

ANÁLISIS DE LA RETROACTIVIDAD

Reflexiones en torno a la nueva Reforma Penal del Estado

Jesús Abraham Martínez Montoya*

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, NOCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A la aplicación de una ley a hechos ocurridos antes del inicio de su vigencia, se le llama retroactividad. El tema de la retroactividad de la ley guarda problemas que resultan inquietantes, los cuales se observan con mayor frecuencia cuando se realizan reformas a diversos ordenamientos. Aquí, trataremos de abordar algunos aspectos referidos a dicha aplicación retroactiva de la ley, no sin antes hacer una breve reseña de la mención de dicha figura jurídica en la historia del derecho mexicano, desde la primera constitución republicana de principios del siglo XIX.

Originalmente, la Constitución Mexicana de 1824 establecía de manera explícita la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes. Textualmente decía:

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

Luego, esta Carta Magna establecía que las leyes vigentes fueran las únicas aplicables. En 1856, durante los trabajos de revisión que habrían de culminar en la Constitución del año siguiente, se abordó el término "retroactividad" con una nutrida discusión de los juristas de la época.

El Lic. Eduardo Ruiz, en su obra *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo, de 1888*, hace profundas reflexiones del artículo 14 Constitucional, el cual literalmente decía:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede

* Profesor de tiempo completo adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Instituto de Ciencias Sociales y Administración. Seminario Permanente de Teoría y Legislación. Ponencia para sesión número 39. Ciudad Juárez, Chih., octubre de 2009.



ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

El citado dispositivo estaba redactado en el proyecto original, en su artículo 4º, de la forma que sigue:

No se podrá expedir ninguna ley retroactiva, ex post facto, o que altere la naturaleza de los contratos.

Comenta el catedrático de la Escuela Nacional de Jurisprudencia que fueron varios los oradores que atacaron el contenido de este artículo; algunos, por la redacción latina pidiendo que se redactara en castellano y, en su lugar, se colocara "a toda clase de leyes"; otros, porque las leyes retroactivas pueden alterar la na-

turaleza de los contratos y, por tanto, habría peligrosas reformas. Sin embargo, es la jurisprudencia americana la que define que el adjetivo *ex post facto* sólo es aplicable en materia criminal, no así en materia civil.¹

Adicionalmente, Eduardo Ruiz advierte sobre lo delicado que es entender la retroactividad absoluta, e indica que la retroactividad debe ser considerada prohibida cuando afecte derechos naturales:

Pero no nos referimos a la retroactividad de las leyes de una manera absoluta, sino solamente en cuanto afecten los derechos naturales, pues hay leyes, cuyo efecto retroactivo no viola ninguna garantía constitucional; al contrario algunas de ellas favorecen al hombre, otras facilitan el despacho de los negocios sin perjudicar a nadie, y otras por último, tienen un carácter que las hace de por sí retroactivas en bien de la sociedad.²

La redacción del texto en análisis de la Constitución de 1857 prohíbe, claro está, la expedición de leyes retroactivas que muchos entendieron como una ley que le ponía un freno al Poder Legislativo, pues era el único que podía expedir leyes. Sin embargo, son también el Poder Ejecutivo y Judicial los que, por su parte, realizan la aplicación de la misma y, por ende, también los constriñe, pues resulta incuestionable que una ley inconstitucional no viola ninguna

¹ *Ex post facto* laws are such as create or aggravate crime or increase the punishment, or change the rules of evidence for the purpose of conviction... The phrase **only applies to** penal and criminal laws, which affect private rights forfeitures or punishment, and not to civil proceeding which affect private rights retrospectively. *Paschal's Annotated Constitution*. Núm. 143.

² Ruiz, Eduardo. *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*, tomo I, página 162, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, México, 1988.

garantía si ésta no es aplicada en perjuicio del individuo.

Para Eduardo Ruiz no deben considerarse los trabajos previos, comentarios, debates o en general lo que declare un notable jurista que haya participado en la elaboración de la constitución para hacer la interpretación de la misma, pues afirma que la interpretación debe realizarse en un sentido político.

¿ES VÁLIDO APLICAR RETROACTIVAMENTE UNA LEY?

En la actualidad ya se ha explicado cómo, en los escenarios de la argumentación jurídica, la interpretación de la ley produce una norma nueva, aunque no *de facto*. Esto es lo que ha ocurrido con las interpretaciones de los Tribunales Colegiados e incluso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, al interpretar la prohibición retroactiva del artículo 14 de nuestra Constitución Política Mexicana. Los magistrados y ministros señalan, mediante un argumento *a contrario sensu*, que es válida la aplicación retroactiva de la ley si ello causa un beneficio. Considero que tal razonamiento es más bien un juego lingüístico o gramatical. Esto deja entrever que, efectivamente, se alcanza una nueva versión de la norma, lo que veremos en algunas tesis más adelante.

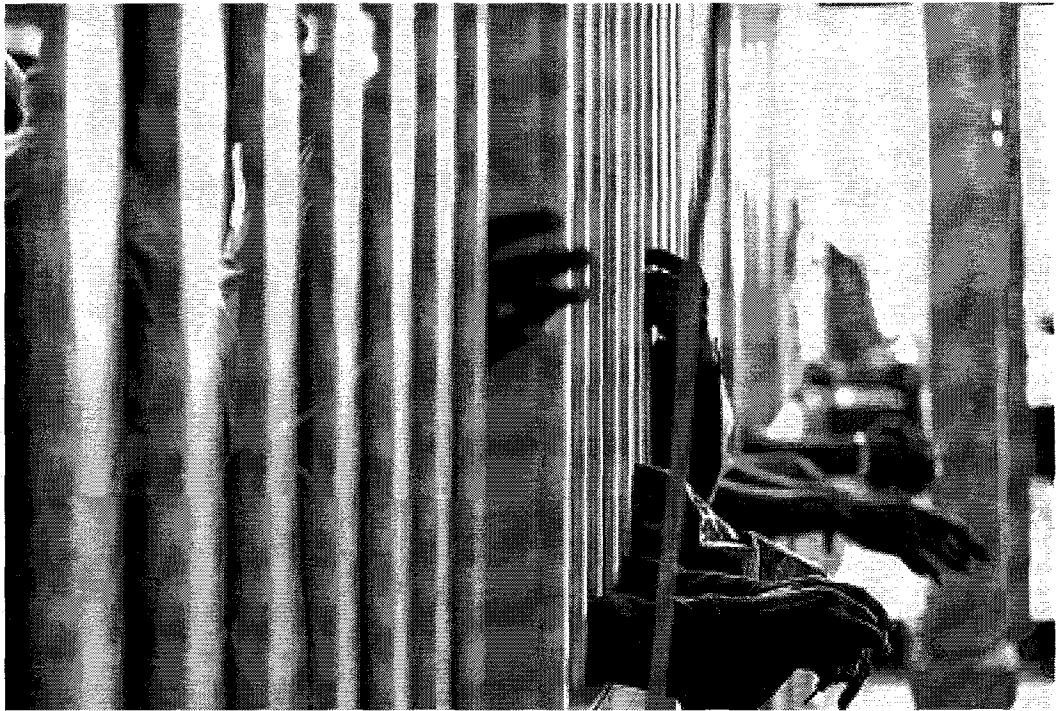
En efecto, Nuestra Carta Magna, específicamente en el primer párrafo del artículo 14

Constitucional, textualmente establece:

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

Connotados ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito en nuestro país han tenido a bien, dentro de su respectiva función jurisdiccional, realizar interpretaciones de las leyes federales y de artículos de la Constitución Federal, valiéndose de un método de interpretación que los juristas denominan "*a contrario sensu*", es decir, "en el sentido contrario". Pero, hay que decirlo, más que un método de interpretación se trata de un juego lingüístico, cuya operación consiste en invertir palabras contenidas tanto en el supuesto como en la consecuencia previstos en la norma jurídica. Así, la inversión en el referido texto constitucional de las palabras "ninguna" y "perjuicio", cambiadas ambas por sus respectivos antónimos gramaticales, da como resultado: "*a toda ley se dará efecto retroactivo en beneficio de persona alguna*" (o, en lugar de **beneficio**, invertir a **no perjuicio**, como válidamente corrige el Mtro. Carlos Gutiérrez Casas). Lo anterior, en modo alguno altera la esencia del texto normativo, sino que tiene una mayor apreciación realizada por los altos tribunales que invariablemen-

...pero no nos referimos a la retroactividad de las leyes de una manera absoluta, sino solamente en cuanto afecten los derechos naturales.



te han dictado tesis aisladas y jurisprudencia en las cuales se ha determinado aplicar retroactivamente la ley penal cuando ésta beneficia al reo. Tan sólo por citar algunas, enseguida se reproducen textualmente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY SUSTANTIVA PENAL. REFORMAS LEGALES SUPERVENIENTES EN EL PROCEDIMIENTO. ES CORRECTA LA APLICACIÓN DE ÉSTAS CUANDO SE PRODUCE EN BENEFICIO DEL INTERESADO Y SIN AFECTAR DERECHO DE TERCERO.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado a contrario sensu, es correcto aplicar retroactivamen-

te una ley cuando este proceder beneficia al interesado, siempre y cuando no pueda afectar el interés jurídico de tercero. Por ende, debe considerarse que en los casos en que un determinado acto o hecho se haya producido durante la vigencia de una determinada ley y que la legalidad de éste o de sus efectos deba ser determinada cuando son otras diversas las normas legales que le son aplicables, el juzgador debe aplicar las normas que resulten ser más favorables al interesado, siempre y cuando se dé satisfacción a la condición mencionada. En consecuencia, teniendo en consideración: 1º. Que la observancia de las reformas legales debe ser inmediata en cualquier instancia, aun en el juicio de garantías, dada la naturaleza misma que les corresponde, pues no puede du-

darse que la sociedad está interesada en que los actos de aplicación de la ley se refieran a las normas en vigor y no aquellas que ya no tienen fuerza obligatoria, a pesar de que bajo su vigencia se haya producido el acto o hecho jurídico que es materia del juicio, y, además, porque por encima de la determinación de abrogar una ley o de derogar o modificar determinados preceptos, está el interés público en que dicha ley o normas dejen de ser aplicadas; 2º. Que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 77, facción II, de la Ley de Amparo, la sentencia constitucional debe referirse concretamente a los fundamentos legales que determinan el sentido de la resolución, lo que se traduce en la expresión clara y específica de las normas legales que son aplicables al caso; y, por último, 3º. Que resolver en el juicio de amparo, que es constitucional un determinado acto de autoridad, porque satisface las exigencias que establecen los preceptos legales que lo regían en la fecha en que se produjo, sin analizar el contenido de las nuevas normas legales que le son exactamente aplicables, se traduciría en: a). No respetar la garantía consagrada por el artículo 14, primer párrafo, de nuestra Constitución Política, al disponer, a contrario sensu, que es correcto dar efecto retroactivo a las leyes cuando esto beneficia al interesado y no perjudica derecho de tercero; b). Aplicar una ley que no es

vigente y, por ende, juzgar un acto de autoridad con base en normas que no le son aplicables; c). Desatender la voluntad del legislador, y, por tanto, la voluntad democrática del pueblo expresada a través de los órganos competentes, que determinó abrogar la ley o derogar o modificar los preceptos legales correspondientes, evidentemente por considerar que son las nuevas normas legales, y no las de anterior vigencia, las que deben de regir al acto reclamado; y, d). Afectación ilegal directa al quejoso pues se declararía que es constitucional el acto de autoridad que le afecta, a pesar de que en la fecha en que se dicta esa determinación es ostensible que las normas que determinan la legalidad de dicho acto son otras diversas cuyo contenido puede, acaso, ser exactamente opuesto al que se fija en las normas aplicadas. Debe concluirse que, en el juicio de amparo, cuando dentro del período que se comprende de la fecha en que se produce el acto reclamado a aquella que corresponde el día en que se resuelve definitivamente sobre su legalidad, entran en vigor reformas legales que benefician al quejoso al modificar su situación jurídica frente al acto que impugna, la constitucionalidad de éste debe ser analizada a la luz de las disposiciones que más beneficios generan o que menos perjuicios producen al que se dice agraviado, en la medida

 II



en que tal actuación se lleve a cabo sin afectar derechos de tercero.

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL NOVENO
CIRCUITO**

IX. 2o. J/13

Amparo en revisión 136/93. Luis Fernando Leal Beltrán. 8 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

Amparo directo 323/93. José Luis Cuevas Martínez. 10 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Artemio Zavala Córdoba.

Amparo directo 351/93. Felipe Gómez Rodríguez. 17 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Víctor Pedro Navarro Zárate.

Amparo directo 380/93. Jesús Morales Ortiz. 1º de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretario: Víctor Pedro Navarro Zárate.

Amparo directo 345/93. Rubén Peña Tapia. 1º de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretario: Rafael Rivera Durón.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judi-

cial de la Federación, Octava Época. Número 74, febrero de 1994. Pág. 75. Tesis de Jurisprudencia.

**RETROACTIVIDAD.
CUANDO CORRESPONDE
AL ÓRGANO DE CONTROL
CONSTITUCIONAL RESOLVER
SOBRE LA APLICACIÓN DE LA
LEY PENAL MÁS FAVORABLE**

El juicio de amparo es, en esencia, un medio de defensa cuyo objeto es examinar la legalidad del acto reclamado, pues el órgano de control constitucional decide si el acto reclamado viola o no garantías individuales, y en las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, no pudiéndose admitir ni tomar en consideración las pruebas no rendidas ante dicha autoridad; así pues, sería ajeno al objeto, esencia misma del juicio de amparo, disponer que se apliquen en beneficio del quejoso, las reformas de que hubiera sido objeto la Ley Penal (previendo una pena más favorable al sentenciado) cuando tales reformas no estaban vigentes al emitirse la sentencia reclamada, pues la litis en el juicio de amparo consiste en decidir si la sentencia reclamada se dictó conforme a la Ley Penal aplicable, es decir, la ley vigente cuando sucedieron los hechos o cuando la sentencia fue emitida, siendo de advertir que conforme al artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y

para toda la República en Materia de Fuero Federal, si entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley, ésta deberá aplicarse retroactivamente cuando beneficie al inculpado o indiciado y corresponde hacer dicha aplicación a la autoridad que conozca del asunto; es decir, si no ha concluido el proceso, será el juez o tribunal de apelación que conozca de él, quien aplique la nueva disposición legal, mientras que si se trata de sentenciados, la aplicación de la misma corresponderá al Poder Ejecutivo, encargado de la ejecución de las sanciones, aplicar la ley más favorable.

**PRIMER TRIBUNAL
COLEGIADO DEL NOVENO
CIRCUITO**

IX. 1o. J/16

Amparo directo 285/93. Roque Robledo Luna. 30 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Chowell Zepeda. Secretario: Juan Castillo Duque.

Amparo directo 365/93. Juan Espíndola Hernández. 25 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 399/93. Emiliano Hernández Rivera. 13 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 419/93. Celestino Espinoza Gon-

...si entre la comisión de un delito y la extinción de la pena, surge una nueva ley, ésta deberá aplicarse retroactivamente cuando beneficie al inculpado o indiciado...

zález. 13 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Amparo directo 116/94. Javier Antonio de la Cruz Maldonado. 28 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Francisco Miguel Hernández Galindo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Número 79, julio de 1994. Pág. 63. Tesis de Jurisprudencia.

**NORMAS PROCESALES:
APLICACIÓN RETROACTIVA
PROHIBIDA E IMPOSIBLE
JURÍDICAMENTE**

Las normas procesales tienen una especial naturaleza, que es la de establecer la forma, requisitos y pasos en el trámite que se establece para la conclusión de todo litigio que, como ya sabemos, y es de explorado derecho, finaliza conforme a las etapas del procedimiento, o bien, con la solución del litigio sometido a

Una característica de las normas procesales es que tienden a regular el supuesto que acontece en cada paso del procedimiento. Es decir, cada norma procesal cobra aplicación en el preciso instante en que aparece el acto a regular.

la consideración de la autoridad judicial o administrativa.

Una característica de las normas procesales es que tienden a regular el supuesto que acontece en cada paso del procedimiento. Es decir, cada norma procesal cobra aplicación en el preciso instante en que aparece el acto a regular, de tal suerte que ineludiblemente se activa de manera instantánea cuando aparece el acto (dentro de procedimiento) a regular. Por lo tanto, la aplicación de las normas procesales indefectiblemente siempre será la norma que está vigente. Esta breve reflexión se puede corroborar en no pocas razones expuestas por los altos tribunales y para ello se citan algunas:

Dicho en otras palabras, las leyes procedimentales establecen las formas en que ha de tramitarse algún litigio y las etapas de las que ha de constar. Pues bien, pudiera ocurrir que se haya iniciado un proceso y que la última etapa haya sido reformada o modificada por una ley que, aunque posterior al inicio del trámite, podrá la norma nueva esperar pacientemente el nacimiento del hecho a regular dentro del mismo procedimiento, siendo por supuesto la norma de la misma naturaleza y compatible en el trámite. Por lo tanto, las normas procesales en esencia son de imposibilidad retroactiva, al efecto ha reflexionado la Suprema Corte de la Nación a través de sus tribunales.

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

Se ha discutido si la retroactividad debe tener por objeto únicamente las normas sustantivas o si pueden incluirse las procesales. En efecto, la retroactividad de la ley únicamente puede recaer sobre las normas sustantivas, por las razones que enseguida exponemos.

Las normas procesales tienen una naturaleza propiamente retroactiva. Esto es, las normas que denotan un procedimiento o establecen mecanismos procedimentales son aquellas que describen una hipótesis normativa que nacerá cuando en una secuela procesal ocurra el supuesto, es decir, el hecho que actualiza la norma.

¿SON ADJETIVAS LAS NORMAS CONTENIDAS EN LAS LEYES PROCESALES?

No siempre. Si revisáramos históricamente la forma en que se han formado los ordenamientos nos daríamos cuenta que, incluso, en Roma no había propiamente un ordenamiento procesal y otro sustantivo, pero sí un ordenamiento con una mezcla de normas jurídicas: unas eran de carácter sustantivo y otras invariablemente adjetivas. Recuérdese el *Corpus Iuris Civiles*, de Justiniano. Lo mismo ocurre en nuestras legislaciones, el señalamiento de cuáles son los delitos calificados como graves se encuentra en el artículo 145 bis de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Esta-

do de Chihuahua de 1987. Sin embargo, dicha norma no indica ningún procedimiento. Esta calificación de los delitos también ocurre en el Código Penal de Nuevo León, en su numeral 16. Otro ejemplo es la enunciación del derecho del acusado a obtener la libertad provisional bajo caución que se encuentra garantizado en la fracción I del artículo 20 Constitucional, sin ser ésta una norma procesal.

LA NUEVA REFORMA PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EXCEPCIÓN

La entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, a partir del día primero de enero de 2007, ha causado inquietud y especial interés no sólo entre los funcionarios judiciales, sino entre abogados postulantes, agentes del Ministerio Público, académicos y más.

Así lo pone de manifiesto el primer transitorio de la reforma penal llevada a cabo en el estado de Chihuahua, que literalmente establece:

1 TRANSITORIO. Inicio de Vigencia. El presente Código iniciará su vigencia el día primero de enero del año 2007, con las modalidades que enseguida se precisan.

Y causa particular interés el tercer transitorio de la ley en comentario que literalmente sostiene lo siguiente:

3 TRANSITORIO. Abrogación. El Código de Procedimientos Penales promulgado el día dieciocho de febrero de 1987 seguirá rigiendo, en lo conducente, en los procedimientos iniciados con anterioridad a la aplicación del nuevo Código, y quedará abrogado en la medida en que aquellos queden agotados.

En apariencia, el tercer transitorio del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado es claro y prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Sin embargo, causa extrañeza la frase incidental que arriba se subraya: "en lo conducente". ¿Será acaso que, ciertamente, por una parte, está siendo claro el transitorio en la aplicación de los procedimientos anteriores al nuevo código, pero en lo conducente? es claro que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de 1987 es una legislación vigente aún, pero no para los nuevos hechos que ocurran.

Por otra parte, hay una norma sustantiva novedosa dentro del nuevo Código que establece los delitos que merecerán forzosamente prisión preventiva (artículo 176). Ahí se advierte que, en comparación con el numeral 145 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua de 1987, en el nuevo Código son menos los delitos considerados como de prisión preventiva forzosa.

Veamos. La anterior disposición señala grave un delito;

Se ha discutido si la retroactividad debe tener por objeto únicamente las normas sustantivas o si pueden incluirse las procesales.

*...sí un ordenamiento
con una mezcla de
normas jurídicas:
unas eran de carácter
sustantivo y otras
invariablemente
adjetivas.*

mientras la otra guarda silencio al respecto. Entonces, si aconteciera el supuesto donde alguien solicitara su libertad provisional bajo caución, rigurosamente tendría que razonarse cuál dispositivo "en lo conducente" sería aplicable.

La entrada en vigor de la Reforma Penal en el estado de Chihuahua, en este caso el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, constituye sin lugar a dudas un procedimiento casi totalmente diferente al sistema tradicional. Existen algunas excepciones, que consideramos figuras procesales homólogas, tal como la etapa de investigación, misma que en realidad no es otra cosa que la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público. No debemos olvidar que el contenido de esta ley de carácter local constituye un mandato constitucional, no obstante todas las diferencias que puedan existir en cuanto a las formalidades del procedimiento en uno y otro Código de Procedimientos Penales para el Estado: el Código nuevo y el viejo.

En efecto, a lo anterior debe añadirse que, en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua vigente hasta antes de las reformas procesales ya mencionadas, la función del Ministerio Público era precisamente la práctica de todas las diligencias necesarias para el total esclarecimiento de los hechos. Ello se encuentra de manifiesto en los artículos 1, 2,

110, 122 y demás relativos del Código de Procedimientos Penales para el Estado ya mencionado. También es de observarse que una vez que se haya demostrado la existencia de algún delito previsto y sancionado por el Código Penal para el Estado podrá el Ministerio Público ejercitar acción penal. Por supuesto que las formalidades de la averiguación previa en innumerables ocasiones han sido minimizadas por los altos tribunales, quienes se han limitado a establecer que el Representante Social sólo consigna hechos.

Ahora bien, es verdad que aun con el sistema tradicional, en la praxis se dan violaciones a las formalidades del procedimiento. Entonces, ¿qué sucede? ¿Acaso es nula toda la averiguación? ¿El error humano podrá fomentar una patente de impunidad, como si los hechos jamás hubiesen existido? Por supuesto que no. En esta interesante etapa de investigación o de averiguación (es notoria la similitud de los vocablos), en su desarrollo, es común que se pueda cometer una violación procedimental. Luego, la sanción no es anular todo de un pincelazo, sino que se le resta o desestima el valor probatorio que le hubiese correspondido con la observación de las formalidades. Así, la probanza podría en todo caso tener al menos valor de indicio o bien, darle correspondiente valor a los demás resultados que se arrojen en la investigación, como lo es el caso de esta jurisprudencia:



*La anterior
disposición señala
grave un delito;
mientras la otra
guarda silencio al
respecto.*

**DETENCIÓN SIN ÓRDENES
DE APREHENSIÓN Y DE
CATEO. NO NULIFICA LA
CONFESIÓN DEL INculpADO**

Aun admitiendo que el inculpado fue detenido sin orden de aprehensión emanada de autoridad competente, y que los agentes aprehensores se introdujeron a su domicilio sin orden de cateo, las violaciones que esa forma de actuar implican disposiciones constitucionales que no son reclamables en amparo directo, ni pueden serles atribuidas a las autoridades responsables de la sentencia o su ejecución, y tampoco tienen el alcance de anular la confesión de dicho inculpado ante la Policía Judicial Federal, si no existen datos que lleven la certeza de que su declaración haya sido moral o físicamente

coaccionada. Este tribunal no desconoce que lamentablemente con demasiada frecuencia las autoridades investigadoras utilizan en las aprehensiones métodos reprobados por nuestra Carta Magna; pero en atención a la técnica del amparo directo, las más de las veces no compete a este tribunal analizar ese tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos del quejoso para ejercitar las acciones judiciales relativas ante las autoridades correspondientes.

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL QUINTO
CIRCUITO**

531

Octava Época:

Amparo directo 268/91.

Rubén Miranda Fimbres. 13



de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 226/92. Pedro Torres Jorqueras. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 266/92. Rodolfo Espinoza Bernal. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 267/92. Gregorio Murrieta Hernández y otro. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 289/92. Mateo Borja Hernández. 26 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Apéndice de 1995, Octava

Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 321. Tesis de Jurisprudencia.

Pareciera increíble, pero aún la realización de un cateo carente de alguna de sus formalidades tiene valor indiciario. Sin estar del todo de acuerdo, ya que cada acto que realiza la autoridad tiene su propia naturaleza y tendría que examinarse el error en cada una de sus manifestaciones y sus alcances, lo cual ya no corresponde resolverlo al derecho penal o a la política criminal, sino al campo de la argumentación.

DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN

Aplicación del anterior o del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua.

Todo individuo goza de las garantías individuales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La libertad provisional bajo caución es una garantía por excelencia. El hecho de que la autoridad jurisdiccional, en cumplimiento de las leyes locales y sobre todo de Nuestra Carta Magna, otorgue este beneficio constitucional, realiza uno de los actos más decorosos en favor del ser humano; por ello, es menester recrear este sustento, tal como lo denota textualmente el artículo 20 Constitucional, en su fracción I:

20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víc-

tima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

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

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

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

Solamente tratándose de aquellos delitos considerados como no graves es procedente el otorgamiento del beneficio de libertad bajo caución, o bien cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave, o cuando la libertad del inculpado represente un riesgo para el ofendido o para la sociedad, así demostrado esto último con elementos de prueba que demuestren ello por circunstancias y características del delito cometido.

Ya se apuntó anteriormente que aquellos actos procesales así regulados por la ley, que se actualizan de momento a momento en las etapas de procedimiento, generan el derecho a que se les aplique la norma procesal que está vigente al actualizarse el derecho que nace, sea por el impulso de las partes o que se tienen con el trámite normal de todo procedimiento penal.

También se sostiene que las normas procesales, por su naturaleza, sería inexacto que tuvieran una aplicación retroactiva. Ello resulta imposible, pues cada acto tiene un nacimiento a la luz en que se actualiza el supuesto procesal en cada paso del trámite que corresponde.

Lo que tampoco se debe olvidar es que la garantía de libertad provisional bajo caución no ordena que sea una regla que tenga

No toda norma inserta en una ley adjetiva es por ende una norma procesal, pues no todas demarcan un procedimiento o un paso dentro del trámite.

necesariamente que ser observada en las legislaciones procesales de las entidades federativas. A ciencia cierta, sabemos que existe una gran cantidad de normas contenidas en las legislaciones procesales, sean civiles o penales, pero que su naturaleza no es procesal. Vamos, no toda norma inserta en una ley adjetiva es por ende una norma procesal, pues no todas demarcan un procedimiento o un paso dentro del trámite, veamos algunos ejemplos.

En el Código Penal para el Estado de Nuevo León, la calificación de los delitos como graves se expresa en el capítulo I bis, artículo 16 bis, a diferencia de nuestro Código Penal para el Estado de Chihuahua, vigente en nuestro estado hasta antes de la reforma que entró en vigor el día 1º de enero de 2007, el cual define los delitos que se consideran graves, esto en su artículo 145 bis.

Lo anterior no constituye un error legislativo para nadie, sino que identifica los delitos que serán considerados como graves para otorgar el beneficio de libertad bajo caución a aquellos que lo ameriten conforme a la ley.

La libertad provisional bajo caución nace primero, y como garantía de todo gobernado dentro del marco constitucional, y así respectado por las legislaciones locales; sin embargo, dicho beneficio aparece regularmente dentro de las legislaciones locales procesales, así en algunos códigos procesales se contiene un artículo específico para la calificación de los de-

litos como graves; pero ello no significa que dicha calificación sea parte de un procedimiento, pues, el referido beneficio constitucional ningún acto procesal determina y, por lo tanto, no debería estar dentro de una legislación procesal, o ¿acaso es indispensable para la prosecución del trámite procesal correspondiente? ¿Qué sucedería si el multicitado beneficio estuviera dentro de la legislación sustantiva? Se trata de una garantía que incluso es de observancia dentro de la etapa de averiguación previa, lo cual de ninguna manera es un proceso sino un procedimiento que transcurre en la investigación de los hechos, se encuentre detenido el inculpado o en libertad provisional bajo caución. El procedimiento transcurre con o sin beneficio de libertad provisional bajo caución, sea éste pedido en cualquier etapa del procedimiento del proceso.

Existe, pues, el criterio de un Tribunal Colegiado que determinó la no retroactividad de la ley, tratándose de la libertad provisional bajo caución en razón a que se encontraba contenida en una ley adjetiva. Pero, veamos primeramente a nuestro compañero y amigo, el maestro Jorge Alberto Silva Silva, quien en su obra *Derecho Procesal Penal*, bajo el capítulo de "*Medidas Cautelares*", señala:

Las medidas de contracautela (más precisamente de contragarantías), afirma Calamandrei, para suavizar los



No se olvide, entonces, que en el caso de libertad provisional no se deniega el procesamiento, sino sólo la detención, es decir, se excarcela mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye a la detención provisional.

inconvenientes que podrían derivar de errores de previsión, dan al Juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a funcionar en el caso de que la providencia principal le sea favorable.

No se olvide, entonces, que en el caso de libertad provisional no se deniega el procesamiento, sino sólo la detención, es decir, se excarcela mientras sigue el proceso. Dicho de otra manera: la contragarantía sustituye a la detención provisional.

También se cita por el referido autor al maestro Rivera Silva, quien sostiene que el dinero adquiere un puesto tan

importante como el de la libertad, luego corregido por García Ramírez, quien expresa que no es el dinero el que queda en lugar de la libertad, sino en lugar de la prisión.

Consecuentemente, no se puede afirmar de ninguna forma que la libertad provisional bajo caución es un supuesto procesal, sino sustantivo. Más importante aún, se trata de un derecho fundamental, sin implicar entonces que la medida de prisión preventiva adquiera caracteres procedimentales, sino parte de la Política Criminal que encabeza el Estado, bien sea con finalidades de seguridad o prevención. Por lo tanto, la garantía constitucional en comento no puede ni debe considerarse como norma procesal, aunque se encuentre

incómodamente dentro de una ley adjetiva. Derivado de esto, se considera con ese particular error a la tesis de jurisprudencia que enseguida se cita:

**LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN. NO
EXISTE RETROACTIVIDAD
DE LA LEY EN PERJUICIO
DEL QUEJOSO, SI SE LE
NIEGA POR TRATARSE
DE DELITO GRAVE, AUN
CUANDO LOS HECHOS
QUE SE LE ATRIBUYEN
ACONTECIERON EN
LA ÉPOCA EN QUE SU
CONDUCTA DELICTIVA
NO ERA CONSIDERADA
GRAVE**

Resulta procedente negar la libertad provisional bajo caución al quejoso, si el delito por el que se le siguió proceso es considerado como grave, al estar sancionado con una pena privativa de libertad, cuyo término medio aritmético excede de cinco años, según lo dispuesto por el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal vigente. Por lo que aun cuando los hechos que se atribuyen al peticionario de garantías hayan acontecido en la época en que su conducta delictiva no era estimada grave, la aplicación del precepto en cita no viola la garantía de irretroactividad de la ley en perjuicio del impetrante del amparo, en virtud de que tratándose de normas procesales debe atenderse a los actos que

se verifican a partir de la entrada en vigor de las mismas y no fundarse en la ley adjetiva que regía al cometerse el delito.

**QUINTO TRIBUNAL
COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL PRIMER
CIRCUITO**

L5o.P.8P

Queja 205/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Queja 215/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Fernando Hernández Reyes. Secretaria: Beatriz Moguel Ancheyta.

Queja 225/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Jorge Arturo Sánchez Jiménez.

Queja 235/2000. 4 de octubre de 2000. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Arturo García Gil.

Instancia: *Tribunales Colegiados de Circuito.*

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIII, febrero de 2001. Pág. 1768.*



Tesis Aislada

Con todo lo expuesto, se puede considerar que las reformas que dieron origen al nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, en su artículo 8 literalmente establecen:

8. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este Código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

Es claro que ya el nuevo Código no contiene el catálogo de delitos que se consideran graves, sino que la medida restrictiva de libertad como medida cautelar tendrá carácter excepcional. Esto nos lle-

va a concluir que el nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua tiene beneficios incluso para los delincuentes que actualmente corren el riesgo de ser presentados ante un juez por la comisión de un delito aún bajo la vigencia de la ley anterior. Es indefectible el número de tesis de jurisprudencia que indican que se le aplique al reo la ley más favorable, se citan:

LIBERTAD PROVISIONAL
BAJO CAUCIÓN. DEBE
APLICARSE LA LEY
MÁS FAVORABLE AL
PROCESADO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido diversos criterios en el sentido de que tratándose de leyes procesales no opera el principio de retroactividad en favor del reo; sin embargo, si el procesado solicita el beneficio constitucional de libertad provisional

bajo caución, el juzgador no sólo debe tomar en cuenta la norma adjetiva que indica el procedimiento y requisitos de procedencia, sino también la norma sustantiva que contiene la conducta típica y la penalidad correspondiente, siendo que dicha norma será determinante para la concesión del beneficio; por tanto, si la norma adjetiva relativa a ese derecho, vigente al momento de los hechos le beneficia al solicitante y con motivo de una reforma le perjudica, debe aplicarse la ley sustantiva en beneficio del gobernado conforme a lo establecido en el artículo 14 Constitucional y concederse el beneficio de la libertad provisional bajo caución. En tales condiciones, si el delito de abuso de autoridad, previsto y sancionado (con penalidad que en su término medio aritmético rebasa los cinco años de prisión) en el artículo 215, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, fue cometido antes de la reforma del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 15 de septiembre de 1999, tiempo en que dicho ilícito no estaba conceptualizado como grave, debe concederse dicho beneficio, y no negarse, por la circunstancia de que con motivo de esa reforma, el citado numeral 268 estableció que son delitos graves aquellos cuya penalidad en su término medio aritmético exceden de cinco años de prisión. Además, el

régimen de libertad provisional, no obstante su regulación en una ley adjetiva, no debe considerarse como parte del procedimiento penal mismo, caso en el que sería aplicable el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino atendiendo a su naturaleza jurídica, de medida de carácter cautelar vinculada necesariamente con el delito objeto del proceso. En conclusión, no se trata de normas procesales en estricto sentido las que rigen ese derecho a la libertad provisional sino que además se encuentran dotadas de cierto contenido restrictivo de una garantía fundamental, como es la libertad del individuo. De seguir el criterio contrario, se podría caer en el absurdo de que en una misma causa penal y en igualdad de circunstancias en cuanto al delito y a la fecha de comisión, existan procesados, algunos con derecho a libertad provisional y otros que no la obtuvieron por la aplicación del nuevo precepto.

**PRIMER TRIBUNAL
COLEGIADO EN MATERIA
PENAL DEL PRIMER
CIRCUITO**

I.lo.P.67 P

Amparo en revisión 1461/99. 14 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Felipe Álvarez Medellín.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Fe-

deración y su Gaceta, Novena Época. Tomo XII, diciembre de 2000. Pág. 1400. **Tesis Aislada.**

**SEGUNDO TRIBUNAL
COLEGIADO DEL QUINTO
CIRCUITO
V.2o.4P**

Amparo directo 46/95. María Gloria Pérez Romero. 9 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretaria: María de los Ángeles Peregrino Uriarte.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo I, junio de 1995. Pág. 533. **Tesis Aislada.**

**¿LA ENTRADA EN VIGENCIA
DEL NUEVO CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTOS
PENALES PARA EL ESTADO
DE CHIHUAHUA DEROGÓ
O ABROGÓ, CON SU
ENTRADA EN VIGOR,
ALGUNA LEY?**

No. La entrada en vigor de la nueva ley no derogó ninguna ley procesal, de conformidad con el Artículo Tercero Transitorio del Decreto número 611/06 II P.O. publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 09 de agosto de 2006.

En efecto, expresamente refiere el citado transitorio que todos los procedimientos que se hayan iniciado de conformidad con la legislación procesal anterior, indefectiblemente se registrarán por

ella y no por la nueva ley. Si, por el contrario, la Reforma Procesal Penal hubiese derogado la anterior legislación procesal sería discutible la aplicación de las normas que le resultaran benéficas. Claro, siempre y cuando sean normas de carácter sustantivo. Ahora bien, la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua está visiblemente condicionada a ser aplicada sólo respecto de hechos que hayan ocurrido a partir del primero de enero de 2008 en el Distrito Bravos. Es curioso pero la entrada en vigor sí está condicionada a que se aplique efectivamente a los hechos que se cometan en las fechas referidas. Así lo establece el segundo transitorio del referido Decreto, el cual se menciona en el párrafo que antecede.

La aplicación retroactiva de las leyes va a encontrar a su paso, como principales problemas: a) la identificación de la norma como sustantiva o procesal, b) determinar si la norma no altera la naturaleza de los contratos civiles, y c) determinar si es benéfica al reo y no causa perjuicio a alguien, salvo al Estado. También importará, para el caso de aplicación de nuevas normas procesales, la homologación de la norma nueva. En este último caso, no por tratarse de una aplicación retroactiva sino para evitarla en perjuicio o, simplemente, para aplicarla como vigente al caso concreto.

Respecto de los comentarios a la Reforma Penal en el Estado y, para finalizar, hago hincapié

en que estas reflexiones nos llevan a concluir que en los procesos legislativos en los cuales se reforman o modifican las leyes, se advierte como en el caso de la Reforma Penal en el Estado que algunos delitos no sólo dejaron de ser considerados como graves, sino que, incluso, la medida de prisión preventiva se deja como recurso último. ¿Será acaso que

determinadas conductas resultan de mayor trascendencia para el Estado?, o ¿hay otras que dejaron de serlo? De ser así, el Estado considera innecesario apartar de la sociedad al individuo que cometió un delito que en la anterior legislación sí ameritaba que tal individuo, al menos preventivamente, estuviese recluido en el Centro de Readaptación Social.

