pugne con el contenido del artículo que comentamos, según ha sostenido históricamente nuestro más Alto Tribunal, al considerar por una parte que todos los dispositivos constitucionales gozan de la misma jerarquía, de ahí que no sea dable pretender la subsistencia de unos en detrimento de otros, esto es, no es dable pretender la subsistencia del texto del artículo 14 que comentamos en detrimento, por ejemplo, del actual texto de la fracción XIII del apartado B del artículo 123, de reciente reforma.

Asimismo, la Corte ha sostenido que el artículo que comentamos, al proscribir la aplicación retroactiva de leyes en perjuicio del gobernado, hace claramente alusión a leyes de carácter secundario, y por ende inferiores al texto de la propia Constitución.

Por último habría que decir de este principio que la prohibición de aplicación retroactiva de la norma se constriñe a que tal aplicación implique un perjuicio al gobernado, puesto que cuando tal aplicación le deviene en algún beneficio, o bien no le afecta, no existe impedimento alguno.

Sobre este tópico de la aplicación de leyes de forma retroactiva considero importante mencionar lo relativo a la aplicación de normas procesales, las cuales por su propia naturaleza no son susceptibles de aplicación retroactiva, aun cuando las mismas hubieran sido emitidas con posterioridad al inicio de los juicios y procedimiento en que deban aplicarse, esto es así en función de que una norma de carácter procesal solamente resulta aplicable cuando dentro del proceso o procedimiento de que se trate se ha actualizado la hipótesis o arribado a la etapa procesal en que deba verificarse la aplicación de la norma procesal respectiva, de ahí que su nacimiento a la vida jurídica, y por ende el eventual derecho procesal del involucrado, se da hasta ese momento preciso, de ahí que la norma en realidad no se está aplicando

de forma retroactiva, sino en el momento en que existe un derecho procesal para su aplicación.

El Poder Judicial de la Federación así lo ha determinado, por lo que consideramos importante destacar el texto de la jurisprudencia con número de registro 198,940, sentada por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, a manera ejemplificativa la siguiente jurisprudencia:

RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES.—Para que una ley se considere retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, lo que no sucede con las normas procesales. En efecto, se entienden como normas procesales aquellas que instrumentan el procedimiento; son las que establecen las atribuciones, términos y los medios de defensa con que cuentan las partes para que con la intervención del Juez competente, obtengan la sanción judicial de sus propios derechos, esos derechos nacen del procedimiento mismo, se agotan en cada etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula; por lo tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento, el legislador modifica la tramitación de ésta, suprime un recurso, amplía un término o modifica lo relativo a la valoración de las pruebas, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley, pues no se priva, con la nueva ley, de alguna facultad con la que ya se contaba, por lo que debe aplicarse esta última.

No debe perderse de vista que la aplicación retroactiva a que se alude en el artículo 14 que comentamos encuentra su antecedente inmediato en el texto del mismo numeral 14 de la Constitución de 1857, que ya preveía este principio, pero de una manera mucho más amplia que pareciera proscribir cualquier ley que tuviera carácter retroactivo, aun en aquellos casos en que no se afectara a algún particular. Por ello consideramos conveniente traer a cita el texto del artículo 14 de la Constitución liberal del 57:

14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Del texto del artículo 14 de la Constitución de 1857 antes transcrito podemos fácilmente apreciar la distinta técnica empleada por el Constituyente de 57, que de forma distinta al de 1917, proscribió no tanto la aplicación retroactiva de una ley, sino la emisión de leyes que tuvieran este carácter (la prohibición de su aplicación sería una consecuencia de la prohibición de su expedición), esto es, la prohibición original se dirigía a los legisladores, caso distinto al de nuestro texto vigente, que no se refiere exclusivamente a la emisión de leyes con carácter retroactivo, sino también a la aplicación de las mis-

mas de forma retroactiva, por lo que en este caso, la proscripción que nos ocupa se extiende además a la autoridades judiciales y administrativas encargadas precisamente de la aplicación de la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido con precisión la diferencia apuntada en la jurisprudencia que a continuación se cita:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA.—El análisis de la retroactividad de las leyes requiere el estudio de los efectos que una norma tiene sobre situaciones jurídicas definidas al amparo de una ley anterior o sobre los derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificando si la nueva norma los desconoce, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza, el órgano de control de la constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado, desconociendo tales situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley implica verificar si el acto concreto se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez sin afectar situaciones jurídicas definidas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a su entrada en vigor.

La diferencia que en este tópico se apunta no es meramente sutil, sino de relevante significación, puesto que la emisión de una ley por sí misma no forzosamente va a tener carácter retroactivo, pudiéndose presentarse el problema de la retroactividad con la aplicación concreta de la norma, de ahí la importancia de que nuestro texto vigente emplee una fórmula que no solamente entrañe la prohibición de emitir una norma retroactiva, sino también de aplicar de esta manera una determinada ley, que por su propia redacción no tuviera por sí misma dicho carácter.

Otra diferencia importante que podemos apreciar es la ya apuntada en tanto que la proscripción del texto de 1857 se redactó en forma absoluta, esto es, que pareciera proscribir la expedición de cualquier ley de carácter retroactivo, sin importar sus efectos nocivos o no en la esfera del particular, mientras que en el texto vigente de la Constitución de 1917, dicha proscripción se constriñe a la aplicación de leyes de forma retroactiva, solamente en los casos en que ello afecte al gobernado, entendiéndose que cuando no exista tal afectación, o incluso se le beneficie, no existirá impedimento constitucional alguno para aplicar de forma retroactiva una norma en los supuestos que esta misma prevea; por ejemplo, en materia penal la aplicación retroactiva de una norma que beneficie al inculpado, probable responsable, reo o sentenciado debe hacerse aun de manera oficiosa.

Por ejemplo, en el caso de que una persona que hubiera sido sentenciado a una pena privativa de libertad derivado de la comisión de un delito que posteriormente es suprimido por la norma penal, deberá por ese sólo hecho recobrar su libertad, aplicándose en consecuencia una norma penal a una situación jurídica que se había constituido previamente a la emisión de la disposición legal en cuestión.

Asimismo, debe apuntarse que para que pueda constituirse la aplicación de una ley de forma retroactiva, no basta que el quejoso o demandante tenga una expectativa de derecho, sino que dicho derecho ya debe estar constituido e integrado en el acervo de jurídico del propio involucrado, puesto que en caso contrario, esto es, cuando solamente se tenga una mera expectativa, cualquier disposición legal que destruya o desestime la misma no tendrá carácter retroactivo, por no afectar un derecho existente y concreto.

En cuanto a la evolución histórica del principio de no retroactividad, podemos destacar que éste ya se encontraba presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuyo artículo 8º claramente se advierte este postulado en los términos siguientes:

Artículo 8.—La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Como podrá advertirse, en la referida declaración de derechos humanos, la prohibición de aplicar de forma retroactiva una ley se constreñía al ámbito penal, en tanto que se postulaba que nadie podría ser sancionado sino por virtud de una ley promulgada con anterioridad a la comisión del eventual delito, por lo que consideramos conveniente destacar que nuestro texto constitucional amplía la protección de este principio jurídico, ya no solamente para tutelar la protección de bienes jurídicos que recaigan dentro del ámbito del derecho penal, sino en general de la totalidad del acervo jurídico de los gobernados.

En el caso de la Constitución de los Estados Unidos de América, podemos encontrar la exposición del principio que comentamos en el texto de su sexta enmienda, si bien, como en el caso de la declaración francesa, constreñido en cuanto a su literalidad al ámbito del derecho penal:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que *deberá haber sido determinado previamente por la ley*; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue

a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

En cuanto al derecho constitucional mexicano, encontramos antecedentes de este principio en el texto del 148 de la Constitución Federal de 1824, que establecía la prohibición permanente de leyes retroactivas:

148. Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva.

Este postulado es de igual forma retomado en la Constitución centralista de 1836, en el artículo 2, fracción V de la primera Ley Constitucional, al considerar como un derecho de los mexicanos (por tanto no universal, como en el caso de nuestro texto vigente) el no ser juzgado sino por jueces del mismo fuero y con arreglo a las reglas previamente establecidas, por lo que de nueva cuenta esta constitución, a diferencia de la de 1824, limitó el principio que comentamos al ámbito penal:

2. Son derechos del mexicano:

V. No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución, ni según otras leyes que las dictadas con anterioridad al hecho que se juzga.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, se destaca la fracción VIII, que establecía como derecho de los habitantes de la República (no ya de los mexicanos) el no ser juzgado en causas civiles y penales (con lo que de nuevo se ampliaron los alcances del principio que comentamos, que se encontró limitado al ámbito penal en la constitución de las siete leyes de 1836), sino a través de leyes con antelación al hecho juzgado:

VIII Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate...

Como ya apuntamos con antelación, el principio de no retroactividad también es retomado en la Constitución de 1857, por lo que al respecto reiteramos las consideraciones ya vertidas.

El segundo aspecto de relevancia que se desprende del texto del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el relativo a la prohibición de **privar** al gobernado de algún derecho sino es mediante juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y con arreglo a disposiciones legales previamente establecidas y

aplicables al caso, de lo que se deduce la conocida garantía de audiencia, así como el principio de legalidad.

Este precepto resulta fundamental, puesto que a través del mismo se pretende garantizar a los gobernados que no podrán ser despojados de un derecho legítimo, sin antes haberseles dado la oportunidad de ser escuchados en el juicio o procedimiento correspondiente, en el que se respeten las garantías esenciales del procedimiento, lo que implica el derecho a ofrecer pruebas, así como de formular alegaciones tendientes a defender la legitimidad del derecho susceptible de ser suprimido o afectado permanentemente, lo que contribuye a dar certeza jurídica a los gobernados.

Es importante señalar que este numeral tutela de manera integral el universo de derechos que pudiera asistir al gobernado, esto es, los de índole estrictamente personal, como su libertad, integridad física, la vida (aun cuando la tutela de este derecho se suprimió del texto de este artículo cuando se suprimió la pena de muerte del artículo 22 constitucional), pero también tutela el acervo de derechos patrimoniales, e incluso el disfrute de derechos no tangibles, como pudiera serlo la explotación de una concesión administrativa; esto es, la garantía de audiencia es oponible a cualquier acto de autoridad que implique privar al gobernado de un derecho previamente constituido.

Ya hemos dicho que este precepto tutela la denominada garantía de audiencia, sin embargo, del mismo también se desprende un principio de legalidad: no resulta suficiente escuchar al afectado, sino que debe garantizarse a éste un mínimo de derechos procesales, como ya se dijo la posibilidad de responder a las acusaciones o demandas, ofrecer pruebas, así como formular alegatos, teniendo la autoridad competente la obligación de respetar los plazos, términos, condiciones procesales, supuestos para la admisión y valoración de pruebas y demás formalidades que se consignen en las leyes encargadas de regular el desahogo de los procesos judiciales y procedimientos administrativos de los que pudiera derivar el acto de privación.

Así, el segundo párrafo del artículo 14 que comentamos, por un lado, tutela la denominada garantía o derecho de audiencia, consistente en garantizar la defensa del particular, y, por otra parte, el principio de legalidad, que constriñe a las autoridades a respetar las formalidades esenciales del procedimiento, con arreglo a las leyes aplicables al caso, por lo que ambos principios se complementan, puesto que para satisfacer la garantía de audiencia no basta escuchar al afectado, debe también valorarse conforme a derecho tantos sus argumentos de defensa como los elementos probatorios que hubiera aportado, fusionándose así en un solo dispositivo dos principios fun-

damentales: audiencia y legalidad. Al respecto la Corte ha establecido los extremos que constituyen el respeto a la garantía de audiencia, según se desprende del texto de la jurisprudencia P./J. 47/95, con número de registro, 200,234, dictada por el Pleno de nuestro Alto Tribunal, y cuyo tenor literal es el siguiente:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.—La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Debe apuntarse que las autoridades deben respetar esta garantía cuando pretendan privar al gobernado de un derecho específico, aun en el caso de que la norma en que se apoye tal acto no prevea de forma expresa un procedimiento concreto para ello, caso frecuente en el ámbito administrativo, en el cual las autoridades con apoyo en ciertos manuales de organización internos con regularidad afectan de forma permanente los derechos particularmente de sus servidores públicos,¹⁴⁰ pero también de los particulares, sin embargo a este respecto el Poder Judicial Federal ha establecido en diversas ejecutorias de amparo que aun en estos casos las autoridades están obligadas a desahogar algún procedimiento, aun de manera sumaria en el que se respete cabalmente la garantía que comentamos.

¹⁴⁰ Por ejemplo, en el caso de los alumnos del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, institución en la que tuve la oportunidad de colaborar, su Reglamento faculta a los miembros de la Junta Directiva de dicho instituto para dar de baja a los estudiantes que incurran en algún supuesto de responsabilidad, sin embargo tal norma era omisa en establecer el procedimiento que para ello debía seguirse, lo que no eximía a la autoridad administrativa a seguir un procedimiento específico y garantizar el derecho de audiencia de los estudiantes que pudieran ser afectados por las determinaciones del citado órgano colegiado, según sentencias de amparo dictadas por distintos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal.

Respecto a este derecho fundamental conviene señalar que el dispositivo que comentamos proscribe específicamente los actos de privación, sin el previo respeto de la garantía de audiencia, esto es, que para que un acto de autoridad resulte violatorio de este dispositivo, debe acreditarse que dicho acto tiene el carácter de privativo, lo que implica que el mismo afectó o bien suprimió de forma permanente un determinado derecho que asistía al particular, siendo en todo caso que, cuando el acto que se repute como violatorio no implica esta supresión permanente, el mismo no debe ser considerado como acto privativo, sino a lo sumo un acto de molestia, que por ende no se encuentra sujeto a las formalidades contenidas en el artículo 14 de la Constitución, sino en todo caso, a las del artículo 16 de dicha Norma Fundamental.

Consideramos importante establecer esta distinción, puesto que en la práctica forense, sobre todo en materia de amparo, los abogados postulantes, con frecuencia reclaman del acto de autoridad materia del juicio constitucional, su contraposición con el texto del artículo 14 constitucional, sin atender si el acto de que se trate realmente implica la supresión permanente de un derecho, caso en el cual previamente al mismo debe respetarse la garantía de audiencia, o bien si tal acto solamente implica el menoscabo o disminución temporal o relativa del mismo, supuesto en el que el acto reclamado debe ajustarse a formalidades distintas, esto es, las consignadas en el artículo 16, en cuanto la competencia de la autoridad emisora, su fundamentación y motivación, sin necesidad de respetar previamente el derecho de audiencia. En este sentido, resultará siempre importante establecer las características del acto, en función de las consecuencias que el mismo produce, según las cuestiones ya apuntadas para poder hacer un reclamo adecuado del mismo en materia de amparo, determinando si el acto reclamado se trata de un acto de privación, caso en el cual se debe respetar el derecho de audiencia, o bien de un acto de mera molestia, el cual, según hemos ya apuntado, tiene tanto características, como formalidades esenciales de validez distintas.

Al margen de lo anterior, debemos decir que cuando un acto implica la privación de un derecho, además de respetar la garantía de audiencia, como acto de autoridad también debe estar debidamente fundado y motivado; pero cuando dicho acto es solamente de molestia, no debe forzosamente respetarse la garantía de audiencia a la que nos hemos venido refiriendo.

Para fortalecer las ideas hasta aquí expuestas se estima conveniente destacar el siguiente criterio establecido por nuestro Alto Tribunal, en el que apunta las diferencias entre un acto privativo y un acto de molestia en la

tesis de jurisprudencia número P/J.40/96, con número de registro: 200,080 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual estableció con notoria precisión las diferencias en cuanto a sus elementos constitutivos, así como en cuanto a los efectos provocados entre lo que puede legalmente ser considerado un acto de molestia, con respecto a lo que puede ser considerado como un acto de autoridad privativo, estableciendo que en uno y otro caso la regulación constitucional es distinta; de ahí que se considere conveniente traer a cita el texto de la citada tesis de jurisprudencia:

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN.—El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que 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; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

En el aspecto doctrinario, consideramos conveniente destacar algunas nociones y máximas jurídicas elaboradas o bien presentadas por destacados juristas mexicanos, así tenemos que, en su *Diccionario de Derecho*, Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara destacan en el apartado denominado "Aforismos, Máximas y Reglas Jurídicas" las siguientes:

"La razón de equidad no tolera que alguien sea condenado sin que sea oída su causa". Marciano.

"*Audiator altera pars*. Aforismo que insta a escuchar a la parte contraria antes de decidir una controversia".

Las máximas jurídicas descritas, destacan como un principio de razón y la principal virtud de la garantía de audiencia, el dar un trato igual a los iguales, en tanto ser escuchados antes de ser condenados o privados de un derecho, mediante el desahogo de un juicio o procedimiento en el que ambas partes deberán tener las mismas oportunidades de defensa, puesto que solo así puede garantizarse una condición equitativa entre éstas y respetar en consecuencia un orden social basado en la razón.

Por su parte Ignacio Burgoa Orihuela, en su *Diccionario de Derecho, Garantías y Amparo*, hace una amplia exposición de la relevancia de la garantía de audiencia en un Estado democrático de derecho:

La garantía de audiencia, una de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa e que dispone todo gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses, está consignada en el segundo párrafo de nuestro artículo 14 constitucional, que ordena...

Como se puede advertir, garantía de audiencia está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, y que son: a) la de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional se siga un juicio, b) que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento; y d) que del fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

El goce de la garantía de audiencia como derecho público subjetivo, corresponde a todo sujeto como gobernado en los términos del artículo primero constitucional. No bajo otra acepción debe entenderse el vocablo "Nadie" interpretándolo *a contrario sensu*. Por ende, los atributos accidentales de las personas tales como la nacionalidad, la raza, la religión, el sexo, etc., no excluyen a ningún sujeto de la tutela que imparte la garantía de audiencia y esta circunstancia, acorde con los principios elementales de la justicia y del humanitarismo, hace de nuestro artículo 14 constitucional un precepto protector no sólo

del mexicano, sino de cualquier hombre, salvo las excepciones consignadas en la propia Ley Suprema.¹⁴¹

En el tercer párrafo del artículo que comentamos se establece la prohibición de imponer penas por analogía o mayoría de razón, lo que de nueva cuenta constituye una garantía de certeza jurídica, por virtud de la cual el gobernado tiene certeza de que solamente podrá ser sancionado cuando comete una infracción a la que corresponde de manera exacta una determinada pena, esto es, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, es decir que para la imposición de una sanción penal, la misma debe ser exactamente aplicable al caso concreto, de ahí que el juzgador no pueda más que aplicar estrictamente la ley penal, estándole en consecuencia vedada la imposición de sanciones por la comisión de conductas que no encuentren una sanción exactamente aplicable, aun cuando dichas conductas puedan tener alguna similitud entre sí previstas y sancionadas en las leyes penales correspondientes, de ahí que el juzgador tampoco pueda legalmente fundar la imposición de sanciones penales por conductas no previstas en la ley, en la intención de la norma o el espíritu del legislador, que por otra parte sí resultan aceptables en materias distintas, como por ejemplo el derecho civil.

Para una cabal comprensión de los temas aquí expuestos, consideramos importante establecer la significación de tales nociones, así según el *Diccionario de la Real Academia Española*, por analogía se entiende lo siguiente:

(Del lat. *analogia*, y este del gr. *ἀναλογία*, proporción, semejanza).

1. f. Relación de semejanza entre cosas distintas.
2. f. Razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes.
3. f. Biol. Semejanza entre partes que en diversos organismos tienen una misma posición relativa y una función parecida, pero un origen diferente.
4. f. Der. Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.
5. f. Gram. Semejanza formal entre los elementos lingüísticos que desempeñan igual función o tienen entre sí alguna coincidencia significativa.
6. f. Ling. Creación de nuevas formas lingüísticas, o modificación de las existentes, a semejanza de otras; p. ej., los pretéritos *tuve*, *estuve*, *anduve* se formaron por **analogía** con *hube*.
7. f. Gram. **morfología**.

¹⁴¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

En el diccionario de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, p. 79, al que ya nos hemos referido, la analogía se conceptúa en los términos siguientes:

Relación existente entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que, por la similitud con aquél, permite igual tratamiento jurídico, sin agravio para la justicia.

La aplicación analógica de la ley (denominada simplemente analogía) constituye un método muy antiguo utilizado para resolver casos que no obstante no hallarse comprendidos en las previsiones de una norma jurídica, por su semejanza con aquellos a ésta alude pueden ser sometidos a ella sin agravio de la justicia, en virtud del principio *ubi eade, ratio, ibique eadem, legis dispositio*.

La aplicación analógica de una ley no es una actividad creadora de derecho, puesto que la norma aplicada no es elaborada por el juez, sino que existe con anterioridad a su utilización.

Por otra parte, para Ignacio Burgoa, analogía significa:

Semejanza entre dos cosas distintas. Proviene del griego analoguía, palabra que se forma de *aná* (conforme) y *logos* (razón). Para asegurar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe la imposición de penas por analogía y por mayoría de razón. Por ende es preciso determinar el sentido de estos dos conceptos.

Toda ley tiene un objeto de regulación, el cual está constituido por el hecho, acto o situación jurídica que norma. Por virtud del carácter de generalidad de una regla de derecho en sentido material, la normación que ésta establece se extiende a todos aquellos casos concretos entre los cuales exista una relación de identidad, o mejor dicho, de semejanza absoluta. Una ley se aplica, pues a dos o más hechos, actos relaciones o situaciones exactamente iguales en substancia, sin que en esta aplicación pueda hablarse de analogía.

Pues bien, la regulación analógica que una ley establece, se traduce en la circunstancia de que ésta se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que presentan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud. Esta no debe ser absoluta, puesto que si así fuera la ley que normará los actos, hechos, relaciones o situaciones respectivas no se aplicaría analógicamente, sino de manera exacta. La semejanza que debe haber entre un caso expresamente regulado por una norma jurídica y otro u otros que no estén previstos en ésta, es de índole relativa. En otras palabras, la similitud entre dos casos reales debe existir en cuanto a ciertas y determinadas modalidades, comunes a ambos: causa, efectos, formalidades, capacidad de los sujetos, etc. Por ende, la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales, (actos, hechos relaciones o situaciones que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamen-

te reguladas no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.¹⁴²

De las definiciones antes anotadas podemos concluir que la analogía, en términos jurídicos se refiere a la aplicación de una ley a un caso, que si bien no es el exactamente previsto en ésta, sí guarda con la hipótesis normativa de que se trate, suficientes similitudes que hacen razonable y, por ende, justificadamente aplicable tal norma, de ahí que en nuestra opinión los elementos sustanciales de la analogía son: la aplicación de una norma a un caso no previsto exactamente en ésta y la similitud que sin embargo guarda este caso con la hipótesis normativa de que se trate.

La aplicación analógica de una ley en sistemas codificados como el mexicano, parte del principio de que resulta imposible que el legislador prevea todas consecuencias y conflictos que puedan derivarse de las relaciones humanas, sin embargo, se acepta también que en caso de controversias, éstas no pueden quedar sin solución judicial (el acceso a la justicia es un derecho fundamental en los Estados democráticos, que buscan garantizar que los gobernados no se hagan justicia por sí mismos, lo cual derivaría en la aplicación de la ley del más fuerte, debido a ello el acceso a tribunales imparciales pretende dar certeza de que un órgano especializado resolverá el caso concreto aplicando, aun de forma analógica, normas previamente establecidas, con lo que se disminuye la arbitrariedad), de ahí que se permita que a un caso que por sus características sea similar mas no idéntico a la hipótesis prevista en una determinada norma jurídica, pueda serle aplicado en su resolución dicha norma, bajo el principio que dicta que donde existe la misma razón debe existir el mismo derecho.

En el derecho comparado, podemos encontrar ejemplos de la permisión de la aplicación analógica de fórmulas legales, por ejemplo, en los sistemas jurídicos de derecho islámico que permiten la resolución de conflictos bajo la figura del Qiyas.¹⁴³

¹⁴² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo*, p. 50.

¹⁴³ El derecho coránico, como derecho revelado no puede ser creado por el hombre, fue dado por Alá al profeta Mahoma, de ahí que ante la limitación en la creación normativa, se tenga que recurrir a fórmulas que permitan el desarrollo de la actividad jurídica, tales como el descubrimiento de preceptos jurídicos que se contienen no en una nueva norma, sino que se desprenden del derecho revelado, esto es, el Corán, la Sunna o el Idjma, de los que se derivan los libros del fiqh, esto es la Sharia; y ante el "cierre de la puerta" en el mundo islámico, se ha permitido la aplicación de soluciones ya establecidas en el derecho musulmán a casos que no son exactamente iguales al previsto, pero que guardan relación con éste, lo que se denomina el Qiyas. Para una exposición muy sucinta de este aspecto se reco-

Asimismo, en el caso del sistema jurídico conocido como *Common Law*, que se basa en la resolución de controversias judiciales con base en decisiones previas que constituyen precedentes, de aplicación obligatoria a casos futuros, si bien no se trata estrictamente de una aplicación de la ley por analogía (en tanto que lo que se aplica es una decisión judicial), lo cierto es que los hechos juzgados en un caso y otro nunca son idénticos, de ahí que sea labor de abogados y jueces bajo este sistema establecer si los hechos materia de juicio son lo suficientemente similares a los que produjeron el precedente, para que la *ratio decidendi*¹⁴⁴ de éste deba ser aplicado al caso nuevo, esto es que deba resolverse por la misma regla de derecho previamente establecida, lo que tiene elementos de razonamiento por analogía en mi opinión innegables.

Como hemos apuntado, en el ámbito del derecho penal, se prohíbe expresamente la aplicación analógica de la ley, lo que tiene su explicación en la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados por esta rama del derecho, que es considerada como la ultima ratio del Estado, de ahí que solamente en casos muy concretos expresamente definidos en la ley se permita al poder público ejercer la violencia legal contra los gobernados, privándolos de bienes jurídicos tan caros como su libertad. Es por ello que, previo a la imposición de una sanción penal, el gobernado debe estar en aptitud de saber que la conducta que desplegó y que motiva dicha sanción se encuentra prevista en una norma penal, que la describe exactamente, sin lugar a dudas o interpretaciones subjetivas, para que con base en este conocimiento pueda determinar abstenerse de la comisión de dicha conducta, o bien proveer lo conducente para evitar incurrir en una omisión punible, cuando el bien jurídico tutelado por la ley penal provenga de un deber de cuidado.

mienda la obra de SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, de Editorial Porrúa.

¹⁴⁴ En el sistema jurídico del *Comon Law*, tienen gran relevancia los precedentes, esto es, las decisiones judiciales tomadas por las Cortes competentes, que deben ser observadas por las Cortes inferiores en la resolución de casos futuros que guarden similitudes suficientes que permitan establecer que deban ser resueltos bajo una misma fórmula de derecho, en lo que se conoce como la teoría del *Stare Decisis*, esto es, estar a lo resuelto, sin modificar lo que ésta firme. Así, en este sistema casuístico, el precedente resulta de la mayor importancia, y según la doctrina del *Common Law*, éste se divide en dos aspectos fundamentales: la *ratio decidendi*, que es la parte toral del precedente, que establece la regla general de aplicación del derecho, y el *obiter dictum*, que contiene razonamientos del juzgador que estableció el precedente, que si bien son importantes para ese caso concreto, su importancia se constriñe al contexto de ese solo asunto, y no implica como tal una regla de derecho.

Ahora bien, se encuentra pendiente establecer lo que podemos entender por mayoría de razón, para lo que seguiremos similar método que el que empleamos para definir la noción de analogía.

Así, en el *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo* de Ignacio Burgoa, encontramos respecto a la noción de mayoría de razón los siguientes razonamientos:

Toda ley está motivada por muy diversos factores de variada índole que en su conjunto constituyen su causa final, puesto que los elementos de su misma motivación implican su objetivo. Así, verbigracia, si mediante una ley pretende resolverse un problema económico, social, o político, éste sería la causa de su expedición, a la vez que su finalidad, ya que la tendencia normativa propendería a su solución.

Pues bien, puede suceder que un caso concreto revele los atributos de los factores de motivación y de teleología de una ley, genéricamente considerados, con mayores proporciones o mayor magnitud. Entonces, tomando en cuenta la causalidad final de la norma jurídica con vista a tales atributos y la presencia de estos en el caso concreto, la regulación legal puede imputarse a éste, lo que implica una aplicación por mayoría de razón (pp. 51 y 52).

De la transcripción anterior se puede concluir que la aplicación de una norma por mayoría de razón se actualiza cuando atendiendo a los fines por los que dicha norma fue emitida, ésta se aplica a un caso concreto que si bien no es el exactamente descrito en la norma, el mismo cuenta con tales atributos particulares que permiten establecer que la aplicación de la ley a ese caso resulta consecuente con la finalidad perseguida por el legislador al momento de emitir la norma de que se trate. Así, la aplicación analógica de la ley y la aplicación por mayoría de razón pueden distinguirse atendiendo a que en la aplicación analógica no forzosamente se atiende a la finalidad o aspecto teleológico de la ley a aplicar, sino a la similitud del caso concreto con respecto a la hipótesis normativa, mientras que la aplicación por mayoría de razón atenderá a colmar los fines teleológicos por los que fue emitida la ley, sin atender de forma exclusiva a la similitud del caso concreto, con la hipótesis normativa consignada en el propio ordenamiento.

Al igual que en el caso de la aplicación analógica, la aplicación de la mayoría de razón se encuentra expresamente proscrita por nuestra Constitución en materia penal, por las mismas razones por las que se prohíbe en esta materia la analogía, las cuales ya fueron explicadas.

Por último, en lo relativo al cuarto párrafo del artículo que comentamos, en el mismo se establecen prescripciones generales para la resolución de controversias del orden civil, incluso administrativo, las cuales se resol-

verán conforme a la interpretación jurídica del texto de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho.

De lo anterior podemos establecer que tratándose de las controversias antes referidas, el juzgador al resolver las mismas deberá optar en primer lugar por resolverlas conforme al texto de la norma, establecer la resolución del conflicto, aplicando para ello de forma exacta los postulados consignados en la ley, cuando los mismos sean de tal claridad y contundencia que no acepten interpretación multivoca, lo que en la práctica resulta de sumo improbable, pues la ley ha sido escrita en términos generales, a través de principios y postulados que requieren de un análisis que establezca su sentido y ámbito de aplicación, para lo cual en un ejercicio de hermenéutica el juzgador deberá interpretar su contenido, puesto que ésta es la única forma de aplicar una ley a un caso concreto, esto es, dilucidando de su contenido general y abstracto los supuestos que hacen aplicable la ley al caso de que se trate, por resultar idónea para su resolución conforme a derecho.

Sin embargo, pueden darse casos que no se encuentren previstos expresamente por la ley; las relaciones humanas son de diversa índole, de complejidad tal que resulta imposible que el legislador prevea en el marco legal todos y cada uno de los supuestos que pueden dar lugar a una controversia, sin embargo aun tales casos deben encontrar solución por medios civilizados, sociales, organizados, incluso vinculantes, en los que se garantice la imparcialidad, es decir que tales casos difíciles deben encontrar una solución dictada cuando ello sea necesario por una autoridad judicial, de ahí que nuestra Constitución permita que esta clase de asuntos (con excepción de la materia penal, por las razones ya expuestas) puedan encontrar solución aun cuando no exista una norma que los regule, sin embargo tal solución no puede ser de tal manera arbitraria que dependa del mero criterio del juzgador, sino que debe basarse en ejercicios interpretativos, como ya expusimos, o bien recurrir a la aplicación de los principios generales de derecho, es decir, máximas jurídicas que determinan la identidad específica del sistema jurídico de que se trate, generalmente aceptadas aun de forma dogmática en el foro judicial.

Entonces, ¿qué son los principios generales de derecho para los efectos del artículo que comentamos?

De nuevo el Dr. Burgoa resulta claro en su exposición sobre esta idea, al establecer en su citado *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo* que para la doctrina no hay un consenso de lo que debe entenderse por principios generales de derecho, puesto que para algunos juristas éstos son aquellos postulados que pueden obtenerse o mejor dicho extraerse del análisis

integral del sistema jurídico de que se trate, y cuya constancia en el mismo permiten investirlo bajo una determinada característica que le da identidad. Asimismo Burgoa señala que para otros juristas los principios generales del derecho son aquellos que se desprenden de los postulados del derecho romano, pero, como afirma nuestro célebre autor, esta descripción solamente sería válida para aquellos sistemas que encuentran su influencia y desarrollo en tal derecho, no así para otras tradiciones jurídicas, como lo sería el *Common Law* o los sistemas jurídicos coránicos. Para otros juristas los principios generales de derecho son "los principios universalmente admitidos por la ciencia jurídica", lo que supone una petición de principio, puesto que debe establecerse previamente cuáles son los "principios universalmente admitidos por la ciencia jurídica". Asimismo, según ilustra Burgoa, existen otros planteamientos que atienden al derecho natural como base de los principios generales del derecho, lo que de nueva cuenta supone la universal aceptación de las nociones que correspondan al derecho natural, en tanto a la finalidad del hombre, su racional desenvolvimiento dentro de su entorno, etc., que implican cuestiones que están lógicamente determinadas por planteamientos filosóficos y cosmogónicos propios de las culturas o sociedades que los desarrollen, por lo que los postulados del derecho natural tampoco pueden aceptarse de forma universal para todas las sociedades y en todo momento histórico.¹⁴⁵

Nosotros, por lo tanto, nos quedamos al igual que el Dr. Burgoa con la primera de las nociones anotadas, lo cual nos permite concluir que los principios generales del derecho estarán determinados por la cultura, costumbres, tradiciones, valores, instituciones, intereses, de tal relevancia para una sociedad que son los que determinan a fin de cuentas la identidad del sistema normativo; por ende tales principios generarles no resultan inmutables, puesto que se verifican y están condicionados por un determinado momento histórico, por lo que ante esta clase de casos difíciles es tarea del juzgador determinar cuáles son los principios generales de derecho que ante un caso no previsto en la ley permitan darle una solución jurídica al conflicto de que se trate, para lo cual se debe acudir al contexto histórico, finalidad de la organización social, valores relevantes, postulados en los que el sistema normativo o jurídico se basa (nociones de equidad, justicia, interés público, organización de la propiedad privada, factores económicos, derechos sociales, etc.), evolución histórica del mismo, etc., para con ello poder determinar cuáles son los principios generales de derecho aplicables

¹⁴⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

al caso y que permiten dar una solución equitativa al planteamiento o controversia que le es planteada, y que, como se ha dicho ya con antelación, de ninguna manera puede quedar sin solución, puesto que ello implicaría no solo denegar justicia, sino abrir la puerta a que los ciudadanos se hicieran justicia de propia mano.