

## EL FEDERALISMO LEGISLATIVO Y JUDICIAL, ANÁLISIS DESDE LA REFORMA AL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO\*

Susana Gabriela CAMACHO MACIEL\*\*

*La constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejudicial e insertados plenamente como tales en derecho.*

*Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra del constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra.*

Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*

SUMARIO: Introducción. Capítulo I. Conceptos de federalismo y contexto en México. Capítulo II. Antecedentes históricos del federalismo y la evolución del concepto en México. Capítulo III. La reforma de justicia penal y el federalismo. Capítulo IV. Federalismo y Poder Judicial en México. Conclusiones. Bibliografía.

### INTRODUCCIÓN

En México estamos viviendo un importante reacomodo en la distribución de poderes resultado de un proceso de alternancia en el gobierno, pero también de una sociedad civil cada vez más activa con capacidades para establecer

\* Este trabajo fue presentado para obtener la especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de Derechos en la Universidad de Pisa, Italia, bajo la tutoría de la Maestra Ana Carmona Contreras de la Universidad de Sevilla, España.

\*\* Egresada de la Escuela Libre de Derecho. Directora de Proyectos Normativos de PROJUSTICIA, USAID.

agendas concretas en algunos temas. Instituciones, como la organización de tipo federal, están sufriendo cambios importantes resultado de nuevos factores políticos y jurídicos que por mucho tiempo permanecieron inmutables.

El federalismo fue motivo de serios conflictos al interior de México y discusión central desde la consumación de su independencia en 1821 y en las discusiones de los congresos constituyentes de 1824, 1836 y 1857. Para 1917 —un siglo después del movimiento independentista— cuando se expidió la constitución vigente, el federalismo continuaba siendo piedra angular del sistema político y jurídico mexicano, por lo que se establece sin más como principio irreductible de la organización política del país.

Pero los motivos que llevaron a la adopción de esta forma de organización de los poderes públicos, parecen distantes a la luz de la forma en que actualmente se materializa su ejercicio. El contexto político y social que llevó a México a la adopción del federalismo ha cambiado y con ello su conceptualización y ejercicio. Esto resulta más evidente desde el análisis de las reformas constitucionales que se han realizado en los últimos años respecto a la distribución de competencias entre federación, estados y municipios.

El estudio del federalismo en nuestro país ha sido abordado frecuentemente desde la perspectiva de la distribución de presupuesto. Lo cual es clave porque explica la forma en que se fortalece en mayor o menor medida, a través de la distribución de recursos, el papel de las entidades federativas y municipios frente al gobierno federal. La asignación del capital, al final del día termina por transformarse en una tendencia determinada sobre la influencia predominante del poder central o de las entidades federativas y municipios según la materia que se trate.

En este trabajo, optamos por explorar el federalismo desde el punto de vista de las fuentes del Derecho en cuanto a la distribución de competencias estatales y federales de legisladores y jueces. En particular se analizará la forma en que se están elaborando leyes y su interpretación en materia de seguridad pública y justicia penal, ya que en ésta se presentan novedades importantes en cuanto a su formación política y contenidos. El ejercicio del federalismo en esta materia nos puede dar un panorama que parece repetirse en otras áreas como las reformas educativa, electoral, de transparencia, energética, entre otras.

Así, por ejemplo, en cuanto al ejercicio de las facultades legislativas, la denominada reforma al sistema de justicia procesal penal se originó en 2003 en los estados y no en los poderes federales; además de haber sido fuertemente impulsada desde sus inicios por la sociedad civil y sólo después por

el gobierno. Aquí empezamos a vislumbrar cómo la constitución del país, en sentido político, termina impactando en las instituciones formales, como es el propio texto constitucional. Este génesis de iniciativas legales representa para México una forma sin precedentes de toma de decisiones políticas, que prácticamente no se manifestó durante el siglo XX.

De dicho análisis se pretende entender la configuración del papel del Congreso de la Unión frente a las legislaturas estatales, y que en realidad ha sido poco discutido desde los propios órganos involucrados. Así podríamos empezar a plantear la discusión abierta: ¿Cuál es la función actual del legislador federal y la del local? ¿Esto cómo debería influir en la estructura y contenido de las leyes? ¿Cómo se han de comportar los jueces ante un marco legislativo con las características que van adquiriendo las leyes en este nuevo contexto? ¿Qué características adquieren las reformas constitucionales en este contexto? ¿Para qué sirve el federalismo en este nuevo contexto?

En cuanto al poder judicial también es interesante empezar a analizar la distribución de competencias y si los jueces están asumiendo su papel como generadores de derecho. Por muchos años, y aún es una tendencia, los jueces mexicanos se han visto a sí mismos como intérpretes estrictos del texto de la ley. Pero es interesante observar que a raíz de modificaciones al texto constitucional —y no porque lo vean como parte de su papel o de la evolución del rol del poder judicial— ahora los jueces mexicanos se ven obligados a realizar la labor interpretativa de la constitución desde los tratados internacionales sobre Derechos Humanos por medio de un control difuso, y no concentrado como estaban acostumbrados.

En este sentido también la materia penal, constituye un cambio de paradigma para los jueces, ya que con la introducción de juicios acusatorios y orales en México en teoría se fortalece la autonomía de la primera instancia. En ese esquema el papel del juez federal competente para conocer del juicio de amparo, también cumple otras funciones.

Lo que actualmente se aprecia en las audiencias públicas, orales y sujetas a contradicción bajo el nuevo sistema procesal penal mexicano es precisamente que para muchos jueces esa forma tan exegética y formalista de interpretar el derecho no ha cambiado. Pero en principio tendría que ir evolucionando al enfrentar al juez ante la comunidad que exige respuestas a casos concretos en los que están obligados a ser conscientes de su papel como generadores de derecho e incluso de políticas públicas.

En el Capítulo I se revisarán algunos conceptos de doctrinarios clásicos del federalismo y la influencia que estos han tenido en el derecho positivo y la doctrina en México. También se identificará el desarrollo de elementos

claves para el federalismo como son las facultades expresas, concurrentes e implícitas, así como las características del órgano que dirime controversias en materia competencial, etcétera.

El Capítulo II está dedicado a una descripción histórica sobre el ejercicio del federalismo en México desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la actualidad, principalmente desde la perspectiva legislativa y judicial. El estudio de esta evolución permitirá identificar los actores que en esta evolución han cobrado importancia y, en función de ello, el rumbo que ha tomado el ejercicio del federalismo en sus diversas etapas.

En el Capítulo III se hace un recuento de los orígenes y desarrollo de la reforma al sistema de justicia penal en la última década. Así como de las características de dicha reforma que reflejan el sentido actual de la distribución de competencias locales y federales de legisladores y jueces. En este apartado se analiza en particular la categoría legislativa de “leyes únicas” que no existían en México y que permite plantear algunos cuestionamientos sobre la distribución de facultades entre la unión y los estados.

En el Capítulo IV se plantean algunos de los retos que tienen los jueces frente a dos reformas constitucionales relativamente recientes: la de Justicia Penal (2008) y la de Derechos Humanos (2011). Estas reformas implicarán una transformación del papel que asumen los propios jueces sobre sus funciones. Pero sobre todo, ambas reformas rompen el control centralizado del ejercicio de la jurisdicción, por lo que también terminará impactando en la forma en que se ejerce el federalismo.

## CAPÍTULO I

### CONCEPTOS DE FEDERALISMO Y CONTEXTO EN MÉXICO

El federalismo puede ser definido desde sus aspectos jurídico-positivos, pero ello nos haría perder de vista su caracterización en el ámbito político e histórico del cual se nutre desde su nacimiento. Los estudios actuales sobre constitucionalismo enfatizan las consideraciones históricas y políticas que originan a la constitución (no formal) de una sociedad o comunidad.<sup>1</sup> Así el contenido de los órdenes positivos, se analiza dentro del contexto en el que surgen o son interpretados. Principios, reglas y formas de organización del

<sup>1</sup> GIL RENDÓN, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*.

Estado plasmadas en textos constitucionales y leyes se vinculan con el momento y lugar de su origen.<sup>2</sup>

En ese sentido, el análisis del federalismo se ha visto enriquecido, precisamente por su naturaleza y esencia política, y sus bases terminan plasmadas en fórmulas constitucionales.

Por muchos años, se hizo un gran esfuerzo por definir al federalismo partiendo de ciertas premisas positivistas en tanto que se alejaba o acercaba al modelo originario estadounidense. Es decir, se medía el “nivel de federalismo” si existía un pacto entre entidades federativas y gobierno central en la constitución, la existencia de una constitución rígida, un órgano jurisdiccional o más bien constitucional que dirimiera contradicción entre estos, los principios que regulan la distribución de facultades y competencias, etcétera.<sup>3</sup>

Sin duda, para entender el federalismo es necesario acudir a sus orígenes en Estados Unidos, en particular las discusiones que dieron paso a esta forma de ejercicio del poder. Pero sin lugar a dudas, actualmente de este análisis no se puede desprender “el” modelo de federalismo. Aunque de la experiencia norteamericana se han tratado de extraer ciertas características formales para comparar el grado de federalismo en otros países, o su contraposición a formas de gobierno centralizadas, “el federalismo es algo demasiado mutable y fluido para que se pueda intentar analizar su naturaleza en términos estáticos”,<sup>4</sup> y reducirlo al modelo estadounidense hoy en día es insuficiente.

El federalismo ha sido estudiado desde la ciencia política y, en ciertas épocas, desde la perspectiva jurídica de manera separada. Actualmente en cambio, la tendencia de los estudios jurídicos del federalismo parecen ir en el sentido de considerar también los procesos históricos y políticos de cada país, aceptando que es una forma de organización que se adapta a las condiciones de cada uno.

No es propósito de este capítulo hacer un recuento de la historia y experiencias comparadas de los estados federales paradigmáticos, ya que el tema ha sido ampliamente estudiado por otros autores.<sup>5</sup> Lo que interesa a este estudio es simplemente retomar conceptos básicos aportados por tratadistas internacionales que han estudiado el fenómeno del Estado federal, para exponer cómo se traducirían al contexto de México y la postura de algunos doctrinarios desde la óptica del desarrollo histórico y político nacional.

<sup>2</sup> ZAGREBLESKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*.

<sup>3</sup> ARTEAGA, Elisur, *El sistema federal mexicano*, p. 14.

<sup>4</sup> LA PERGOLA, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 22.

<sup>5</sup> Ver GROPPI, Tania, *La reforma constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, y FINNER, German, *Teoría y práctica del gobierno moderno*.

### 1.1 Doctrina internacional

El federalismo como orden jurídico que admite la convivencia de dos órdenes jurídicos diferenciados que se articulan, es definido por Hans Kelsen en los siguientes términos:

El Estado Federal se distingue de un Estado unitario relativamente descentralizado, organizado en provincias autónomas, precisamente en esta autonomía constitucional de los Estados miembros, aunque tal autonomía sea limitada. Si las provincias son consideradas solamente como provincias autónomas y no como Estados miembros, ello se debe no solamente a que su competencia, especialmente tratándose de la legislación provincial, se encuentra relativamente restringida, sino también que tales provincias no tienen autonomía constitucional, porque sus Constituciones les son prescritas por la Constitución del Estado considerado en su totalidad, y sólo pueden ser cambiadas mediante una modificación de dicha Constitución. La legislación en materias constitucionales se encuentra aquí completamente centralizada, mientras que en el Estado federal sólo está incompletamente centralizada, es decir, se encuentra hasta cierto punto descentralizada.<sup>6</sup>

Desde este punto de vista, en efecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los estados autonomía para darse sus propias constituciones,<sup>7</sup> siempre y cuando éstas se sujeten a ciertas normas básicas establecidas la propia Constitución federal.<sup>8</sup>

Para Mouskheli *lo que caracteriza al Estado federal es el poseer un doble rostro: en ciertos aspectos se nos aparece como un Estado unitario, y si no tuviese otra cara se confundiría con él; pero en otros aspectos se nos presenta como una agrupación federativa de colectividades inferiores, descentralizadas hasta el más alto grado, y que toman parte en la formación de la voluntad del Estado.*<sup>9</sup>

Este autor analiza los orígenes de los Estados federales desde las fuentes positivas del Derecho, agrupándolos en aquellos que se originan en una ley interna (desconcentración) o un tratado internacional (unión).<sup>10</sup> Desde el punto de vista de Mouskheli dos son los elementos esenciales que caracterizan al Estado federal:<sup>11</sup> la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de los miembros y, aún más relevante, la participación de los estados-miembros

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 376 y 377.

<sup>7</sup> Artículo 115.

<sup>8</sup> Artículo 116.

<sup>9</sup> MOUSKHELI, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, pp. 149.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 271 a 319.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 279.

en la creación de la voluntad federal. Esta última característica a su vez se realiza de dos formas: directamente, por una Cámara en la que los Estados miembros están directamente representados; indirectamente, por su participación en la revisión de la Constitución federal. En su concepto:

El Estado federal es un estado que se caracteriza por una descentralización de forma especial y del grado más elevado; que se compone de colectividades-miembros determinadas por él, pero que poseen autonomía constitucional y participan en la formación de la voluntad federal, distinguiéndose de este modo de todas las demás colectividades públicas inferiores.<sup>12</sup>

En el caso de México el propio autor<sup>13</sup> lo refiere como un nacimiento atípico de Estado federal que proviene de una ley interna. Desde los primeros esbozos de actas constitutivas que se desarrollaron en México se advierte como objetivo fundamental, evitar que el territorio que integraba la Nueva España continuara disgregándose en múltiples entidades nacionales.<sup>14</sup>

En cuanto a la autonomía constitucional legislativa y ejecutiva de las entidades federativas, se encuentran aseguradas por la propia Constitución federal,<sup>15</sup> que establece que la República mexicana representativa, democrática, federal, estará compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior. En cuanto a la participación directa en la voluntad federal mediante una Cámara, el Senado se erige como cuerpo en el que se atiende la representación de las 32 Entidades Federativas.<sup>16</sup> Respecto a su participación en la revisión constitucional, además de que las reformas han de ser aprobadas por el Congreso, también se requiere que sea votadas por la mayoría de las legislaturas estatales.<sup>17</sup>

Friedrich,<sup>18</sup> en cambio, propone el análisis del federalismo más como un fenómeno ligado a la organización territorial de un Estado y no a partir de categorías como la soberanía preexistente de estados que la comparten o renuncian a ella con el gobierno central. La soberanía, en opinión de este autor, es una categoría un tanto ingenua diseñada por los juristas. Su propuesta se vincula más con el federalismo como una forma de división territorial del poder bajo una constitución.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>14</sup> *Infra*, ver Capítulo II.

<sup>15</sup> Artículo 40.

<sup>16</sup> Artículo 69.

<sup>17</sup> Artículo 135.

<sup>18</sup> FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, p. 188.



Para este autor, el federalismo es una organización política diseñada para comunidades donde territorialmente existen patrones diversificados de objetivos, intereses y tradiciones, que efectivamente pueden implementar por la conjunción de esfuerzos la persecución de objetivos e intereses comunes así como el fomento de tradiciones también comunes.<sup>19</sup> Señala que la organización federal también puede surgir cuando existen conflictos de intereses, tradiciones o propósitos en una unidad que no resultan lo suficientemente fuertes para sostener la unión.

En cuanto a los aspectos organizacionales de la federación, Friedrich propone la participación de los miembros mediante asambleas representativas igualitarias, un ejecutivo común que en particular represente a los miembros en cuestiones relacionadas con el exterior, y un órgano judicial o arbitral que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos.<sup>20</sup> La representación se caracteriza por la igualdad de representación de todos los miembros.

La descripción de este autor en cuanto a que el federalismo puede surgir de la necesidad de reconocer características comunitarias diversas dentro de un territorio amplio, que a la vez requiere de un gobierno central que canaliza intereses comunes de dichas comunidades, coincide plenamente con la historia del nacimiento del federalismo en México.<sup>21</sup> Al margen de analizar con mayor detenimiento el proceso histórico del federalismo en México, puede resumirse en que formalmente “fue adoptado por primera vez en el acta constitutiva del 31 de enero de 1824. La Constitución de 4 de octubre de 1824 lo hizo realidad. Desapareció transitoriamente en 1835, fue restablecido en 1847 de forma transitoria, y en 1857 de manera definitiva”.<sup>22</sup>

En cuanto a la representación igualitaria de los miembros, las entidades federativas están representadas por 3 Senadores (2 de mayoría y 1 de primera minoría). No obstante, dicha representación se alteró en 1998 mediante una reforma constitucional que introdujo la figura de los Senadores de representación plurinominal. Estos Senadores provienen de una lista propuesta por los partidos que no atiende al principio de representación equilibrada de los estados y constituyen una cuarta parte de esta Cámara.

<sup>19</sup> *Ídem.*

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 192 a 196.

<sup>21</sup> ARTEAGA, Elisur. *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, p. 17: “A través del recurso de descentralizar se estuvo en posibilidad de delegar parte del poder, su adopción permitió gobernar el gran territorio heredado de la colonia, detectar necesidades de poblaciones numerosas con costumbres e, incluso, con lenguas diferentes, También impidió la desmembración del territorio nacional”.

<sup>22</sup> *Ídem.*

Hasta aquí los autores invocados caracterizan al Estado Federal bajo ciertos requisitos formales que en el sistema mexicano es fácil identificar. Pero un poco más difícil es analizar bajo la perspectiva de quienes estudian al federalismo desde sus vínculos con el ejercicio de un Estado democrático de derecho (el caso de México).

Zagrebelsky, propone el estudio del federalismo más allá de la distribución política de competencias entre gobierno central y miembros, sino atendiendo a la pluralidad de individuos y comunidades que componen al Estado:

La Constitución del Estado democrático pluralista es el resultado de un acuerdo entre fuerzas políticas y sociales, con el fin de dictar, a través de éste, un diseño económico, social integral, acuerdo respecto del cual cada una de las fuerzas representa más que un fragmento, y que, por tanto, está substraído de la posibilidad de modificaciones unilaterales. Las constituciones del Estado federal democrático-pluralista, a diferencia de las liberales del siglo XVIII, son no solamente el lugar de distribución del poder político entre el Estado central y los estados miembros, sino también un medio de integración de grupos sociales, a través de la consagración de valores compartidos, relativos no a los estados, sino a los individuos o bien a las comunidades.<sup>23</sup>

En el contexto mexicano, justamente se está planteando cómo arribar a ese Estado democrático pluralista, y si la forma federal —más allá de estar en un punto de equilibrio o desequilibrio respecto del reparto de poderes— contribuye a la transformación de las funciones gubernamentales, y si éstas provienen y atienden a actores políticos que van cobrando fuerza, en un país que necesita reconocer las diferencias pero también generar acuerdos para avanzar en la concreción de ciertas metas comunes.

## 1.2 Doctrina nacional y federalismo en México

Como se puede apreciar de la comparación de las definiciones anotadas y su relación en el contexto nacional, la adopción del federalismo en México tiene un sustrato jurídico político, geográfico e histórico aparentemente bien fundamentado. Pero, habrá que analizar desde el derecho positivo y la doctrina nacionales algunos conceptos en torno al federalismo, para observar las particularidades que se le imprimen en este país.

<sup>23</sup> En GROPPÍ, Tania, *La Reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, p. 30.

El fundamento constitucional de la distribución de competencias entre la Federación y los estados la encontramos en el Artículo 124, que establece:

Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Es decir, que las facultades de la Federación tienen que estar expresamente reconocidas en el texto constitucional, mientras que las facultades originarias sobre el ejercicio del poder corresponden a los estados, quienes sólo por derivación del pacto federal, han renunciado a algunas de ellas y deben constar en la propia Constitución. Pero reconociendo que —a diferencia de Estados Unidos donde los estados tenían un alto grado de independencia antes de unirse— las provincias en México en la época colonial funcionaban bajo gobierno de corte central que operaba desde la capital, esta forma de determinación de las facultades para la federación y los estados no parece la más adecuada según algunos autores.

En ese sentido, Elisur Arteaga sostiene que “la circunstancia de que México, en 1824, al adoptarse el sistema federal, fuera unitario y centralista, con tendencias a desmembrarse, determinó la naturaleza y el sentido del federalismo mexicano; eso lo hace diferente de su modelo y, con el tiempo, ha llevado al extremo de que en la Constitución se regulen, en algún caso al detalle, materias que en otros sistemas se han considerado son del índole local”.<sup>24</sup> Parece reafirmar esta tesis, el hecho de que el Artículo 73 constitucional cuyo objeto es la definición de las materias que son competencia del Congreso de la Unión, es por mucho la disposición que más reformas ha sufrido desde su creación (75 de 1917 a la fecha).<sup>25</sup> Además de ello habrá que considerar la extensión que se ha dado a las facultades del Congreso federal a través de mecanismos como las denominadas facultades implícitas.

Hasta hace poco, el sistema jurídico nacional en el terreno legislativo los doctrinarios identificaban tres categorías de leyes atendiendo a la distribución de competencias entre congreso federal y estatales: facultades expresas, facultades concurrentes o coincidentes y facultades implícitas.

Las facultades de la federación en virtud del Artículo 124 citado son expresas, es decir devienen directamente del texto constitucional. Pero hay materias que tanto la federación como los estados pueden legislar, sin que ello implique una jerarquía entre ellas. A estas facultades la doctrina las ha denominado coincidentes. Finalmente, las facultades implícitas son aquellas

<sup>24</sup> ARTEAGA, Elisur, *op. cit.*, p. 8

<sup>25</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_art.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm)

instrumentales que se arroga el congreso federal para ejercer alguna otra que si está expresamente señalada en la Constitución. Sobre todo estas últimas son a las que recientemente, en materia penal, ha recurrido el Congreso de la Unión para legitimar la expedición de ciertas leyes que obligan tanto a la federación como a las entidades federativas, como se analizará más adelante.

Por ahora, basta mencionar algunos antecedentes de dichas facultades que han influido en la doctrina y el marco jurídico mexicanos.

Desde los padres del federalismo norteamericano ya se invocaba la necesidad de reconocer a los órganos centrales facultades que sin estar positivamente plasmadas en el texto constitucional se entendían necesarias para garantizar los fines que perseguía la propia confederación. Según Madison:

Sería fácil demostrar, si fuese necesario, que ningún poder importante de los que delegan los artículos de la confederación ha sido o puede ser ejercido por el Congreso sin recurrir más o menos a la doctrina de la interpretación de lo implícito... Ningún axioma se halla asentado más claramente en la ley o en la razón que el que dice que donde se hace obligatorio el fin, están autorizado los medios; dondequiera que se concede un poder general para hacer una cosa, queda incluida toda la facultad que sea necesaria para efectuarla.<sup>26</sup>

Esta teoría de las facultades implícitas fue confirmada por jurisprudencia norteamericana en el caso *McCulloch vs. Maryland*.<sup>27</sup> El hecho de que esta legitimación de las “facultades implícitas” proviniera de un órgano jurisdiccional, confirma que se trata de un Estado en el que el control constitucional a final de cuentas se deja a cargo del Poder Judicial, en contraposición a los sistemas parlamentarios.<sup>28</sup>

En el caso mexicano las facultades implícitas encuentran su fundamento en el Artículo 73 fracción XXX que establece que el Congreso de la Unión tendrá facultad “para expedir las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.

<sup>26</sup> HAMILTON, A., MADISON, S. y JAY, J., *El Federalista*, p. 192.

<sup>27</sup> FINER, Herman, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, p. 182: “La cuestión era: el congreso había dictado una ley en 1816 regulando el Banco de los Estados Unidos. Se estableció una sucursal en el Estado de Maryland que imponía una tasa sobre los créditos de cualquier banco o sucursal que se hubiese establecido sin su autoridad. McCulloch, el cajero de la sucursal de Maryland apelaba contra el fallo de los tribunales de Maryland. El Tribunal Supremo, hablando por mediación del juez principal Marshall, falló que el Congreso tenía derecho de nombrar dicho banco, y, por consiguiente, los Estados no podían disminuir el uso de este poder imponiendo tasas. En la Constitución no se establecía ningún poder especial de los Estados Unidos para establecer dicho banco. Pero esto se debía sólo a que todo lo podía quedar debidamente expresado en la Constitución. Tampoco quedaban excluidos de las constitución los poderes incidentales o implícitos”.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

En cuanto al ejercicio de facultades implícitas, el sistema mexicano sigue idéntica fórmula que el norteamericano, pero en la práctica son distantes. Mientras que en Estados Unidos la interpretación constitucional termina recayendo en el aparato judicial, en México el presidencialismo durante el siglo pasado pesó demasiado sobre el ejercicio de la judicatura, por lo que la generación de jurisprudencia al respecto fue muy parca. Hasta 1994, año en que se reformó la Constitución en el apartado del Poder Judicial Federal, que empezó a despuntar la participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de manera autónoma del Ejecutivo.<sup>29</sup> Cabe mencionar, que dicho órgano a demás de la justicia ordinaria federal tiene a cargo la función de Justicia Constitucional.

Como limitante al uso de las facultades implícitas por parte del Congreso Federal, se ha mencionado que debe existir una facultad expresa en la Constitución de la cual derivar aquéllas<sup>30</sup> y su interpretación tienen que ser lo más restrictiva posible.<sup>31</sup> Esto es porque la invocación de dichas facultades no puede tener otro efecto "que la proyección del poder central sobre los ámbitos locales y, a su vera, la legitimación del traslape que se consume con el reconocimiento judicial al ejercicio del poder federal, el cual se efectúa sin apoyo normativo expreso".<sup>32</sup>

## CAPÍTULO II

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FEDERALISMO Y LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN MÉXICO

Por mucho tiempo, incluso en la actualidad, muchos autores cuestionan el proceso histórico de la adopción del federalismo en México, aduciendo que se trató de una simple copia de la constitución norteamericana que no atendió

<sup>29</sup> MORALES-PAULÍN, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, p. 4.

<sup>30</sup> GAXIOLA, Francisco Jorge, *La crisis del pensamiento político y otros ensayos*, p. 81: "en virtud de esta disposición (73, fracción XXX), el Congreso queda facultado, no para crearse nuevas atribuciones o aplicar las que tiene a casos no previstos por la Constitución, sino para dar a sus propias facultades, por medio de leyes, los medios de llevarlas a cabo, con toda la amplitud indispensable a su eficacia, siempre y cuando no se trate de un nuevo poder sustantivo e independiente, sino que se limite a realizar una facultad expresamente concedida".

<sup>31</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, p. 150.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 151.

el contexto político nacional.<sup>33</sup> Esta visión ha sido muy difundida, al grado que actualmente las deficiencias en el ejercicio de dicha forma de reparto de competencias se sigue achacando al momento original de su adopción.<sup>34</sup>

En cuanto a los procesos que pueden dar paso al federalismo, teóricamente se han identificado dos tipologías, y a su vez de éstas se han derivado algunas características sobre su ejercicio. El primer prototipo es el de estados que se unen bajo un gobierno central, mientras que el segundo parte del desmembramiento de un estado unitario.<sup>35</sup> El acontecer histórico de México en el siglo XIX permite verificar que si bien el proceso federalista no se dio para unir estados como el sistema norteamericano; el federalismo en México sí fue la fórmula de solución para evitar la dispersión de territorios que estaban unidos bajo el territorio colonial de la Nueva España.

En ese sentido la Constitución del país, entendida ésta en términos socio políticos, sí tuvo una raíz federalista, pues se veía a esta forma de organización como una garantía de autonomía para las comunidades que no estaban cerca de la capital en un territorio sumamente extenso.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, coord., *¿Hacia un nuevo federalismo?*, p. 15: "Los estudios históricos alusivos al federalismo mexicano son escasos y reflejan el relativo interés que caracteriza a la historiografía mexicana por el estudio de las instituciones políticas y, en especial, el desinterés por estudiar las relaciones que se establecen entre las instituciones y los mismos actores políticos y sociales. El resultado es la persistencia de una imagen estereotipada según la cual las instituciones son realidades formales y lo que realmente cuenta es cómo se organizan los actores políticos y sociales para defenderse del poder del Estado. Este tipo de aproximación historiográfica descende de una ideología populista en donde el poder y, por tanto, las instituciones son impuestos a la sociedad por una minoría preocupada por defender sus intereses particulares y genera, por consiguiente, la oposición a las instituciones por parte de los actores políticos y sociales. De allí la abundancia de estudios en torno a revueltas, levantamientos y conflictos políticos y la ausencia de estudios sobre los procesos institucionales. Esta excesiva concentración de estudios acerca de los conflictos ha terminado por descuidar la comprensión de la otra vertiente: la de la colaboración, que es la que se manifiesta en la creación y transformación de las instituciones en la construcción del orden constitucional".

<sup>34</sup> DÍAZ Y DÍAZ, Martín, p. 145: "En un sistema federal los flujos continuos de poder entre el centro y la periferia son inevitables. En algunos casos, se trata de la construcción de un núcleo de poderes centrales a partir de entidades soberanas preexistentes; en otros por el contrario, existe previamente un poder unificado que decide su descentralización y, bajo este supuesto, la tarea principal consiste en dotar de entidad regional a ciertos órganos de ejecución limitada, abriendo nuevos espacios políticos para la decisión y el ordenamiento de la vida comunitaria. Además de estas dos variables principales, se suscitan otras derivadas de las modernidades mentirosas de ciertos Estados como el nuestro (México), que asumen los perfiles constructivos de un federalismo de tipo pacticio, sin que posean los rasgos históricos para darle realidad a ese pretendido pacto de origen. Manejar el federalismo en un plano aparente y encubrir con su perfil un ejercicio centralizado acarrea distorsiones que después muy difícilmente podrán enmendarse en beneficio de una institución sana". En el mismo sentido MATOS ESCOBEDO, p. 10.

<sup>35</sup> ARTEAGA, Elisur, *op. cit.*, p. 14.

### 2.1 Evolución del federalismo en el siglo XIX, sus orígenes

Al respecto vale la pena hacer una breve síntesis de los acontecimientos históricos en México durante el siglo XIX que resultaron claves en la definición del sistema federal:

La independencia de la Nueva España se consumó en 1821. Entre 1822 a 1847 en México se convocó a siete congresos constituyentes, que emitieron un acta constitutiva, tres constituciones y un acta de reforma. En 1822 se reunió el primer Congreso del México independiente que debía constituir la nación organizando una monarquía moderada, que llamará a un príncipe de la casa real de España.

El movimiento de independencia en un primer momento, en efecto, fue impulsado por fuerzas que apuntaban a la conservación de la estructura virreinal. Los intereses de la sociedad virreinal en México gobernaban desde el centro, con la posibilidad de adueñarse del poder desde la capital. Pero en las provincias reinaba un espíritu liberal que se extendía por todo el país y sólo el régimen federal era la opción para reconocer la soberanía de los estados que podrían combatir los elementos coloniales centralizadores.<sup>36</sup>

Llega al poder Agustín de Iturbide, un militar de la Independencia, y contrario a las tendencias liberales de las provincias, se terminó proclamando emperador de México. Este Imperio resultó absurdo “y los absurdos políticos sólo pueden sostener su vida efímera por medio de la fuerza: Iturbide disolvió el Congreso”.<sup>37</sup> Iturbide entonces convocó a la Junta Instituyente que pretendía congrega a los representantes de las provincias. Pero esta representación fue ficticia, de tal suerte que en menos de un año varias provincias empezaron a declarar su independencia.

Así que a pesar de que ya se había convocado a un nuevo congreso constituyente, se apremió a que el congreso existente votará por la institución de la República Federal. El nuevo constituyente, para evitar la disgregación de las provincias que habían empezado a emitir declaratorias de independencia,<sup>38</sup> en menos de dos meses emitió un Acta Constitutiva que daría lugar al primer texto constitucional de 1824. En ese contexto el sistema federal fue resultado de la imposición de las provincias. Pero en cuanto se publicó la Constitución, las legislaturas estatales comenzaron a proponer reformas sin las cuales amenazaban de separación de la federación.

<sup>36</sup> REYES, Heróles Jesús, *El liberalismo mexicano*, p. 32.

<sup>37</sup> RABASA, Emilio, *Op. cit.*, p. 4.

<sup>38</sup> Campeche, Yucatán, Oaxaca, Querétaro, Celaya y San Miguel el Grande, Zacatecas, Nueva Galicia, Nueva Santander, Guatemala.

Esta Constitución de 1824 tuvo importantes opositores en el clero y el ejército porque el sistema federal implicaba libertades públicas que no se querían reconocer. Entre 1824 y 1835 se empezaron a identificar dos tendencias: conservadores (clero y milicia) y liberales (federalistas).

En 1835 el congreso en turno determinó acabar con el sistema federal y dictar una nueva constitución, que se emitió en 1836 de corte centralista. En palabras de Rabasa “su base es, pues, la más original que pueda darse: un golpe de Estado parlamentario”.<sup>39</sup> Esta Constitución es muy particular ya que subordina a las provincias, al congreso, al poder judicial, al ejecutivo; respecto de un Supremo Poder Conservador. Posteriormente se propusieron reformas para atenuar al Poder Conservador, pero obviamente como éste tenía todo el poder, la iniciativa terminó por fracasar.

En 1840 se presenta un proyecto de nueva constitución que también es rechazado. Para 1843 se logra expedir una nueva Constitución de corte centralista, en la que el Gobierno central lo es todo. Por ejemplo, el presidente puede vetar de manera absoluta las decisiones del congreso, y en las provincias lo mismo pueden hacer lo propio los gobernadores respecto a las legislaturas o congresos locales.

Para 1846 el Plan de la Ciudadela convoca a un nuevo congreso constituyente para restablecer la Constitución de 1824. El entonces presidente Santa Anna no tiene otra opción más convocar a nuevas elecciones y en 1847 sanciona la nueva Constitución que tenía como elemento fundamental la organización federalista.

Este recuento sobre las constituciones mexicanas del siglo XIX, permiten observar que la definición del federalismo o centralismo fue una cuestión que se volvió un punto medular para determinar la organización política de la nación mexicana, pues fue el elemento clave de negociación que evitó la disgregación de las provincias.

En ese sentido, el análisis de los argumentos y arduas discusiones que vertieron diversos personajes históricos de la política mexicana en los congresos constituyentes —que si bien estuvieron influidos tanto por los padres del federalismo norteamericano (Madison), como por parte de Europa de Montesquieu, entre otros—, nos permite advertir que la adopción del federalismo en México no fue una simple imitación de los Estados Unidos Americanos,

<sup>39</sup> RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 9.

sino que realmente tenía una base social y política que apoyaba esta forma de organización, en palabras de Reyes Heróles “el federalismo resultó la forma y el instrumento de la integración nacional”.<sup>40</sup>

Así, por ejemplo, se advierte que mientras que en el caso estadounidense el federalismo surgió, entre otras razones, con miras a formar una defensa fuerte de amenazas externas; en México se dio como garantía en contra de amenazas de la unidad interna.<sup>41</sup>

De los autores que han analizado el origen del federalismo mexicano, Emilio Rabasa ya desde 1912 sintetizaba muy claramente esta idea:

La imposición del sistema federal por las provincias, sobre un gobierno que lo repugnaba, no pudo ser obra ciega de la ignorancia, como se asentó por escritores de la época. Las provincias confiaban más en sí mismas que en gobierno central, y el espíritu de independencia que en ellas había dejado la guerra de separación las impulsaba a obtener la mayor suma de libertades posibles para atender su propio desenvolvimiento político; pero, por otra parte, no debió de influir poco en su actitud resuelta y amenazadora el afán de sus grupos directores de tener la mayor suma de poder que fuera dable dentro de la unidad de gobierno que era temerario alcanzar.

Para Reyes Heróles, por ejemplo, el federalismo fue un tema de intenso debate en los diversos constituyentes porque se veía en éste a un principio que mitigaría las desigualdades eliminando privilegios, principalmente del clero y la milicia.<sup>42</sup> Como ya se mencionó en la síntesis histórica de las constituciones, el enfrentamiento de las posturas centralistas y federalistas durante el siglo XIX, se identifica a estos últimos como los liberales.<sup>43</sup> De acuerdo a este autor “el liberalismo mexicano postuló y logró el gobierno de las clases intermedias con el apoyo popular, anticipándose en la formulación del programa a los intereses del pueblo”.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>41</sup> REYES HERÓLES, Jesús, *op. cit.*, p. 362.

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*, XIV: “La evolución que analizamos se caracteriza por la existencia de un liberalismo beligerante en torno a unos cuantos principios: federalismo, abolición de los privilegios, supremacía de la autoridad civil, separación de la Iglesia y el Estado o, al menos, ejercicio unilateral del patronato por parte del Estado, secularización de la sociedad, ampliación de las libertades, gobierno mayoritario, etcétera. Frente a ellos a la inversa, están centralismo, mantenimiento o ampliación de los privilegios legales, mantenimiento del patronato no arreglado o previo concordato, restricción de las libertades. En cuanto a las fuerzas e intereses, de un lado alto clero y jefes del ejército, aristocracia territorial, todos ellos con intereses centralizados, defendiendo privilegios consignados o no legalmente. De otro ‘clases intermedias’ diseminadas en los Estados, defendiendo un federalismo que garantiza su acceso al poder y que figura en la ley de leyes”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. XV.

## 2.2 Evolución del federalismo en el siglo XX

Para los debates de los congresos constituyentes de 1857 y 1917 (hoy vigente) el tema federal se daba por sentado, es decir, era una cuestión de principio ya resuelta en el texto constitucional. En ese sentido, es interesante notar que si bien hay muchos recuentos históricos sobre los vaivenes del federalismo en el siglo XIX; sin embargo durante el siglo XX, los estudios históricos sobre este tema son pocos.

Los análisis en torno al sistema federal mexicano en el siglo pasado, más bien se plantean respecto a competencias específicas concedidas desde el texto constitucional, es decir, se analiza desde el punto de vista formal, pero desligado del acontecer político. En particular los estudios del federalismo en el siglo XX se centran en la distribución de competencias en materia impositiva, por ser el tema de la asignación de recursos una cuestión clave para fortalecer o debilitar a la Federación, los estados o los municipios.

En ese sentido, se perdió un eslabón importante de comunicación entre lo que acontecía en las comunidades y la evolución de las estructuras gubernamentales, en cuanto al reparto de competencias. Desde el punto de vista de los juristas el estudio sobre federalismo se centró en cuestiones formales, lo cual arreciaba todavía más las críticas y la incompreensión sobre los orígenes de este sistema de organización en México, pues cada vez parecía confirmar el error histórico de haber “copiado” sin meditar el sistema federalista norteamericano.

Durante la mayor parte del siglo XX, época en la que gobernó un partido hegemónico durante setenta años, al parecer las diferencias culturales, sociales, económicas de las entidades federativas que se adujeron para la adopción del federalismo, paulatinamente se fueron diluyendo bajo el dominio de un gobierno presidencialista que operaba políticas públicas desde el centro. Esta situación revivió la idea de que el federalismo mexicano es artificial, frente a una realidad centralizadora.

Obviamente, esto no quiere decir, que las disimilitudes en las realidades estatales fuesen eliminadas, simplemente se ignoraron. En la práctica estas diferencias estatales supervivieron en un contexto en el que los esfuerzos “homologadores” provenientes del Ejecutivo central establecían algunas políticas públicas que, dependiendo de cada comunidad, adoptaban sus propias características. Parte de este entramado fue la sumisión de los congresos y jueces estatales en primer término hacia los ejecutivos estatales, es decir, los gobernadores; pero por encima de estos a la figura del presidente. Paradóji-

camente, en esta etapa de la historia de México, en la que el federalismo era una fórmula constitucional consolidada, pierde vitalidad el protagonismo de los miembros de la Federación.

En el plano formal desde el punto de vista de las competencias legislativas esta tendencia hacia la centralización se observa en el quehacer de las legislaturas estatales, quienes simplemente copiaban las leyes federales en materias concurrentes, sin hacer un solo cambio aunque no aplicara a su realidad concreta.

Los congresos estatales, a semejanza de los poderes federales, estaban completamente subordinados al Ejecutivo. En este sentido se han realizado algunos estudios sobre la incidencia de los gobernadores en las agendas legislativas en estados con y sin alternancia política y gobiernos divididos. El resultado es que los Estados en que los gobernadores y la mayoría en los congresos son del mismo partido las iniciativas del Gobernador, el nivel de discusión es muy bajo (aunque esto también tiene sus variantes dependiendo del partido de que se trate).<sup>45</sup>

### 2.3 Evolución del federalismo en el siglo XXI

Es hasta que se da la alternancia política en algunas entidades federativas que, en la década de los noventa del siglo pasado, otra vez se empiezan a ventilar posibles diferencias entre los poderes estatales y el federal. En ese sentido, el análisis político del federalismo, entre otras instituciones que se relacionan en con la democracia, se retoma con optimismo ante la posibilidad de resurgimiento del liderazgo de las entidades federativas.<sup>46</sup>

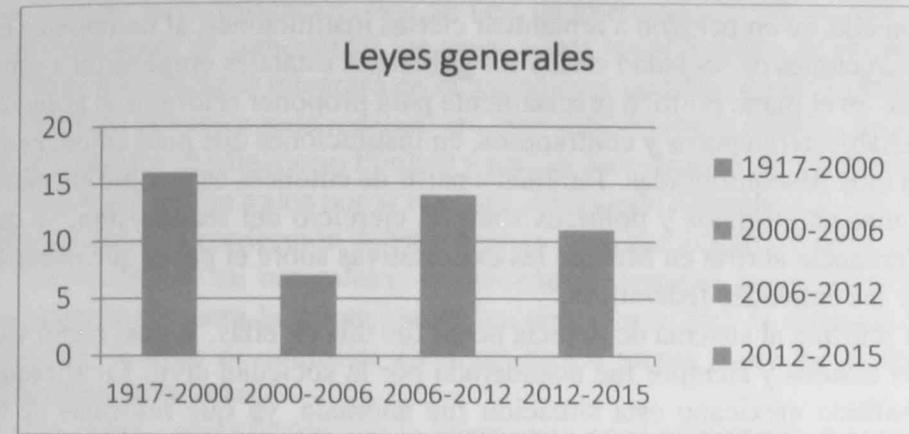
Pero habrá que revisar en la práctica qué tanto los estados están incidiendo en la vida política del país.

Así por ejemplo, en el ámbito legislativo existe una categoría de leyes denominadas "generales" expedidas por el Congreso Federal que establecen el marco para la regulación de una materia al cual los estados tienen la obligación de ajustarse. Desde 1917 y hasta antes del 2000 (año en que por primera vez se da la alternancia política en la Presidencia), se emitieron un total de 16 leyes de esta categoría. Entre 2000 a 2006 se sumaron otras 7. En el sexenio que fue de 2006 a 2012 se "generalizaron" otras 14 materias. Y en lo que va del actual gobierno se han expedido 11 leyes con esta característica.

<sup>45</sup> LÓPEZ LARA, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*.

<sup>46</sup> CARBONELL, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*.

Lo que implica que una materia sea objeto de una ley general o nacional (más recientemente), es que constitucionalmente se elimina la facultad "originaria" de los Estados, por necesidades de coordinación o implementación de una política pública a nivel nacional se faculta al Congreso Federal para que establezca las bases sobre las cuales los estados respecto de cuestiones puntuales podrían legislar, en el caso de las generales; y respecto de las nacionales, de plano se expropia esa materia a los estados. Es decir, que en los últimos 15 años se han emitido el doble de leyes generales y nacionales (36), que en el periodo de 83 años en que no se dio la alternancia de partidos (16).



Pareciera contradictorio que a partir de que se empiezan a abrir ciertos canales democráticos en el país, es cuando los estados empiezan a ceder más facultades legislativas mediante este mecanismo de leyes generales o nacionales. Como se mencionó anteriormente, este fenómeno podría explicarse en virtud de que en el siglo XX la forma en que operaba el Ejecutivo federal permitía llegar a todo el país, anulando las realidades sociales de las comunidades, con políticas públicas diseñadas y financiadas desde el centro, éstas no requerían de una vía legal para su implementación pues todas estaban alineadas.

A partir de la alternancia y la concurrencia de gobiernos de diferentes partidos es necesario establecer cauces para articular políticas de carácter nacional. Lo interesante será la definición de aquellas materias que realmente ameritan ser objeto de leyes que unifiquen políticas. La pregunta que cabría entonces es ¿cuál es la razón de mantener el sistema federal? ¿Realmente es la necesidad de prestar servicios uniformes en todo el país?

## CAPÍTULO III

## LA REFORMA DE JUSTICIA PENAL Y EL FEDERALISMO

## 3.1 Antecedentes

En el año 2000, después de setenta años en que gobernó la presidencia el mismo partido en México (Partido Revolucionario Institucional, PRI), ganó por primera vez la elección presidencial un partido de la oposición. Mismo fenómeno de alternancia se dio en algunas entidades federativas en los años noventa del siglo XX.

Con ello, se empezaron a replantear ciertas instituciones, al tiempo que las organizaciones de sociedad civil y los gobiernos estatales empezaron a ganar terreno en el plano político precisamente para proponer reformas al gobierno que establecieran pesos y contrapesos, en instituciones que para entonces estaban muy desequilibradas. También a partir de entonces es posible encontrar más análisis jurídicos y políticos sobre el ejercicio del federalismo, ya que la alternancia abriría en México las expectativas sobre el papel que deberían tomar las entidades federativas.<sup>47</sup>

La reforma al sistema de justicia penal fue una de ellas, la cual cobró vida en los estados y siempre fue abanderada por la sociedad civil. En el esquema político mexicano esta situación fue anómala, ya que reformas de tal calibre normalmente hubieran sido iniciativas provenientes de autoridades del gobierno dictadas desde el centro. Esta reforma si bien tenía como lema la transición de un sistema inquisitivo o mixto a uno acusatorio, a final de cuentas lo que realmente proponía era generar contrapesos a una institución que durante el siglo XX acaparó todo el proceso con las correspondiente debilidad de las demás: el Ministerio Público.

En un régimen dominado por el Ejecutivo, el Ministerio Público —como su brazo operador en temas de justicia— bajo la forma de Procuradurías federal y estatales que eran parte del equipo de gobierno del presidente y de los gobernadores, se convirtieron en entes burocráticos con todo el peso de dar respuesta a la ciudadanía en cuestiones de seguridad pública y justicia penal. Para ello se le dotó de extraordinarios poderes que mermaron la participación de policías, defensores y jueces, no sólo en el proceso penal sino en la definición de políticas públicas en materia de justicia penal.

<sup>47</sup> CARBONELL, Miguel, *op. cit.*

Así, por ejemplo, bajo el pretexto de que el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal se reformó la Constitución para establecer que tendría una policía bajo su mando directo, y que ésta sería la única con capacidad de investigar bajo instrucciones de aquél. Ello terminó por debilitar a las policías estatales y municipales, en tanto que si su función no era la investigación, entonces el nivel de actividades y de perfiles de los mismos podría ser ínfimo.

Frente al poder judicial y la defensa, el Ministerio Público también contaba con una herramienta que le permitía de manera unilateral mantener el dominio de todo el proceso judicial: la fe pública de las actuaciones realizadas durante la investigación. Así en fase de averiguación previa, investigación, aún antes de judicializar los casos todos los elementos de prueba que el Ministerio Público integrará en el expediente gozaban de fe pública. Una vez llegado el caso a sede judicial, era muy difícil para la defensa revertir lo sustentado por el Ministerio Público y para el juez desestimar elementos que formalmente tenían valor por sí mismos. Aparejado a lo anterior, los juicios se traducían a la confección de expedientes a los que era difícil tener acceso.

Un sistema de tal naturaleza, evidentemente terminó por generar incentivos perversos para la actuación de los operadores ante la secrecía de los procesos, la falta de controles efectivos de los jueces sobre las partes y el desequilibrio de éstas.

Para 2004, coincidiendo con la alternancia en el gobierno se propuso por primera vez en los Estados de Oaxaca y Chihuahua, una reforma al sistema de justicia que fuera similar a las que se habían gestado por toda Latinoamérica desde los años ochenta, en el sentido de transitar a un sistema acusatorio de tipo adversarial. En ese mismo año el Ejecutivo Federal también presentó una iniciativa de reformas constitucionales y un paquete legislativo que iba en el mismo sentido. Dicha reforma no fructificó, pero abrió el debate para que años después, en 2008,<sup>48</sup> se reformara finalmente la Constitución y se sentaran las bases de un nuevo sistema de justicia en materia penal que obligase a la Federación y a los estados a su adopción.

Los debates que se abrieron en el Congreso Federal duraron poco más de un año y su aprobación por 19 de 31 congresos estatales demoró dos meses aproximadamente.<sup>49</sup> Es importante mencionar que antes de la reforma

<sup>48</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

<sup>49</sup> De acuerdo al Artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las reformas a la misma requieren la aprobación de dos terceras partes de los presentes y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados, es decir al menos 16 congresos estatales. El proceso de aprobación por el Congreso Federal se dio entre diciembre de 2006 a marzo de 2008, la aprobación por parte de 19 estados se dio entre marzo y mayo de 2008.

constitucional, y durante todo el proceso de discusión de ésta, un factor decisivo fue la participación de organizaciones de sociedad civil,<sup>50</sup> con la capacidad política y técnica de presentar propuestas concretas en esta materia.

El resultado de esta reforma constitucional, fue la obligatoriedad de adoptar un sistema de justicia penal de tipo acusatorio tanto para la Federación como las entidades federativas en un lapso de 8 años, es decir, el 18 de junio de 2016. En cuanto a su contenido, se advierte que la reforma constitucional fue “negociada” desde dos ángulos distintos: un régimen para delincuencia organizada que seguiría teniendo características del sistema inquisitivo; y otro general para el resto de los delitos al que aplicarían las nuevas garantías reconocidas en la Constitución e instituciones procesales inmersas en la transición a un sistema de tipo adversarial.

Esta reforma constitucional implicaba que cada entidad federativa había de emitir una nueva legislación procesal penal conforme al nuevo texto constitucional.

Cabe hacer un paréntesis sobre los orígenes de esta reforma constitucional para analizar los factores políticos que influyeron en su concepción. Desde antes de la reforma algunos estados habían realizado reformas a sus procesos penales en diversos grados de profundidad. Nuevo León fue el pionero en introducir algunos elementos de oralidad a su código procesal<sup>51</sup> inquisitivo. Dicha reforma consistió simplemente en introducir un capítulo de “juicios predominantemente orales” para delitos de mínima gravedad. Este esquema de reformas parciales a los códigos también fue acogido por los Estados de México<sup>52</sup> y Veracruz<sup>53</sup>. Sin embargo este tipo de reformas no cambiaron la dinámica del proceso inquisitivo.

Poco después Chihuahua<sup>54</sup> y Oaxaca<sup>55</sup> decidieron que para transitar verdaderamente a un sistema acusatorio era necesario redactar nuevos códigos procesales penales completos, similares a los códigos latinoamericanos de las décadas de los ochentas y noventas. A Chihuahua y Oaxaca, siguieron los códigos de los estados de Zacatecas,<sup>56</sup> Morelos<sup>57</sup> y Baja California,<sup>58</sup> a los que se les ha denominado “de primera generación”.

<sup>50</sup> Se integró una “Red a Favor de los Juicios Orales”, que a su vez se compone de varias organizaciones de sociedad civil.

<sup>51</sup> *Periódico Oficial de Nuevo León*, 7 de diciembre de 2005.

<sup>52</sup> *Periódico Oficial del Estado de México*, 2 de enero de 2006.

<sup>53</sup> *Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 2 de agosto de 2007.

<sup>54</sup> *Periódico Oficial de Chihuahua*, 9 de agosto de 2006.

<sup>55</sup> *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 9 de septiembre de 2006.

<sup>56</sup> *Periódico Oficial de Zacatecas*, 15 de septiembre de 2007.

<sup>57</sup> *Periódico Oficial de Morelos*, 22 de noviembre de 2007.

<sup>58</sup> *Periódico Oficial de Baja California*, 19 de octubre de 2007.

Estas entidades se cobijaron en un texto constitucional que había sido durante muchos años el marco para los códigos inquisitivos, y de alguna manera resolvieron que también lo fuera para los nuevos códigos acusatorios.

Los códigos de primera generación tomaron un modelo apoyado en las recomendaciones técnicas de consultores mexicanos principalmente, pero también expertos latinoamericanos y sobre sistemas de países con tradición de *common law* (Estados Unidos y Reino Unido).

Como documentos base que sirvieron para elaborar estos primeros códigos mexicanos están los siguientes: Anteproyecto de Código Procesal Penal de Panamá; Anteproyecto de Código Procesal Penal de Neuquén, Argentina; Código Modelo para Iberoamérica (1989); Código Procesal Penal de Bolivia (1999); Código Procesal Penal de Chile (2000); Código Procesal Penal de Chubut, Argentina (2003); Código Procesal Penal de Costa Rica (1999); Código Procesal Penal de Guatemala (1992 con reformas al 2000); Código Procesal Penal de Honduras (1999); Código Procesal Penal de Paraguay (1998); Código Procesal Penal de la República Dominicana (1999); Código Procesal Penal de Venezuela (2001); y Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LECE).

En realidad la reforma constitucional de 2008, provino de la presión que ejercieron grupos de la sociedad civil para que el modelo de sistema acusatorio que estaba surgiendo en las entidades federativas mencionadas, fuera obligatorio en todo el país. Si bien a las entidades federativas con “códigos de primera generación” les beneficiaría que se reconocieran nuevos principios constitucionales que fortalecieran la transición hacia un nuevo sistema procesal penal, éstas ya habían resuelto a través de la legislación secundaria la forma en que podía interpretarse el texto constitucional para transformar el proceso penal.

Fue así que el 18 de junio de 2008 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las mencionadas reformas a la Constitución, lo que terminó por detonar los procesos reformistas en los Estados. Ese mismo año Durango<sup>59</sup> emitió su código procesal bajo los nuevos parámetros constitucionales. Los Estados que ya habían emitido nuevos códigos procesales antes de la reforma constitucional sólo hicieron ajustes mínimos.

Bajo el nuevo marco constitucional, la Comisión Nacional de Tribunales Estatales (CONATrib)<sup>60</sup> se dio a la tarea de diseñar un Código Modelo para las entidades federativas que, además de aprovechar la experiencia de los

<sup>59</sup> *Periódico Oficial de Durango*, 5 de diciembre de 2008.

<sup>60</sup> *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, p. 279.

Estados, cumpliera con los nuevos estándares constitucionales. Paralelo a la elaboración de dicho proyecto, el Estado de México<sup>61</sup> comenzó los trabajos de redacción de un código procesal penal completamente nuevo. Esta iniciativa de los Tribunales Estatales también tomó por sorpresa al tradicional sistema político centrado en los poderes ejecutivos como impulsores de agendas legislativas.

El Código Modelo diseñado por CONATrib sirvió de base para la discusión de los códigos procesales de algunos Estados como Guanajuato,<sup>62</sup> Yucatán,<sup>63</sup> Chiapas,<sup>64</sup> Tamaulipas,<sup>65</sup> Tabasco,<sup>66</sup> Michoacán,<sup>67</sup> Quintana Roo<sup>68</sup> y Sonora.<sup>69</sup> El de Michoacán también partió de la base de los documentos utilizados para la elaboración de los códigos de Chihuahua y Oaxaca. Aunque los códigos de Estado de México, Guanajuato y Michoacán tuvieron influencia de los códigos antecesores y del de CONATrib, es notorio que en los debates para su aprobación se incorporaron ciertas innovaciones,<sup>70</sup> que no habían considerado los otros códigos hasta el momento.

Por su parte Puebla<sup>71</sup> siguió el modelo del Estado de México, aunque después de publicado y antes de entrar en vigor, sufrió importantes modificaciones apoyadas técnicamente por expertos que habían participado en los códigos de primera generación. Por su parte los nuevos códigos de Nuevo León<sup>72</sup> e Hidalgo<sup>73</sup> también se basaron en los códigos de Chihuahua, Oaxaca y Baja California, e incorporaron nuevas figuras como las medidas cautelares anticipadas y los servicios previos a juicio.

Para septiembre de 2011,<sup>74</sup> el entonces presidente Felipe Calderón envió al Congreso una iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales que

<sup>61</sup> Periódico Oficial del Estado de México, 30 de julio de 2009.

<sup>62</sup> Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, 3 de septiembre de 2010.

<sup>63</sup> Periódico Oficial del Estado de Yucatán, 8 de junio de 2011.

<sup>64</sup> Periódico Oficial del Estado de Chiapas, 17 de mayo de 2012.

<sup>65</sup> Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas, 4 de julio de 2012.

<sup>66</sup> Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 29 de agosto de 2012.

<sup>67</sup> Periódico Oficial del Estado de Michoacán, 13 de enero de 2012.

<sup>68</sup> Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 17 de febrero de 2012.

<sup>69</sup> Periódico Oficial del Estado de Sonora, 30 de enero de 2012.

<sup>70</sup> A modo de ejemplo, el Código del Estado de México estableció la apelación tradicional como recurso contra la sentencia (aún cuando esto es propio del sistema inquisitivo) y el procedimiento abreviado es regulado como derecho del imputado; el Código de Guanajuato no contempla el caso urgente y eliminó el arraigo; el Código de Michoacán introduce un concepto de fundamentación y motivación en audiencias, establece expresamente la prohibición de lectura en audiencias y no distingue entre investigación formalizada y no formalizada.

<sup>71</sup> Periódico Oficial del Estado de Puebla.

<sup>72</sup> Periódico Oficial del Estado de Nuevo León, 5 de julio de 2011.

<sup>73</sup> Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, 14 de marzo de 2011.

<sup>74</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS Gaceta parlamentaria, año XIV, No. 3353-II, 22 de septiembre de 2011.

aunque no prosperó en la Cámara de Diputados, fue difundida entre las entidades federativas. Los estados que emitieron códigos procesales emulando a la iniciativa federal fueron Coahuila,<sup>75</sup> Tlaxcala,<sup>76</sup> Veracruz,<sup>77</sup> San Luis Potosí<sup>78</sup> y Sinaloa.<sup>79</sup> Entre 2011 a 2014 se publicaron un total de 20 nuevos códigos estatales, que sumados a los 8 expedidos entre 2006 a 2010 sumaban la mayoría de las entidades federativas.

De acuerdo a los antecedentes expuestos sobre los “modelos” que siguieron las entidades federativas se puede resumir lo siguiente:

Códigos de primera generación y derivados	Código Modelo CONTARIB	Redacción Propia	Iniciativa Código federal
Baja California Chihuahua Durango Hidalgo Morelos Nuevo León Oaxaca Puebla Zacatecas	Chiapas Quintana Roo Tabasco Tamaulipas Yucatán Sonora	Estado de México Guanajuato Michoacán	Coahuila Tlaxcala Veracruz Sinaloa San Luis Potosí

La agrupación de los códigos en los modelos que se propone no se traduce en que los textos estatales sean idénticos, sino que se es posible advertir que dan el mismo tratamiento a ciertas figuras centrales en el nuevo proceso penal, aunque también tienen características que los individualizan. Estas últimas se derivan de los ajustes que cada entidad ha considerado necesarios conforme a la evolución de sus propios procesos de implementación.

Los “modelos” mencionados comparten entre sí cierta estructura e instituciones, pero también establecen ciertas particularidades que inciden en el funcionamiento de figuras jurídicas esenciales en un sistema acusatorio, que es lo que precisamente nos permite derivar la categorización anterior. A modo de ejemplo, entre las figuras que podemos identificar con un trato particular están las siguientes:

<sup>75</sup> Periódico Oficial del Estado de Coahuila, 17 de febrero de 2012.

<sup>76</sup> Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala, 30 de mayo de 2012.

<sup>77</sup> Periódico Oficial del Estado de Veracruz, 6 de septiembre de 2012.

<sup>78</sup> Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, 16 de octubre de 2012.

<sup>79</sup> Periódico Oficial del Estado de Sinaloa, 25 de enero de 2013.

- a) Códigos de primera generación
  - i. Investigación flexible.
  - ii. Procedimiento abreviado como herramienta de persecución penal del Ministerio Público.
  - iii. Sistema de recursos basado en la casación.
- b) Código Modelo CONATRIB
  - i. Procedimiento abreviado como derecho del imputado.
  - ii. Tratamiento de la participación de la víctima.
- c) Iniciativa federal SETEC
  - i. Investigación formalizada.
  - ii. Restricciones al procedimiento abreviado.
  - iii. Etapas espejo al actual sistema inquisitivo.
  - vi. Sistema de recursos basado en la apelación.

No obstante lo anterior (ya 28 estados tenían códigos procesales acusatorios, de los cuales 17 ya habían entrado en vigor) y que al parecer por primera vez en México una reforma que pretendía transformar de raíz el sistema de justicia se originaba en los estados y al interior de estos, los poderes judiciales tomaban el liderazgo, además de ser apoyados por la sociedad civil; para 2012 la idea de un código único que abrogase a los estatales, empezó a cobrar auge.

En este proceso otra vez se volvió a la centralización de la toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo, pero con un nuevo componente: el acompañamiento de organizaciones de sociedad civil. Ante la diversidad de códigos procesales estatales empezó a generarse la inquietud de que a la larga se viviría un ambiente de inseguridad jurídica. Por ello algunas organizaciones de sociedad civil empezaron a promover esta idea de centralizar en el Congreso federal la facultad de regular la materia procedimental penal.

Aprovechando el cambio de gobierno en 2012, se propuso al entonces candidato a la presidencia Enrique Peña Nieto que se unificara esta legislación, lo cual requería una reforma constitucional que otorgase dichas facultades al Congreso de la Unión. Además esta idea no era tan ajena al candidato del partido que gobernó durante setenta años en México y que de alguna manera tenía la visión de que las políticas públicas de esta naturaleza debían dictarse desde el centro.

En este ambiente tendiente hacia la homogeneidad legislativa en materia penal, el 25 de abril de 2013 algunos Senadores presentaron un dictamen con propuesta de reformas al Artículo 73 fracción XXI que partió del

análisis de tres iniciativas que proponían, entre otros temas, la unificación de la legislación procesal penal. Dicho dictamen fue aprobado prácticamente por abrumadora mayoría,<sup>80</sup> en la siguiente sesión del pleno del Senado, es decir, el 29 de abril de 2013.

En tan sólo cinco meses (entre que se presentó la primera iniciativa de tipo federal, en noviembre de 2012, y la primera iniciativa de código único, en abril de 2013) se cambió el rumbo de las iniciativas federales hacia la centralización de dicha facultad en el Congreso de la Unión. También de manera muy expedita, el dictamen con iniciativa de reforma constitucional fue aprobada por el Senado apenas cuatro días después de su presentación, prácticamente sin debate al respecto.<sup>81</sup>

Lo anterior, a pesar de ser “la reforma de justicia penal más relevante del último siglo” y que la mayoría de las entidades federativas tenían codificaciones propias. Incluso en la sesión del Senado en que se aprobó dicha iniciativa, el ejercicio de facultades por parte de los estados en esta materia fue calificado<sup>82</sup> como un “verdadero galimatías nacional” el cual era necesario superar.

La dinámica de estas iniciativas en el Congreso, en tan breve periodo de tiempo, es un indicativo de que el tema del federalismo en cuanto a la cesión de facultades por las entidades federativas hacia el gobierno central, no ha sido un obstáculo o un tema de amplia preocupación y debate. Las discusiones sobre la expedición del código, los temas más bien se han centrado en el contenido y regulación de figuras específicas.

La característica de los gobiernos de corte federal, en tanto que implican constituciones formales rígidas que sólo pueden ser reformadas por procesos complejos en el que se requiere la intervención activa de los estados que forman parte de la unión, en México hasta cierto punto se ha trivializado. Pues como se puede observar, las reformas constitucionales en México son muy frecuentes, y la participación activa de los estados a través de sus congresos es menor. Se pudiera pensar que la aprobación de los estados es relativamente sencilla, una vez que su voluntad ha sido representada en las Cámaras, en especial el Senado, pero en el debate se observa en éstas parecería que pudieran responder más a intereses de los partidos políticos que a los estatales.

<sup>80</sup> 103 votos a favor y 6 en contra.

<sup>81</sup> *Diario de los Debates* de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Año I, Segundo periodo ordinario, LXII Legislatura, Num. 31, Sesión 29 de abril de 2013 en <http://www.senado.gob.mx/content/sp/dd/content/cale/diarios/62/1/SPO/PDF-WEB/D31-29-ABRIL-2013.pdf>

<sup>82</sup> Senador Pablo Escudero, *Diario de los Debates*, p. 777.

Los debates en el Congreso de la Unión sobre la trascendencia e implicaciones de la unificación del código en el contexto específico de implementación de la reforma no han hecho hincapié en problemas prácticos y diferenciados sobre la implementación que existen en los fueros local y federal con fundamento en evidencia empírica.

A manera de ejemplo, mientras que a nivel federal la mayor incidencia delictiva recae en delitos en que el denunciante es un actor institucional,<sup>83</sup> en los delitos de fuero común si hay personas perfectamente identificadas como víctimas u ofendidos que regularmente son los denunciantes. Esta característica, necesariamente habrá de tener impacto en la operación de nuevas figuras del sistema acusatorio como los mecanismos de justicia alternativa, la suspensión condicional del proceso, la aplicación de criterios de oportunidad y de manera importante, la forma de procesamiento de las denuncias. Estas consideraciones no se han visto reflejadas al momento de discutir la reforma constitucional.

La centralización de decisiones legislativas en materia penal sin duda puede ofrecer ventajas en tanto que brinda seguridad jurídica sobre los procesos, pero el riesgo que se corre es que desde problemáticas federales o aisladas se reforme el código procesal penal que aplica a todo el país sin considerar las realidades estatales.

Surge entonces la pregunta sobre las características que leyes nacionales tendrían que desarrollar para realmente abarcar y normalizar las distintas realidades de todo el país.

### 3.2 Reforma constitucional y “leyes nacionales”

La reforma constitucional que faculta al Congreso de la Unión para emitir el Código Nacional de Procedimientos Penales y otras de carácter nacional, establece lo siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

XXI. Para expedir:

a) Las *leyes generales* en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

<sup>83</sup> En 2012 casi el 70% de los delitos federales fueron contra la salud (25%), sobre el patrimonio federal (13%), financieros (4%), fiscales (6%), ambientales (1%), de servidores públicos (3%), armas de fuego (14%), delincuencia organizada (1%), ley general de población (1%) y electorales (3%). Fuente: Sistema Institucional de Información Estadística.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La *legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación* y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La *legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas* que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las *materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales* establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales...<sup>84</sup>

Según este texto, el Congreso de la Unión estaría facultado para expedir tres tipos de legislación:

a) Leyes generales en materia de:

- \* Secuestro.
- \* Trata de personas.

b) Leyes federales:

- \* Delitos y faltas contra la Federación (Código Penal Federal).
- \* Delincuencia organizada.

c) Legislación “nacional”:

- \* Materia procedimental penal.
- \* Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- \* Ejecución de penas.

Derivado de esta reforma constitucional y después de un año de debate, principalmente en el Senado de la República, se emitió el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. A la fecha está pendiente la conclusión del debate para la Ley Nacional de Ejecución Penal. A esta lista de leyes nacionales, producto de otra reforma constitucional publicada el 3 de junio de 2015, el Congreso Federal también tiene pendiente la aprobación de la Ley Nacional de Justicia para Adolescentes.

<sup>84</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 8 de octubre de 2013.

El problema que jurídicamente, y desde el ámbito de la distribución de competencias, implican las leyes “nacionales” aún no ha sido explorado a fondo. Hasta antes de estas reformas al Artículo 73 en el contexto jurídico mexicano sólo existía la categoría de leyes “generales” como forma de coordinación entre federación y estados para articular materias que requieren de una política pública nacional.<sup>85</sup>

Esta nueva categoría de “leyes nacionales” en la práctica legislativa ha planteado algunos cuestionamientos, que paulatinamente se están resolviendo, pero sin consistencia genérica. Estamos ante un panorama en que los congresos estatales y federal no tienen muy claras sus respectivas limitaciones competenciales, y por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano de interpretación constitucional, no se ha pronunciado respecto a las implicaciones que ello trae aparejado en el ejercicio del federalismo.

Así, por ejemplo, en estas leyes nacionales se han introducido reglas de carácter administrativo, sustantivo y orgánico que quedaban en la esfera de la normatividad estatal. La pregunta es si en uso de la facultad del para emitir legislación nacional en materia procedimental resulta admisible que el Congreso Federal incorporen normas de naturaleza no estrictamente procesal que en el Código Nacional de Procedimientos Penales. A continuación se presentan algunos casos que ilustran la controversia que se menciona.

### 3.3 Controversias latentes

#### CASO 1: Ley de Medidas Cautelares del Estado de Oaxaca

El 7 de mayo de 2015 se publicó en *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* la Ley de Seguimiento y Evaluación de Medidas Cautelares en Materia Penal del Estado de Oaxaca. El objeto de esta ley es regular derechos, principios, órganos y procedimiento para que el Ministerio Público y la defensa cuenten con la información necesaria para debatir sobre la imposición o modificación de medidas cautelares en los procesos penales.

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales también establece principios que rigen las medidas cautelares, algunas reglas sobre el procedimiento para evaluar el riesgo de los imputados y establece la existencia de una “autoridad de supervisión de medidas cautelares”. De esta manera el Congreso de la Unión estableció la obligación a los Estados de

<sup>85</sup> Ver *Supra*.

crear orgánicamente una “autoridad de supervisión de medidas cautelares”. Incluso en una iniciativa de reformas al Código, que no ha sido aprobada, se propuso que dicha autoridad estuviera adscrita a dependencias policiales.

En este caso surgen dos preguntas: ¿El congreso federal puede incluir normas de carácter organizacional en leyes nacionales? Y si por su parte ¿los congresos estatales pueden legislar sobre procesos específicos en materia penal que no están detallados en la ley nacional?

Elisur Arteaga<sup>86</sup> sostiene que la Constitución mexicana admite el ejercicio de facultades en coordinación de la Federación y estados. Estas facultades parten de la necesidad de ejercer acciones comunes, en los ámbitos centrales y locales, por las dependencias respectivas, con la finalidad primordial de evitar duplicidad de esfuerzos. Pero de ninguna manera ello podría implicar que el Congreso de la Unión “pueda determinar la estructura y funcionamiento de la dependencia local responsable de la prestación del servicio, por ejemplo, carece de competencia para obligar a un estado a que lo preste a través de una secretaría y no de una dirección general”.<sup>87</sup>

Desde el punto de vista de las entidades federativas, el Congreso de la Unión podría estar invadiendo las facultades estatales de determinación orgánica de unidades administrativas, como lo sería la autoridad de supervisión de medidas cautelares. Pero desde la perspectiva del Congreso de la Unión se podría justificar que la regulación de cuestiones orgánicas está fundamentada en ejercicio de facultades implícitas. De tal manera que si la creación orgánica de estas “autoridades” es indispensable para la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, la cual es una facultad expresa, el Congreso de la Unión si estaría facultado para ello.

Para el análisis de la Ley oaxaqueña, se tendría que partir de una categorización de las reglas que la componen para identificar aquéllas que podrían implicar una controversia con el poder legislativo federal. Así, la competencia para legislar sobre derechos y principios en el procedimiento penal, parecería ser competencia del Congreso de la Unión, lo mismo que las normas procesales. Pero por otro lado, habría que analizar si los procesos que regula la ley de Oaxaca son de índole administrativo o jurisdiccional. Si se les identifica como jurisdiccionales, tendrían que estar desagregados en el Código Nacional (que no lo están); por el contrario si son de carácter administrativo entonces sí podrían ser materia de legislación local.

<sup>86</sup> ELISUR ARTEAGA, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>87</sup> *Ídem*.

En este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014,<sup>88</sup> se ha pronunciado respecto a la ley estatal de bienes asegurados del estado de Hidalgo, en el sentido que el legislador federal es el único facultado para regular todo lo relacionado con la implementación de la reforma al sistema de justicia penal:

En términos de este precepto, al facultarse constitucionalmente al Congreso de la Unión para establecer, mediante una ley única en proceso penal y demás supuestos supracitados, se privó a los Estados la atribución con la que anteriormente contaban, en términos del artículo 124 de la Constitución Federal, para legislar en relación con esa materia.

La citada reforma constitucional, tiene como finalidad la unificación de las normas aplicables a todos los procesos penales a fin de hacer operativo el nuevo sistema de justicia penal a nivel nacional.<sup>89</sup>

En la práctica esta decisión puede tener implicaciones serias, pues entonces el Código Nacional tendría que ser el instrumento normativo que integrase todo tipo de normas, aun en la esfera administrativas siempre que se relacionen con el proceso penal.

#### CASO 2: Ubicación orgánica de los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Una discusión similar se dio cuando en la elaboración de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias se planteaba la necesidad de incluir normas relativas a la ubicación orgánica de los Centros de Mediación, ya sea dentro de las procuradurías o de los poderes judiciales. La regulación terminó haciendo obligatorio para las procuradurías contar con dichos Centros, y potestativo para los Poderes Judiciales. Pero en realidad no se profundizó, sobre si el Congreso Federal tenía facultades para obligar a los estados en la esfera orgánica.

En este debate precisamente se observó que el posicionamiento sobre que los Centros fuesen sólo ubicados dentro de las procuradurías venía de autoridades federales, en particular de la Procuraduría General de la República. Y por su parte la realidad estatal demostraba que los poderes judiciales no sólo tenían la capacidad de albergar dichos Centros, sino que ya tenían experiencia

<sup>88</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831>

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 15.

en el rubro. El tema que no se debatió era si el Congreso Federal podía, desde una ley nacional, asignar orgánicamente la ubicación de estos Centros. Facultad que ya venían ejerciendo los estados.

En estos ejemplos sobre el debate legislativo y el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalado, confirman la tendencia a permitir que el Congreso Federal regule cuestiones orgánicas obligatorias para los estados a través de leyes nacionales.

#### CASO 3: Figuras específicas en códigos procesales de los estados frente a los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales (Guanajuato)

Como se explicó, algunos estados como Guanajuato ya contaban con códigos procesales propios antes de la expedición del Código Nacional. Estos códigos estatales que tendrían que ser abrogados en cuanto entre en vigor la legislación nacional, dan a ciertas figuras procesales un tratamiento más benigno que el mencionado Código.

Por ejemplo, la omisión del caso urgente. Esta figura prevista en la Constitución Federal legitima detenciones fuera de los supuestos de flagrancia y de órdenes judiciales, cuando el Ministerio Público por razón de lejanía para solicitar órdenes de aprehensión y ante la urgencia de que la persona se evada del proceso realice detenciones con un control judicial *ex post*.

El Código de Guanajuato eliminó este supuesto argumentando, que si bien dicha figura constituía una excepción a la garantía de libertad de rango constitucional, mediante la legislación secundaria era legítimo ampliar garantías. Desde que entró en vigor el Código de Guanajuato, en la práctica no han extrañado dicha figura, ya que las comunicaciones entre los jueces y Ministerios Públicos para solicitar órdenes de aprehensión han sido modernizadas, al admitirse su solicitud y resolución judicial por vía electrónica o telefónica. De tal suerte que no ha sido necesario invocar el caso urgente.

Por otra parte el Código Nacional de Procedimientos Penales, que entrará en vigor próximamente en Guanajuato establece el caso urgente. En el criterio de los jueces estatales, consideran que de presentarse un supuesto de esta naturaleza estarían legitimados para desaplicar el Código Nacional. Esto es, porque en Guanajuato ya es un derecho adquirido de los ciudadanos no ser detenidos por caso urgente y en aplicación del principio pro persona reconocido ahora constitucionalmente en el Artículo 1º se tendría que aplicar la ley más benigna, es decir, el código de Guanajuato y no el nacional.

Esta interpretación podría ser materia de revisión constitucional en tanto que plantea la posibilidad de una controversia competencial para que los estados puedan ampliar garantías mediante legislación secundaria.

#### CASO 4: Delincuencia organizada

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada se publicó en 1996. Hasta entonces la materia de delincuencia organizada era una facultad concurrente en los dos órdenes de gobierno, federal y estatal. Así que era posible que los estados en uso de facultades originarias legislaran al respecto, y a partir de que se dio facultad expresa al congreso Federal éste también podía hacer lo propio. La disyuntiva se presentó cuando en el paquete de reformas constitucionales de junio de 2008, además de las reformas para transitar a un sistema acusatorio, también se introdujeron en el texto constitucional reglas sobre delincuencia organizada y se reformó el Artículo 73 para que sólo el Congreso Federal legislara en forma exclusiva la materia, además de centralizar su investigación, persecución y procesamiento por autoridades federales.

Después de esta reforma constitucional al Artículo 73, el Congreso Federal no emitió una ley nueva, y las autoridades federales siguieron operando bajo la anterior Ley Federal. De tal manera que, simplemente por la reforma constitucional, y sin necesidad de que el Congreso realizara ningún acto, las leyes estatales en materia de delincuencia organizada dejaron de ser vigentes. Sin embargo, al no haber emitido el Congreso Federal una ley posterior a la reforma constitucional, algunos Estados siguieron legislando en la materia.

Finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que a partir de las reformas de junio de 2008, el facultad exclusiva la Federación legislar sobre delincuencia organizada.<sup>90</sup>

Al margen de la actual distribución de competencias en materia de delincuencia organizada y las interpretaciones judiciales al respecto, han surgido algunas voces en el sentido de que si bien la facultad legislativa se puede centralizar en el Congreso de la Unión; las facultades para investigar, perseguir y juzgar podrían distribuirse entre autoridades estatales y federales. En la práctica, casos de delincuencia organizada, que requerirían de algunas herramientas jurídicas especiales para su investigación y persecución, no son atraídos por autoridades federales y terminan en manos de autoridades loca-

<sup>90</sup> DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN Y LOS CONGRESOS LOCALES CONTABAN CON FACULTADES CONCURRENTES PARA LEGISLAR EN ESTA MATERIA (CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008). Primera Sala, Tomo XXXII, Diciembre de 2010, p.166, Tesis aislada.

les que no pueden aplicar la normatividad de delincuencia organizada por ser de uso exclusivo de autoridades federales.

#### CASO 5: Administración de bienes asegurados

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece todo un capítulo de reglas sobre el aseguramiento de bienes producto de un delito (Artículos 230 a 248). Estas normas son un tanto extrañas en el contexto del proceso penal, ya que si se analizan la mayoría son de naturaleza administrativa. De su análisis, parecieran confundirse las reglas sobre cadena de custodia (bienes que pueden ser objeto de la investigación y del proceso penal), con el aseguramiento administrativo a cargo del ejecutivo (bienes producto del delito, a los que correspondería la toma de medidas como el embargo). Por su parte, en el ámbito estatal también encontramos leyes sobre administración de bienes asegurados. Constitucionalmente es insólito que reglas de un mismo procedimiento se tengan que buscar al mismo tiempo en una ley nacional y leyes estatales.

Si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en la Acción de Inconstitucionalidad 107/2014 sobre la incompetencia del Congreso local de Hidalgo para legislar sobre el proceso a que son sujetos de bienes asegurados, dicha resolución sólo consideró los argumentos que justificaron la introducción de leyes nacionales, sin analizar de fondo el alcance de éstas, es decir, ¿hasta dónde pueden llegar las leyes nacionales? ¿Es viable que en uso de facultades para legislar en materia procedimental penal, se regulen cuestiones de carácter administrativo? En la mencionada Acción de Inconstitucionalidad se recurre a la interpretación de los motivos que llevaron al constituyente permanente a unificar esta materia a nivel nacional. En particular se citan argumentos vertidos en el Senado al respecto:

#### Dictamen de la Cámara de Senadores (origen):

...A la fecha, la diversidad de ordenamientos penales, en particular en el aspecto procedimental, obedece al hecho de que, tanto la Federación, como los Estados y el Distrito Federal, cuentan con la facultad para legislar en esta materia en el ámbito de sus respectivas competencias, lo que ha generado estructuras y modos diferentes para llevar a cabo el enjuiciamiento penal, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.

En vista de lo anterior, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden con lo expuesto en la iniciativa, cuando señala que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con

la realidad del país, armónico y homogéneo en cuanto al diseño procedimental, a fin de generar una mayor uniformidad y coherencia en la forma en que se desahogan los procedimientos penales, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.<sup>91</sup>

El principal argumento utilizado tanto por el Congreso como por la Suprema Corte para la extracción de facultades legislativas de los estados en favor de la federación, se fundamenta en la necesidad de prestar servicios armónicos y homogéneos en materia de justicia penal en todo el país.

Por parte de los estados, en realidad no ha habido oposición hacia la centralización de facultades legislativas ni en esta, ni en otras materias (materia electoral, educativa, transparencia, energía, cultura). Actualmente bajo el argumento de crear “sistemas nacionales” las facultades legislativas se están concentrando cada vez más en el Congreso Federal. Esto también ha de influir en los contenidos de estas leyes que pretenden abarcar las distintas realidades a las que se enfrentan el gobierno federal y los estatales, y de estos entre sí, es decir, deben ser lo suficientemente genéricas para poder moldearse a las peculiaridades de cada una.

### 3.4 ¿Único = Federal?

Como se mencionó la categoría de leyes “únicas” no tiene antecedentes en el sistema jurídico mexicano. Cuando recién se planteó la idea de un código expedido por el Congreso de la Unión que rigiera tanto los procesos locales como el federal, se trató de hacer un paralelismo con la Ley Federal de Trabajo. Esta Ley, emitida por el Congreso Federal, contiene normas de carácter procesal e incluso orgánico que rigen los juicios en materia laboral y la organización de las juntas de conciliación y arbitraje, y que resultan obligatorias en el fuero federal y local.

Sin embargo, dicha comparación tiene sus limitantes respecto del código procesal penal, ya que los juicios laborales son formalmente de carácter administrativo, y lo mismo puede decirse de las autoridades que intervienen en estos. El proceso penal, por su parte, es más complejo ya que involucra a distintas autoridades tanto de los poderes ejecutivos, como de los judiciales. En tanto que la materia laboral, incluso la jurisdicción, constitucionalmente ha quedado en manos del Ejecutivo. La Constitución en su Artículo 123 es

<sup>91</sup> ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 107/2014. En <http://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174831>

clara en cuanto a que “El Congreso de la Unión, sin contravenir las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo”. Esto implica que las entidades no tienen facultad para legislar en esta materia, quedando reservada al Poder Federal.

Si se pensara que la legislación “única” tuviese efectos análogos a los de una ley federal (en el entendido que el Congreso tendría la facultad exclusiva para regular la materia, que obligase a las autoridades de los tres niveles de gobierno), además de la uniformidad de reglas procesales, también estaría subyacente el establecimiento de normas de carácter orgánico<sup>92</sup> que las entidades federativas tendrían que acatar.

En la hipótesis de asimilar la legislación “única” con la “federal”, el Congreso de la Unión estaría facultado de manera exclusiva para emitir la “legislación en materia procedimental penal”, es decir que no se limitaría a la expedición del código procesal penal, sino a cualquier otra norma relacionada con la materia, quedando vedada para los Estados dicha materia. Este supuesto impediría el establecimiento de facultades concurrentes o coincidentes<sup>93</sup> de la Federación y las entidades federativas. La tendencia sería entonces la centralización legislativa de la materia procesal penal, posiblemente argumentando el uso de las facultades implícitas del Congreso de la Unión.

En este mismo supuesto, también habría que considerar las características del régimen transitorio para establecer a partir de qué momento las entidades federativas tendrían que ceder esta facultad a favor de la Federación. El artículo segundo transitorio de la iniciativa simplemente remite a la legis-

<sup>92</sup> Aún cuando en el código se tratara de limitar el establecimiento de figuras orgánicas a las que refiere la Constitución Federal (ministerio público, juez de control, tribunal de juicio, juez de ejecución de sanciones), en el ánimo de no invadir facultades de los entidades federativas en materia orgánica, es ineludible que el código procesal refiera ciertas funciones y formas de organización que tendrán que ser asumidas por instituciones federales o estatales pre existentes o de nueva creación que no necesariamente están en la Constitución —y que no tendrían por qué estarlo—, pero que resultan indispensables para la operación eficiente del nuevo sistema. Por ejemplo: órganos administrativos de tribunales para la gestión de audiencias, asignación de jueces de control por turno y no por causa, unidades u oficinas de seguimiento de medidas cautelares, unidades de seguimiento de acuerdos reparatorios, unidades de evaluación de riesgos para la imposición de medidas cautelares y para su seguimiento, unidades de atención temprana o recepción de denuncias, policías científicas o periciales, policías procesales, centros de justicia alternativa, bodega de evidencias, organización de defensoría pública penal, entre muchos otros que seguramente se irán identificando y creando al interior de las instituciones para hacer operativo el nuevo proceso.

<sup>93</sup> ARTEGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, p. 391, “En un sistema federal no es admisible que las dos fuentes de autoridad actúen en relación con la misma materia. Este principio es válido en términos generales, excepto en el caso de jurisdicción dual o facultades coincidentes, en éste, por excepción, una facultad puede ser ejercida indistintamente, en forma válida, por los poderes federales y locales sin que exista invasión de jurisdicción”.

lación que emita el Congreso de la Unión,<sup>94</sup> es decir, al Código Procesal Penal. Sin embargo sería cuestionable, si la entrada en vigor de una norma constitucional se podría dejar a la potestad del legislador ordinario. Si la respuesta es negativa, se debería incorporar el régimen transitorio de vigencia para las entidades federativas en la propia Carta Magna. Por el contrario, si la respuesta es afirmativa —en tanto que sería el propio constituyente quien facultaría al Congreso para emitir dicha norma, y por lo tanto no podría ser tachada de inconstitucional—, lo que estaría prohibido es que a su vez en el código procesal penal expedido por el Congreso Federal se remitiera a la legislación estatal o autoridades locales para definir la entrada en vigor de la reforma constitucional al Artículo 73.

### 3.5 ¿Única = General?

En otro escenario, si se tratara de asemejar la legislación “única” a una ley general, en efecto cabría la posibilidad de que las legislaturas estatales dentro del marco general emitiera las normas que le permitieran instrumentalizarla. Pero, de acuerdo con la reforma constitucional aprobada por el Senado y la exposición de motivos, no se infiere que ésta sea la intención, ya que de lo contrario se habría ubicado a esta facultad del Congreso en el inciso a) de la fracción XXI del Artículo 73.

Además, el problema de identificar a la legislación “única” con una ley “general”, es que desde el texto constitucional se tendría que especificar cuáles son los temas que debe regular el legislador federal en “materia procedimental penal”, para que en términos del Artículo 124 constitucional todo lo demás se entendiese como facultad originaria de los Estados.

#### <sup>94</sup> TRANSITORIOS

##### PRIMERO. ...

SEGUNDO. La legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis.

La legislación vigente en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas expedida por el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal continuará en vigor hasta que inicie la vigencia de la legislación que respecto de cada una de dichas materias expida el Congreso de la Unión conforme al presente Decreto.

TERCERO. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación procedimental penal que establece el presente Decreto, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes al momento de iniciarse dichos procedimientos.”

Si la reforma al Artículo 73 se hubiera limitado a facultar al Congreso de la Unión a emitir el código procesal penal, y no extenderlo a toda la “materia procedimental penal”, sería más sencillo determinar que la facultad que queda a cargo de la Federación es sólo la expedición del código; pero con una expresión tan amplia permanecen latentes conflictos de competencia entre la Federación y las entidades federativas sobre si una norma determinada es materia o no de una ley procesal penal, máxime que en este tema abundarán normas de carácter administrativo federales y locales que hagan operativo el proceso penal en todas sus facetas.

### 3.6 Definición de ley única

Como se puede observar, la asociación de la legislación “única” con leyes “federales” o “generales”, tiene ciertos problemas si consideramos que justamente la norma secundaria que se pretende fundamentar, es el código procesal penal. Por ello es conveniente proponer un concepto de ley “única”. Es necesario aclarar que, como es la primera vez que se plantea esta categoría de normas en la Constitución y se da en el contexto muy concreto de la necesidad de emitir normas de carácter procesal penal, la interpretación de la norma constitucional estará muy ligada al fin que se pretende.

Los cuatro tipos de legislación única que podría emitir el Congreso de la Unión, de acuerdo con las reformas constitucionales correspondientes, están relacionadas con la materia adjetiva penal: los procedimientos penales, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la ejecución penal y la justicia penal para adolescentes. Todas ellas normas de carácter adjetivo. En ese sentido podría interpretarse que la intención del constituyente es generar un marco nacional para la homologación de los procesos cuya fuente será el Congreso de la Unión. Por lo que, todos aquellos temas que no fueran materia adjetiva seguirían estando dentro de la esfera de legislación originaria de competencia de las entidades federativas, además de las facultades para expedir normatividad administrativa que conservarían el resto de los poderes (ejecutivo y judicial) en ambos fueros (federal y estatal).

No obstante, bajo este concepto, seguiría siendo posible el surgimiento de controversias entre la Federación y las entidades federativas, ya que la expresión “legislación procedimental penal” es muy extensa y no queda del todo definido qué materias podrían regular las entidades federativas sin incurrir en una invasión de facultades, aún cuando las facultades del Congreso de la Unión las limitásemos a normas “adjetivas”.

Como se ejemplificó con algunos casos, las posibles controversias legislativas y normativas que están surgiendo en México pueden ser múltiples. Pero más allá de la forma en que de manera particular se resuelva cada una de ellas, esta arena de controversias lo que nos indica es que la alternancia de partidos en el poder, la pluralidad de gobiernos en los estados provenientes de diferentes partidos, el activismo de las organizaciones de la sociedad civil, las diferentes realidades estatales, la necesidad de generar sistemas de servicios más o menos homogéneos están cambiando la forma de ejercer el pacto federal mexicano. Antes de la alternancia política, no había tantas diferencias por lo tanto no había necesidad de pronunciarse. Ahora si las hay, y la tendencia es hacia el fortalecimiento de la autoridad central en el terreno legislativo.

### 3.7 ¿Cuál será el papel de los Congresos estatales?

De acuerdo a la descripción anterior sobre el avance de la tendencia a la centralización legislativa, cabría preguntarse si las facultades legislativas que se están dejando a los estados sólo en materia de organización para ajustar la estructura de las instituciones al procedimiento penal (siempre y cuando no se decidan desde el Congreso Federal), se tornan más hacia el ejercicio de facultades administrativas, en tanto que simplemente organizan las funciones que desde el congreso central se dictan para su ejercicio a los ejecutivos estatales.

En este sentido, se podría plantear que la función del federalismo actualmente sería evitar abusos del gobierno central. Por ejemplo, que los estados se opusieran a la regulación en el Código Nacional de instituciones jurídicas diseñadas desde una visión sólo de los problemas federales, sin atender realidades estatales. Pero esto implicaría un mayor activismo de los estados, el cual ha sido poco representativo. Por otra parte, quien ha jugado un papel más relevante en la definición del ejercicio de potestades legislativas ha sido la sociedad civil organizada que reclama certeza jurídica y homologación de procesos en todo el país.

A pesar de los esfuerzos por estandarizar los procesos penales, en la práctica las diversas formas de implementación de la reforma al sistema de justicia penal que se terminan imponiendo son clara expresión de comunidades distintas. Así por ejemplo, se han realizado importantes esfuerzos por emitir protocolos o directrices de actuación y operación para policías y fiscales que

se pretenden ser aplicados de manera homogénea en todo el país.<sup>95</sup> Aunque los protocolos y directrices provienen del ejecutivo, se debe considerar a estos instrumentos como fuentes importantes de derecho, en tanto que a través de ellos se busca hacer operable las disposiciones del código procesal nacional en cuestiones eminentemente prácticas.

El problema al que se han enfrentado estos intentos de homologación es que justamente el diseño de políticas desde órganos centrales a veces no necesariamente responde a las necesidades y capacidades de todas y cada una de las entidades federativas. Aunado a ello al momento de confeccionar tales instrumentos es necesario considerar el grado de detalle al que se llega para garantizar la homogeneidad de ciertas actuaciones de policías o fiscales en todo el país, ya que si bien existen algunos lineamientos que son básicos, otros se tienen que adaptar al contexto en el que se aplican, bajo el riesgo de que si no se realizan dichas adaptaciones el instrumento simplemente resulte inaplicable o entre en desuso general, incluso de aquello que podría considerarse básico.

Ahora bien, si estos instrumentos no se consideran moldeables, su contenido tendría que ser tan genérico que tampoco cumplan con su finalidad de normalizar actuaciones concretas de policías y fiscales. Por el contrario al dejar abierta su adaptación, además de permitir su interiorización por las autoridades de cada entidad federativa, permitiría entrar en detalles de operación que es justamente la finalidad que se busca con este tipo de instrumentos de normalización de operaciones.

Si bien en el plano legislativo en materia de seguridad pública y justicia penal la tendencia es que los Estados cedan facultades, en donde se esperaría que el federalismo se empiece a recargar a favor de estos es en la implementación y operación de la reforma al sistema de justicia penal, es decir, en el ejercicio del ejecutivo y del poder judicial. Por ejemplo, en el caso de las procuradurías en la definición de los lineamientos para el ejercicio de los criterios de oportunidad de acuerdo al contexto de política de persecución criminal que exija la realidad de cada entidad federativa. Por su parte en el poder judicial, sin duda tendrá una tarea importante al interpretar la normatividad nacional al caso concreto.

<sup>95</sup> Los acuerdos para adoptar estos protocolos se realizan a través de órganos como la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia y la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública.

## CAPÍTULO IV

## FEDERALISMO Y PODER JUDICIAL EN MÉXICO

Para el desarrollo de este capítulo es necesario comprender la transición en la que está inmiscuida actualmente la Constitución mexicana respecto a los principios del sistema acusatorio en materia penal y los Derechos Humanos (reformas de junio de 2008 y junio de 2011, respectivamente).

El sistema judicial mexicano se encontraba centralizado en el Poder Judicial Federal en buena medida por el alcance que se le dio durante el siglo pasado a la en figura del amparo. Actualmente, en cambio, se establece desde la Constitución la base para el control difuso de todos los operadores judiciales tratándose de Derechos Humanos. Por su parte, en materia penal el sistema inquisitivo se caracterizaba por su jerarquización y acento en la escritura; mientras que el sistema acusatorio fortalece a la primera instancia y se caracteriza por su oralidad y publicidad.

## 4.1 Sistema centralizado (amparo)

La figura del amparo —de competencia exclusiva de los jueces federales— fue ganando terreno como etapa culminante de cualquier proceso ya sea del fuero común o federal y en todas las materias. A través de esta figura la justicia federal terminaba subordinando a los tribunales estatales, en tanto que el amparo era la instancia final en la decisión de cualquier proceso. Lo anterior, bajo la premisa de que el Poder Judicial Federal tenía la exclusividad para interpretar la constitucionalidad de las leyes.

Así mediante el juicio de amparo, los jueces federales podían mandar a reponer por completo las sentencias en el sentido que estimasen, obligando a los jueces estatales como si fueran subordinados (y no en condición de pares que sólo se distribuyen competencias excluyentes). La Justicia Federal también terminó centralizando los criterios de interpretación legal.

Lo cierto es que, por ejemplo, en materia penal la forma de operar el amparo era perfectamente congruente con un sistema escrito en el que los jueces de primera instancia y alzada también decidían los asuntos con base meramente en el análisis de los expedientes. Por lo que la revisión de los casos mediante el amparo, también vía expediente, simplemente se convirtió en una instancia superior a la cual indefectiblemente se había de recurrir. De esta manera se fue desnaturalizando el amparo, pues de ser pro excelencia el juicio de garantías, terminó por convertirse en instancia superior.

## 4.2 Reformas sobre el control difuso

Casi exactamente tres años después de las reformas constitucionales al apartado de garantías penales, se publicaron<sup>96</sup> reformas al Artículo 1º constitucional que cambiaron de manera radical la visión de los Derechos Humanos, la jerarquía de fuentes y la labor de interpretación de todos los jueces en México. Dicha reforma básicamente se puede resumir en los siguientes puntos: 1. Se reconocen en la misma jerarquía los Derechos Humanos previstos no sólo en la propia Constitución, sino también en tratados internacionales; 2. Se establece como principio de interpretación de dichos derechos, aquélla que resultase en una protección más amplia de la persona; y 3. Es obligación de todas las autoridades (locales y federales) promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

Para César Astudillo,<sup>97</sup> esta reforma abre un espacio completamente para lo que denomina *Constitución de Derechos*. Con esta reforma la Constitución pasa de fuente única de derechos a fuente de las fuentes de derechos, de una fuente rígida a una fuente flexible, de fuente estática a fuente caracterizada por su apertura, de fuente cierta y determinada de derechos a un bloque indeterminado en su extensión pero puntual en su contenido, de un parámetro aristocrático a uno democrático, de un bloque formal de derechos a un bloque material, de un bloque de contenido político homogéneo a uno ideológicamente heterogéneo.

Desde el punto de vista que venimos analizando en cuanto a la competencia de jueces federales y estatales sobre la aplicación directa de la Constitución, que estaba reservada a los primeros, el cambio a un control difuso o como lo denomina Astudillo “parámetro democrático” es el que rompe el control concentrado o aristocrático<sup>98</sup> de la interpretación constitucional y

<sup>96</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

<sup>97</sup> ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, pp. 137 a 143.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 138, La directriz jurisprudencial que por un largo periodo de tiempo negó el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, propició que el parámetro de constitucionalidad se sometiera progresivamente a un uso aristocrático derivado del reducido número de operadores jurídicos que podían aplicarlo con efectos vinculantes. El punto de inflexión generado por el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, y los alcances que para el sistema judicial le reconoció la SCJN en el expediente 912/2010, habilitaron nuevamente el control difuso de constitucionalidad, y reintegraron plenas atribuciones de interpretación y aplicación vinculante a todos los jueces del Estado mexicano. Con este trascendente paso, la Constitución pasó de considerarse un instrumento aristocrático en manos de unos pocos, a convertirse en una carta democrática que puede ser legítimamente empleada por una pluralidad creciente de intérpretes constitucionales. La democratización de la aplicación judicial de la Constitución no es óbice para reconocer, sin embargo, que la racionalización y certidumbre jurídica, imprescindibles en un estado Democrático de Derecho, rememoran la importancia de contar con una instancia de cierre que establezca la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.

abre paso al control difuso por parte de todos los jueces.<sup>99</sup> La descentralización de la interpretación constitucional parecería fortalecer a los jueces de primera instancia. Pero también habrá que esperar la interpretación sobre los alcances de que representa el control difuso por los propios jueces de primera instancia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este punto habrá de ser cuidadosos con la interpretación que emita la Suprema Corte, pues como sostiene Zagrebelsky, el problema se puede revertir cuando el intérprete máximo de la Constitución establece la forma definitiva una interpretación de un principio, perdiendo la flexibilidad que podría exigir un caso que requiera de un sentido y valor distinto al establecido.<sup>100</sup>

#### 4.3 Sistema inquisitivo (recurso)

En el tránsito hacia un sistema de justicia penal acusatorio, una de las premisas fundamentales es el fortalecimiento de la primera instancia, ya que es en ésta donde los jueces de manera directa perciben las pruebas y deciden públicamente sobre ellas. Ello implicó en México una transformación de fondo del sistema recursivo. Así resulta congruente con el sistema acusatorio el recurso de casación, y no el de apelación como en el inquisitivo.

En el sistema inquisitivo por vía de apelación contra la sentencia el tribunal de segunda instancia podía mandar reponer el proceso, incluso en cuanto al sentido en que se debía valorar una prueba. El sistema acusatorio por el contrario parte del principio de inmediación del cual se desprende que sólo los órganos judiciales que tienen a la vista el desahogo probatorio son los que en definitiva pueden hacer la valoración correspondiente, de tal forma que el recurso se concreta al análisis jurídico, mas no fáctico, de lo acontecido en el proceso penal.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 17: "El cambio de función adquirido por la Constitución es evidente. De fuente única y exclusiva de los derechos se ha convertido en fuente de reconocimiento de las fuentes de derechos, lo que confirma su indudable vocación de apertura y progresividad. Es un paso, un gran paso, enfatizaría, en la dirección correcta, que de mano a los avances previos que han reconocido la obligación de los jueces de realizar un control integral y ex officio, de constitucionalidad/convencionalidad, difuso o concentrado, abstracto o concreto, según corresponda, y de aproximarse al sentido de los derechos a partir de la hermenéutica constitucional, constitucionalmente adecuada, mediante la interpretación progresista y evolutiva, la interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad, el principio pro persona, la técnica de ponderación y el principio de proporcionalidad, nos ponen en la ruta correcta para materializar el nuevo paradigma de los derechos en el ordenamiento mexicano".

<sup>100</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, pp. 131 a 151.

#### 4.4 Reformas procesales penales y su implicación judicial

En materia penal, de acuerdo a la reforma constitucional que hemos desarrollado, las decisiones judiciales se deben dictar en audiencias públicas, lo que ha de influir en la conciencia judicial sobre la responsabilidad social de pronunciarse ante la comunidad. Esto a larga tendría que implicar que la formación y criterios formalistas a los que estaban acostumbrados los jueces mexicanos, sean sustituidos paulatinamente por decisiones más apegadas a realidades y soluciones concretas exigidas por el entorno comunitario.

El juez dejará de verse como un autómatas aplicador del texto legal, y tendrá que responsabilizarse de interpretaciones congruentes con las expectativas sociales. Además, frente a leyes nacionales, que por su mismo carácter tienen que ser lo suficientemente generales para contener la realidad de todo el país, el panorama interpretativo de los jueces se antoja más amplio. En este sentido, la materia penal es punta de lanza para cuestionar el perfil de los jueces y sus criterios, con la perspectiva de que deberán dar un salto del positivismo hacia una visión de la labor jurisprudencial más práctica.<sup>101</sup>

Otro elemento sustancialmente diferente en el sistema tradicional o inquisitivo penal es el relativo a las pruebas. Mientras que en éste la prueba tasada tenía cabida; el sistema acusatorio se rige por la libertad probatoria y la libertad de valoración, lo cual también exigirá mucho más de los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

En el proceso de la implementación de la reforma penal también ha jugado un papel importante que los jueces locales llevan ventaja a los federales en el conocimiento del sistema acusatorio. Si bien al principio los estados en los que se había implementado el nuevo sistema tenían que lidiar con jueces de amparo, que por ejemplo, exigían la transcripción entera de las audiencias de primera instancia en vez de consultar los registros digitales, paulatinamente fueron entablando un diálogo para explicar la lógica del nuevo sistema. De tal modo que hoy en día jueces estatales son los que capacitan a los jueces federales.

<sup>101</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 132.

#### 4.5 *Conjugación del control difuso y del sistema acusatorio, la perspectiva del federalismo desde fuentes jurisprudenciales*

En el caso de México, donde los jueces están acostumbrados a aplicar taxativamente el texto de la ley o, en su caso, esperar las interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ajustar sus criterios a lo que establece la federación; se enfrentan a una nueva facultad donde ellos tendrán la responsabilidad de interpretar la Constitución y los tratados cuando se trate de Derechos Humanos, y en el caso de la materia penal, en un ambiente de exhibición pública como lo exige el nuevo sistema acusatorio.

#### CONCLUSIONES

Desde su nacimiento como país independiente, México adoptó el sistema federal como forma política de organización. Formalmente la Constitución Política de México (Artículos 40, 69, 124, 135) cumple con las características que diversos autores han señalado como prototípicas del federalismo: que las provincias tengan autonomía constitucional (Hans Kelsen), que su origen se encuentre ya sea en una ley interna o un tratado, que los miembros participen de la voluntad estatal (Mouskheli), que dicha participación sea igualitaria, que exista un poder ejecutivo común a los miembros, que exista un órgano judicial que dirima controversias entre federación y miembros, o entre estos (Friedrich). Sin embargo, al momento de analizar la efectividad del federalismo como instrumento de equilibrio político entre federación y estados, la historia nos demuestra que no siempre se ha cumplido dicha finalidad.

Esto se explica por en los antecedentes históricos del federalismo en México. Si bien es innegable la influencia de la experiencia constitucional estadounidense, su origen difiere del mexicano en tanto que el federalismo en dicho país surgió de un pacto que unía a los estados para hacer frente en común a la comunidad internacional, y no para evitar el desmembramiento como lo fue el caso mexicano.

Algunas normas de la constitución norteamericana se trasladaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que por ejemplo, el artículo que distribuye competencias entre federación y estados es prácticamente el mismo. Así las facultades originarias corresponden a los estados, por lo que la federación sólo puede realizar aquello que expresamente le está encomendado por la propia Constitución (Artículo 124).

Derivado del texto del Artículo 124 constitucional se han derivado tres tipos de facultades: expresas, coincidentes o concurrentes e implícitas. En particular, por medio de las facultades implícitas (Artículo 73, fracción XXX) el Congreso de la Unión, puede ampliar las materias a legislar. Estas facultades deben ser instrumentales para ejercicio de una facultad expresa y ser de interpretación restrictiva.

En la historia del federalismo en México se pueden ubicar tres momentos: siglo XIX en que se origina y debaten las bases de la distribución de competencias entre federación y entidades federativas; siglo XX consolidación en el texto constitucional, pero que en la práctica no fungió como elemento de equilibrio de los poderes centrales; siglo XXI revitalización del desempeño de los estados en la toma de decisiones políticas, derivado de la alternancia en el Ejecutivo Federal.

La transición hacia un sistema más democrático además de replantear la forma en que se debía ejercer el federalismo, también implicó la necesidad de reformar el sistema de justicia penal. Dicha reforma consistió en sustituir el proceso de carácter inquisitivo o mixto escrito, por uno de carácter acusatorio oral. La reforma al sistema de justicia penal inició en los Estados (en especial de los poderes judiciales) con un fuerte apoyo de las organizaciones de sociedad civil. Estos factores políticos escasamente se vieron antes de la alternancia.

En junio de 2008 se reforma la Constitución federal para introducir derechos y principios de un sistema procesal penal acusatorio oral que obligaba a todos los Estados y a la federación a emitir códigos procesales nuevos. Para 2013, a pesar de que 27 de las 32 entidades federativas ya tenían sus propios códigos, éstas ceden la facultad legislativa al Congreso de la Unión para regular la materia procedimental penal, ejecución penal y mecanismos alternativos de solución de controversias a través de leyes nacionales. A estas materias se suma recientemente (a partir de junio de 2015), la reforma constitucional que también faculta al Congreso de la Unión para legislar sobre justicia penal para adolescentes.

Las "leyes nacionales" constituyen una nueva categoría dentro del ordenamiento jurídico mexicanos, que todavía está en proceso de definición. Por ejemplo, si a través de estas leyes, en uso de facultades implícitas, se podría derivar que el Congreso de la Unión imponga a los Estados normas de carácter administrativo y orgánico. En el fondo lo que estas leyes obligarán en algún momento es a reflexionar sobre los equilibrios necesarios en la distribución de competencias entre Federación y estados en el terreno legislativo.

Resulta indispensable considerar la necesidad de contar con un marco normativo que sea lo suficientemente flexible para comprender la problemática a la que se enfrenta cada una de las 32 entidades federativas y el propio gobierno federal.

Aunque en el ámbito legislativo las fuentes de derecho se están concentrando en el Congreso de la Unión, por el contrario la fuente jurisdiccional tiende a descentralizarse. He aquí donde el ejercicio del federalismo puede empezar a concretarse en forma más efectiva, de tal modo que en la labor jurisprudencial se puede encontrar una vía para equilibrar la distribución de competencias.

Las reformas en materia penal replantean la función judicial en un entorno más democrático en el que todos los jueces tienen la responsabilidad de aplicar la constitución y los tratados internacionales obedeciendo el principio pro persona en materia de Derechos Humanos. En los próximos años seremos testigos de la forma en que se ejercerán dichas facultades.

La definición del federalismo en México como garantía de equilibrio entre poderes, ya no obedece solamente a la distribución formal de competencias entre entidades federativas y Estados, sino a otros factores que de manera decisiva están interviniendo en la determinación de la democracia, como lo es la sociedad civil organizada y la mayor capacidad de acción y responsabilidad de los jueces, en particular en materia penal.

La democracia en México requiere para su consolidación la generación o reforzamiento de mecanismos que garanticen a los ciudadanos el equilibrio en el ejercicio del poder. Sin duda el federalismo y el sistema de justicia penal, tendrán que abonar a ello. A las generaciones actuales nos corresponderá ser parte de esos cambios indispensables y en esa medida nuestra responsabilidad será seguir cuestionando como alcanzar esa meta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *El sistema federal mexicano, apuntes para una teoría general*, México, Porrúa, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Derecho constitucional*, Oxford, Segunda Edición, México, 1999.
- ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant Lo Blanch México, 2014.
- BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola, (dir. por), *Diccionario de Política A-J*, México, Siglo Veintiuno editores.
- CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, José Lion Depetre (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- DÍAZ Y DÍAZ, Martín, *México en la Vía del Federalismo Cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias*, México, Editorial Themis.
- ESBOBEDO, Matos, *La crisis política y jurídica del federalismo*, México, Editorial Veracruzana, 1944.
- FINER, Herman, *Teoría y práctica del Gobierno Moderno*, Madrid, Editorial Tecnos, 1964.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimpresión, 2004.
- FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Little Brown and Company, 1941.
- GAXIOLA, Jorge, *Algunos problemas del Estado Federal*, México, Editorial Cultura, 1941.
- GONZÁLEZ MANTEROLA, Carlos y José Ignacio (coord.), *Historia General de México*, México, Colegio de México, 2010.
- GROPPI, Tania, *La reforma Constitucional en los Estados Federales, de la Teoría a la Praxis*, México, FUNDAp, 2003.
- HAMILTON, A., MADISON, S. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, tercera reimpresión, 1982.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, *¿Hacia un nuevo federalismo?*, México, El Colegio de México, 1997.

LA PERGOLA, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

LÓPEZ LARA, Álvaro, *Control de Agenda en los Congresos Estatales*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2011.

MORALES-PAULÍN, Carlos A., *Justicia Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2002.

MOUSKHELL, M., *Teoría Jurídica del Estado Federal*, México, Editora Nacional, 1981.

RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, México, Editorial Porrúa, 2006.

REYES HEROLE, Jesús, *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, editorial Trotta, 2011.

#### Fuentes en internet y hemerografía

CARBONELL, México, *El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr21.pdf>

GALEANA, Patricia, *Desarrollo Histórico de la Cámara de Senadores*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3136/3.pdf>

GIL RENDÓN, Raymundo, *El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>

SERNA DE LA GARZA, *Elementos conceptuales para el análisis del Estado Federal Mexicano*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2921/22.pdf>

#### Hemerografía

Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, número 3353-II, jueves 22 de septiembre de 2011.

*Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, CONATRI y Fondo Jurica, Concepto Editorial Tríada Diseño, México, 2009.

*Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008 y 8 de octubre de 2013.

*Periódico Oficial de Baja California*, 19 de octubre de 2007.

*Periódico Oficial de Chihuahua*, 9 de agosto de 2006.

*Periódico Oficial de Durango*, 5 de diciembre de 2008.

*Periódico Oficial de Morelos*, 22 de noviembre de 2007.

*Periódico Oficial de Nuevo León*, 7 de diciembre de 2005.

*Periódico Oficial de Zacatecas*, 15 de septiembre de 2007.

*Periódico oficial del Estado de Chiapas*, 17 de mayo de 2012.

*Periódico Oficial del Estado de Coahuila*, 17 de febrero de 2012.

*Periódico Oficial del Estado de Guanajuato*, 3 de septiembre de 2010.

*Periódico Oficial del Estado de Hidalgo*, 14 de marzo de 2011.

*Periódico Oficial del Estado de México*, 2 de enero de 2006 y 30 de julio de 2009.

*Periódico Oficial del Estado de Michoacán*, 13 de enero de 2012.

*Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, 5 de julio de 2011.

*Periódico Oficial del Estado de Oaxaca*, 9 de septiembre de 2006.

*Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 17 de febrero de 2012.

*Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí*, 16 de octubre de 2012.

*Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*, 25 de enero de 2013.

*Periódico Oficial del estado de Sonora*, 30 de enero de 2012.

- Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 29 de agosto de 2012.
- Periódico Oficial del Estado de Tamaulipas*, 4 de julio de 2012.
- Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala*, 30 de mayo de 2012.
- Periódico Oficial del Estado de Veracruz*, 2 de agosto de 2007 y 6 de septiembre de 2012.
- Periódico Oficial del Estado de Yucatán*, 8 de junio de 2011.