



Codificación Procesal Penal única en la República Mexicana a la luz del Sistema Acusatorio

**GOBIERNO
FEDERAL**

SEGOB



SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN
DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



Vivir Mejor

CODIFICACIÓN PROCESAL PENAL ÚNICA
EN LA REPÚBLICA MEXICANA A LA LUZ
DEL SISTEMA ACUSATORIO

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
RUBÉN SÁNCHEZ GIL *

PRESENTACIÓN DE
FELIPE BORREGO ESTRADA

*Colaborador de investigación.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	V
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO PRIMERO EL PROCESO PENAL EN MÉXICO

I. <i>La reforma de 2008</i>	12
1. <i>Notas generales</i>	12
2. <i>Principios constitucionales</i>	13
3. <i>Plazo de implementación</i>	14
II. <i>Competencias legislativas vigentes</i>	15
III. <i>Problemática</i>	22
IV. <i>¿Unificación o armonización?</i>	28
1. <i>Unidad y diversidad</i>	28
2. <i>Unificación, código modelo o bases generales</i>	30

CAPÍTULO SEGUNDO ANÁLISIS COMPARADO

I. <i>Notas preliminares</i>	35
II. <i>Estados Unidos</i>	36

III.	<i>Canadá</i>	42
IV.	<i>Argentina</i>	44
V.	<i>Alemania</i>	49
VI.	<i>Suiza</i>	57
VII.	<i>Unión Europea</i>	64
VIII.	<i>Resultados</i>	72

CAPÍTULO TERCERO
UNIFICACIÓN PENAL PROCESAL EN MÉXICO

I.	<i>El Estado federal</i>	75
	1. <i>Elementos esenciales</i>	75
	2. <i>Federalismo(s)</i>	81
	3. <i>Centralización federal</i>	88
II.	<i>El federalismo mexicano</i>	91
	1. <i>Apuntes históricos</i>	91
	2. <i>Régimen constitucional</i>	94
	A. <i>Disposiciones básicas</i>	94
	B. <i>Distribución competencial</i>	98

C. <i>La centralización en México</i>	103
III. <i>Armonización de leyes procesales penales</i>	107
1. <i>Notas preliminares</i>	107
2. <i>Bases constitucionales</i>	108
3. <i>Legislación modelo</i>	112
4. <i>“Bases” de “coordinación”</i>	114
IV. <i>Legislación penal unificada</i>	119
1. <i>Una añeja propuesta</i>	119
2. <i>Argumentos favorables</i>	121
3. <i>La objeción tradicionalista</i>	125
A. <i>Exposición</i>	125
B. <i>Valoración</i>	127
a. <i>¿Qué es el federalismo?</i>	127
b. <i>Tradición federalista mexicana</i>	130
C. <i>Nota conclusiva</i>	138

4. <i>Adecuaciones constitucionales</i>	140
5. <i>Reflexiones finales</i>	142
A. <i>La unificación legislativa y sus alternativas</i>	142
B. <i>Fundamento material</i>	144
C. <i>Unificación sustantiva y adjetiva</i>	146
CONCLUSIONES	152
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y OTRAS	161

PRESENTACIÓN

La reforma constitucional contenida en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 marcó una diferencia sin precedentes en la manera de concebir el sistema de justicia penal en nuestro país, no solo para los operadores de dicho sistema como son jueces, ministerios públicos, defensores, y las partes del proceso penal, sino también para la sociedad en general, que exigía, desde tiempo atrás, acabar con la impunidad, arbitrariedad, y abandono a las víctimas.

Para coordinar la implementación de este nuevo sistema, el nuevo texto constitucional previó, en sus artículos transitorios, la creación de un Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, como órgano encargado, a nivel nacional, de dirigir y diseñar las estrategias pertinentes para la materialización del nuevo modelo de justicia, con el propósito de que su operación y funcionamiento sean integrales, congruentes y eficaces en todo el país. Así mismo se previó la creación de una Secretaría Técnica que, además de ejecutar las decisiones del Consejo, tuviese como función coadyuvar y apoyar a las autoridades locales y federales en la implementación del Sistema de Justicia Penal, cuando así lo soliciten.

Para realizar esta labor y en el quehacer de adoptar nuevas prácticas para enriquecer y mejorar un sistema jurídico, la Secretaría Técnica ha contratado la realización de diversos estudios especializados sobre temas relacionados con la implementación del nuevo sistema de justicia penal. De manera que se puedan analizar a profundidad los nuevos conceptos que introduce la Reforma y las propuestas que se han generado en diferentes foros para lograr un modelo de justicia más eficiente y certero para la sociedad.

En esta ocasión se ha visto la necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de unificar la legislación procesal penal y brindar certeza jurídica a la sociedad, evitando así que exista desigualdad en la manera de juzgar a los ciudadanos por el sólo hecho de residir en distintas entidad federativas. Debido a la importancia del tema se decidió buscar a uno de los mejores investigadores constitucionalistas y procesalistas en México, y se decidió que, debido a su experiencia, el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor sería el más apto para realizar un estudio monográfico especializado en la materia, tarea desarrollada en este caso bajo la coordinación de la Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos de la propia Secretaría Técnica.

No cabe duda que somos responsables de uno de los retos más grandes que enfrenta nuestro país: se trata de brindar un marco de respuesta adecuado al conflicto penal y adoptar un sistema procesal que permita, por un lado, dar una respuesta sólida y firme al fenómeno de la delincuencia, y por otro, brindar las garantías necesarias para los actores que participan en el proceso. Este reto se vuelve aún mayor si tomamos en cuenta que nuestro país cuenta con un código procesal penal por cada entidad federativa, 32 códigos diferentes más un código federal de procedimientos penales. Esto dificulta la coordinación entre autoridades y motiva criterios de interpretación contradictorios.

Ante esta situación, el Ejecutivo Federal ha venido insistiendo en la necesidad de unificar la legislación en materia penal, tanto sustantiva como adjetiva. De ahí que la iniciativa de reforma constitucional presentada al Senado por el Presidente Felipe Calderón Hinojosa, que culminó con el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, incluyera la propuesta de reformar el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Federal, para dotar de atribuciones al Congreso de la Unión para crear un solo ordenamiento en materia penal y procedimental penal.

No obstante, esta propuesta que no formó parte de las reformas aprobadas en el proceso legislativo correspondiente, provocó que se intensificara el debate sobre la necesidad de unificar la legislación penal en los foros políticos y académicos, vislumbrándose como una forma de otorgar mayor certeza a todos los habitantes del país y, al mismo tiempo, permitir la coordinación de esfuerzos en la batalla contra la impunidad.

Es evidente que para poder evitar las inconsistencias y vacíos entre las leyes locales y federales, se debe impulsar la uniformidad en las normas que rigen la persecución e investigación de los delitos, así como en el diseño de ejecución de las penas. Basta mencionar sólo algunos temas para evidenciar la falta de paridad entre las normas procedimentales penales de diferentes Entidades Federativas. Por ejemplo, algunas legislaciones no prevén el procedimiento simplificado; el cual es una forma anticipada de terminar el procedimiento ágil, cuya aplicación se plantea para la atención de delitos de bajo impacto social.

El caso de la flagrancia es otro concepto en donde no existe convergencia en su definición. Si bien la mayoría de las entidades federativas coincide en que la flagrancia se actualiza, cuando una persona es sorprendida en el momento en que está cometiendo un hecho considerado como delito o durante la persecución material inmediata luego de su comisión, no todas prevén que se actualice si inmediatamente después de cometer el hecho la persona es señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella

en la comisión del delito y se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en un delito. Incluso, en algunos casos al usar el término “inmediatamente” se refieren a un lapso de tiempo indeterminado, que podría significar horas o incluso días, siempre y cuando no se hayan suspendido las actividades de investigación policial tendentes a la localización y detención del probable interviniente. Esto último genera inseguridad jurídica y fomenta la arbitrariedad.

Otras diferencias se encuentran en la definición de “hecho que la ley señala como delito”, toda vez que la mayoría de las legislaciones no delimitan su contenido y sólo usan el término sin dejar claro su alcance, así como en los recursos que los códigos prevén, algunos establecen la casación como medio de impugnación contra sentencias definitivas dictadas en juicio oral, en cambio, algunos otros prevén la apelación para la misma hipótesis, aun cuando es sabido que el primero de ellos se limita a cuestiones de derecho y a través de él no pueden analizarse aspectos fácticos o de valoración probatoria, por lo que no garantiza el análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior, y resulta cuestionable si cumple con los requerimientos que exige el artículo 8.2.h) del Pacto de San José.

Podrían sumarse a la anterior relación diversidad de temas en los que no existe congruencia entre las legislaciones procesales penales de las Entidades Federativas, como es el relativo al catálogo de delitos en los cuales es procedente aplicar mecanismos alternativos de solución de controversias, las diversas formas de terminación anticipada del procedimiento, sólo por citar algunos que hagan evidente la falta de paridad entre normas adjetivas de carácter penal. Así, una codificación procesal penal única tendría un doble aporte: por un lado, la certidumbre jurídica mediante la adopción de reglas claras que permitan delimitar la actuación de los operadores del sistema de justicia penal y, por el otro, la certeza jurídica mediante la adopción de figuras únicas para todo el territorio nacional, sus respectivas consecuencias jurídicas y la sustanciación de los procedimientos.

Es importante señalar que la unificación de la legislación penal en un Estado de naturaleza federal no significa su vulneración o abandono. Al contrario, se trata de un fenómeno de la más alta sofisticación política en donde las entidades federativas, autónomas en sus decisiones y formas de organización dentro de los parámetros de la constitución general, deciden soberanamente contar con conjuntos normativos comunes que garanticen el mismo nivel de protección a los derechos fundamentales. En este sentido, pensar que la creación de un único código de procedimientos penales a nivel nacional invade la soberanía de los estados que componen la Federación es incorrecto, pues en todo caso, la

ley habrá de determinar las competencias correspondientes y se deja, en todo momento, la facultad ejecutiva a las entidades federativas para la aplicación de dicha legislación, lo que implica que podrán organizar en los términos que consideren pertinente sus instituciones de procuración y administración de justicia.

Por ello, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, en uso de su facultad consistente en auxiliar al Consejo de Coordinación en la elaboración de políticas, programas y mecanismos necesarios para instrumentar en los tres órdenes de gobierno una estrategia nacional para la implementación del Sistema de Justicia Penal, ha pugnado por la factibilidad de establecer como facultad del Congreso de la Unión el expedir una legislación única en materia procesal penal, y qué mejor manera de analizar el fondo del tema que proponiendo la realización de un estudio monográfico especializado por parte del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El autor de la obra es uno de los constitucionalistas más preparados en nuestro país, preocupado no solo por entender y descifrar a cabalidad el alcance de las normas constitucionales, sino también por hacer aportaciones y propuestas que permitan contar con una Constitución que dé respuesta a las necesidades sociales y a la modernización de las instituciones.

Solo por citar un extracto de la experiencia profesional del autor de la obra, vale la pena mencionar que se ha desempeñado como Juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México), Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito, Secretario de Estudio y Cuenta en la Sala Central del Tribunal Electoral, Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Profesor de la materia “Derecho Procesal Constitucional” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México a nivel licenciatura y de posgrado, e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios.

De ahí que estoy seguro que encontrarán en este estudio denominado “*Codificación Procesal Penal Única en la República Mexicana a la Luz del Sistema Acusatorio*”, un importante instrumento propulsor de la idea de facultar al Congreso de la Unión para crear un solo ordenamiento en materia procedimental penal, así como diversas propuestas sobre las reformas constitucionales necesarias para que ello sea una realidad.

En el libro encontrarán que el autor expone con claridad cada uno de los temas abordados, combinando el análisis doctrinal, el estudio del derecho comparado, la interpretación sistemática de las diversas normas involucradas y el examen de los diversos criterios jurisdiccionales. Sólo a manera de ejemplo cabe

mencionar que la investigación parte del análisis a la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal contenida en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, abordando diversos temas como la unificación y armonización legislativa, el estado federal y sus elementos esenciales, por citar algunos; sin dejar de lado aspectos importantes como las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, promulgadas por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de junio de 2011.

Sabemos que dentro de las sociedades pluriculturales modernas, la diversidad de principios, valores y normas son un producto natural, sin embargo, no debemos olvidar que en el ejercicio de nuestra soberanía, debemos crear consensos y cerrar las puertas a la arbitrariedad e inseguridad jurídica. Nuestra tarea es dialogar, escucharnos y tomar las mejores decisiones colectivas. Esta tarea debe de estar sustentada en convicciones profundas a favor de los principios más elementales de la justicia. Sabemos que no es fácil, que navegamos por una senda de grandes controversias, pero no cabe duda de que la situación actual que vive nuestro país, nos urge a romper paradigmas y diseñar nuevas formas de enfrentar los problemas de criminalidad y justicia.

Es por esto que animo al lector a través de estas líneas a dedicar parte de su tiempo al examen y consideración de cada uno de los postulados de esta obra, la cual puedo anticipar será muy valiosa para analizar las ventajas de una codificación procesal penal única. Se trata de un reto de gran trascendencia para lograr la igualdad y seguridad jurídica que tanto reclama la sociedad.

Lic. Felipe Borrego Estrada
Secretario Técnico del Consejo de Coordinación para
la Implementación del Sistema de Justicia Penal

INTRODUCCIÓN

POLÉMICA REDIVIVA

En la presente investigación retomamos un debate existente en México desde hace casi un siglo. Por lo menos desde los años treinta de la centuria anterior, se ha preconizado la necesidad de que en México exista la “uniformidad” legislativa en materia procesal penal, y también la han propuesto para el ámbito sustantivo y otras materias.

Esta “uniformidad” puede tener distintos significados, entre ellos la existencia de un *único cuerpo legal* que regule la materia correspondiente. Las alternativas a esta “unificación” en sentido estricto son la “armonización” a través del establecimiento de bases constitucionales que determinen principios y lineamientos generales a una materia, y la propuesta de un “código modelo” que las legislaturas podrían adoptar libremente. Estas últimas opciones son bien conocidas en nuestro medio, por lo menos en la práctica, y en cambio no lo es la primera de ellas que siempre ha sido rechazada casi de plano.

La reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación*, llamada coloquialmente “Reforma Penal”, ha dado ocasión para reconsiderar la unificación legislativa en dicha materia. La mencionada reforma constitucional fue una “necesidad urgente” y de “atención [...] más que justificada”, y su circunstancia resulta propicia para “una profunda transformación del sistema penal mexicano”.¹ Este marco de amplia reflexión sobre el proceso penal en nuestro país, cimentado sobre la profunda transformación que esta reforma constitucional le supone, y especialmente el cumplimiento de los altos fines que se propone;² da pie a una “*duda metódica*” sobre todas las bases con que se había desarrollado la política criminal en México, y a plantearnos nuevamente —en serio

¹ Véase Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2011, pp. 3 y 4.

² Según el artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional: “el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

y no como mera especulación académica— la conveniencia de contar con una legislación procesal penal unificada.

Muchos paradigmas del derecho penal mexicano habrán de volverse a pensar e incluso sustituirse gracias a la reforma penal de 2008. No podemos razonablemente tener por inatendible la idea de la unificación legislativa penal³ y mantener sin más la diversidad imperante en la materia, cuando otros aspectos igualmente arraigados en nuestra concepción y práctica penales ya fueron remplazados. Pero la conclusión a este respecto debe darse de manera argumentada y con base en el conocimiento jurídico y político, dentro de una amplia discusión a la que este trabajo pretende contribuir.

Sabemos que la trascendencia de la mencionada reforma de 2008 consiste en el cambio de paradigma que operó sobre el proceso penal en México: por ella transitamos de un sistema inquisitivo-mixto a uno de corte acusatorio. Este cambio de modelo procesal penal no tiene implicaciones meramente formales, sino conlleva un drástico cambio ideológico en todos los operadores jurídicos, inclusive los postulantes.

Se percibe que los objetivos generales de esta reforma, brindar una mayor protección a los derechos fundamentales de las personas y lograr una más eficaz impartición de justicia penal, encuentran obstáculos en la diversidad de ordenamientos que desarrollan las disposiciones constitucionales que la integran, sobre todo ante el contexto de internacionalización en que está inmerso nuestro país. La adopción de la reforma penal hace comprensible cualquier dificultad: el sistema acusatorio ha sido una revolucionaria novedad en nuestro medio, muchos apenas lo conocemos superficialmente en sus rasgos más evidentes —la oralidad sería el principal entre ellos—, y no es fácil engarzarlo en la cultura y el sistema jurídicos mexicanos, especialmente por lo que respecta al juicio de amparo y el aún más novedoso y trascendente “control de convencionalidad”. La divergencia entre legislaciones procesales penales acentúa estos problemas, debido a las diferentes concepciones que las legislaturas pueden tener en relación con los

³ Véase Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 37.

postulados del sistema acusatorio; por ello, además de otros motivos en los que destacan las ingentes necesidades de nuestra sociedad en el rubro de seguridad pública, renació la inquietud sobre la unificación legislativa del proceso penal.⁴

No es difícil advertir que las objeciones a esta opción resultan de índole *política*; ella siempre ha topado con la que nosotros denominamos “objeción tradicionalista”. El ámbito penal siempre ha sido competencia de las entidades locales, y el principio federal que prevé la Constitución es el asidero más frecuente para rechazar toda unificación legislativa en la materia, por cuando se le objeta que omitiría reconocer las particularidades regionales y soslayaría la soberanía de las entidades federativas.⁵ Se teme que al atribuirse al Congreso de la Unión la facultad para legislar en materia penal, el federalismo mexicano se vea menguado o ya en extremo vaciado de contenido.

Sin entrar a discutir los límites de la reforma constitucional, a primera vista, parece que jurídicamente bastaría establecer en la Constitución que el Congreso de la Unión tenga facultad para expedir una legislación única que regule el proceso penal en todo ámbito, para eliminar cualquier óbice a esta cuestión. El problema no es si dicha modificación sería válida o no, puesto que —nuevamente muy *grosso modo*— no hay norma que determina la regularidad de las disposiciones constitucionales. No se trata de sostener gratuitamente esta opción, pues la dificultad del tema se basa en una percepción sobre la conveniencia político-constitucional de tal unificación legislativa.

Por este motivo y sin perjuicio de exponer el tema con detalle en el cuerpo principal de este análisis, damos por superada la cuestión de si es preciso reformar el artículo 73, fracción XXI, o algún otro precepto de la Constitución General de la República, para autorizar al Congreso de la Unión a legislar en materia penal para todos los órdenes del Estado. Compartimos la opinión de que

⁴ La iniciativa presidencial que contribuyó al origen de la reforma de 2008 a la Constitución, incluía la propuesta de “crear un solo ordenamiento en materia penal y procedimental penal”. Como se sabe, esta moción no fue acogida por el Congreso de la Unión en ese momento. Véase *Gaceta del Senado de la República*, 13 de marzo de 2007, núm. 77, <<http://bit.ly/uPyPU0>>; y también puede consultarse el texto de dicha iniciativa en la compilación del proceso legislativo de la indicada reforma constitucional (pp. 82-79), consultable en <<http://bit.ly/duCh9Z>>.

⁵ Cfr. Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, p. 177.

resulta evidente que tal modificación sería imprescindible para ese fin, porque nuestra regulación constitucional actual lo impide.⁶

HIPÓTESIS

El problema sobre la factibilidad, desde el punto de vista constitucional, de transitar hacia una codificación penal única en México, no radica tanto en establecer si es necesario modificar alguna expresión textual de la Constitución, cuya necesidad para tal objeto casi salta a la vista. La verdadera dificultad en el ámbito constitucional es determinar el impacto de tal modificación para el *federalismo mexicano*, y por ello nuestro estudio se centra sobre la repercusión que para dicho principio tendría atribuir al Congreso de la Unión la facultad para legislar sobre el ámbito procesal penal con efectos generales.

En tal virtud, nuestro trabajo giró en torno a la hipótesis siguiente, misma que explicaremos seguidamente:

Otorgar al Congreso de la Unión facultades para emitir leyes en materia procesal penal que sean aplicables comúnmente a los órdenes federal y local, desnaturaliza la forma federal de Estado.

En primer lugar, nuestra hipótesis se fundó en la premisa de que la forma federal del Estado mexicano es *valiosa*. La composición pluricultural de nuestra nación que reconoce la Ley Fundamental,⁷ su historia y la tradición nos hacen adoptar este postulado, punto de partida que acota el debate al tema verdaderamente toral de este trabajo. Asumiendo dicha proposición y tomando como base la conveniencia del régimen federal, *ésta no se discutió* ni nos introdujimos a un estudio innecesario y de mucho mayor calado; es decir, jamás consideramos la alternativa “federalismo/centralismo”, ni nos cuestionamos si este último sistema pudiera retornar. Nos parece que la forma federal de Estado continúa siendo adecuada para México, y además dicha discusión es

⁶ *Ibidem*, p. 178.

⁷ Artículo 2o., párrafo segundo, constitucional.

absolutamente prescindible para resolver la cuestión concreta que ahora nos ocupa.

En nuestro estudio el sistema federal no se halla en tela de juicio, sino que nos preguntamos sobre la distribución de una porción *específica* de la competencia del Estado. La eventual reforma bajo nuestro estudio indudablemente repercutiría en el equilibrio de competencias entre la Federación y las entidades federativas, por la simple y sencilla razón de que “desliza” la configuración competencial dentro de la organización estatal. La pregunta a resolver fue entonces si dicha trascendencia alcanza o no a “derogar” la cláusula federal.

Nuestra hipótesis expresó el *status quaestionis* de la unificación legislativa en materia procesal penal, y toma en cuenta la opinión de que ella importaría afectar al federalismo en medida suficiente para hacerlo meramente nominal. Esta idea hoy prevaleciente fue el punto de partida de nuestro estudio, como debería serlo para cualquier debate sobre el tema, ya que expresa el *statu quo* que sólo podría cambiar quien aporte razones suficientes para ello.⁸ El estudio de este tópico se ha desarrollado entonces mediante una dialéctica entre dicha tesis imperante y las razones para modificarla; sobre ella se basó nuestro análisis y las conclusiones que presentamos al final de este trabajo, en las cuales expresamos que dichos argumentos son bastantes para rechazar la indicada hipótesis.

El mismo punto de partida se constriñó al ámbito *penal adjetivo* y dejó de lado el sustantivo. Con mayor razón, no nos extendimos a considerar el tema con relación a otros ámbitos jurídicos como el civil, como en otras ocasiones se ha hecho;⁹ algo que hoy es incuestionado, y que en nuestra opinión debiera tratarse casuísticamente porque requiere considerar las particularidades de cada materia.

Es simple el motivo de que esta perspectiva se limite al campo procesal penal, y aunque la considera, va más allá de la tendencia a favor de que en cuanto

⁸ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 50; y Plantin, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 35 y 36.

⁹ Véanse los trabajos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Javier Elola y Fernando Flores García, citados por Valencia Carmona, Salvador, “En torno al federalismo mexicano”, en Hernández, Antonio María, y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 369, n. 18.

al tema de una codificación uniforme, se trate primero el plano adjetivo y luego el sustantivo.¹⁰ Si nuestra hipótesis se confirmase y la unificación penal procesal — que se refiere a aspectos meramente instrumentales— atentase contra el sistema federal, tal inconveniencia habría sido mayor en el plano sustantivo que tiene una relación más estrecha con los valores y la identidad de cada entidad federativa, en tanto el derecho penal material tiende a la protección de bienes que el respectivo legislador tuvo como “fundamentales”;¹¹ esto habría hecho menos aceptable la unificación legislativa en este ámbito por resultar más perjudicial al federalismo, particularmente sobre la afirmación regional y la autonomía de las entidades federativas que se predicán de él. En cambio, el rechazo de nuestra actual hipótesis no sería concluyente para el aspecto sustantivo penal, aunque sus bases podrían ser referentes para la discusión sobre la unificación de este último rubro. La economía de esta investigación impuso la necesidad de referirnos sólo al aspecto procesal de una eventual codificación nacional punitiva, sin que ello impidiera que formulásemos alguna reflexión sobre una posible unificación legislativa penal en el ámbito sustantivo.

CONTENIDO

El reporte del presente estudio se estructurará en tres secciones que llevarán los siguientes títulos:

- EL PROCESO PENAL EN MÉXICO
- ANÁLISIS COMPARADO
- UNIFICACIÓN PENAL PROCESAL EN MÉXICO

¹⁰ Caballero Juárez *et al.*, *op. cit.*, nota 5, p. 94.

¹¹ *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2009, p. 472.

La primera de dichas secciones versa sobre las generalidades del proceso penal en México, y no es más que el “planteamiento del problema”. Fue preciso partir de los temas que se tratarán en dicha sección, aunque muchos de ellos sean muy conocidos o evidentes, habida cuenta de que con ello se estableció un marco inicial para esta investigación. En dicha parte de este trabajo también expusimos los problemas que a nuestro parecer ocasiona el hecho de que en nuestro país existan múltiples legislaciones procesales penales: las correspondientes a los ámbitos de la Federación, los 31 Estados de la República y el Distrito Federal. Para un panorama más amplio de esta temática, planteamos asimismo las diferencias que a este respecto hay entre la unificación legislativa y sus alternativas armonizadoras —la regulación constitucional básica del proceso penal y el “código modelo” en la materia— aunque lo hicimos incipientemente pues en un capítulo posterior profundizaremos en ellas, a fin de ponderar lo mejor posible aquella opción.

En la segunda sección de este estudio pretendimos hacer un análisis de derecho comparado. Éste se limitó al estudio de varios Estados federales que a nuestro parecer son significativos por su tradición o cercanía.¹² Excluimos deliberadamente de este análisis a aquellos Estados que han adoptado una forma unitaria; esto porque siendo el problema toral de la cuestión esencial de este trabajo la posible afectación al régimen federal en la hipótesis de que el orden central tuviera a su cargo la expedición de leyes en materia procesal penal, el estudio de los sistemas y procedimientos de los Estados unitarios habría sido irrelevante para nuestra investigación. Nuestro propósito con este análisis comparado fue establecer un marco de referencia para valorar el federalismo mexicano y los caracteres esenciales de esta forma de Estado.

El enfoque comparatista que abordamos en la sección que comentamos, está sobradamente justificado, por razones que van más allá de una mera

¹² De acuerdo con el recuento de Dietmar Braun (“Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002, p. 102, n. 4), habrían a su fecha diecisiete Estados federales: (1) Alemania, (2) Argentina, (3) Australia, (4) Austria, (5) Bélgica, (6) Brasil, (7) Canadá, (8) Emiratos Árabes Unidos, (9) Estados Unidos, (10) India, (11) Malasia, (12) México, (13) Nigeria, (14) Pakistán, (15) Suiza, (16) Unión de las Comoras y (17) Venezuela.

curiosidad intelectual. La comparación nos permite una “mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional”, y es un elemento de gran utilidad para la política legislativa, pues orienta el análisis de los temas correspondientes, y especialmente refrena propuestas que podrían no ser adecuadas para el sistema propio. Los análisis comparados en el ámbito político-constitucional, además, son una herramienta metodológica que se ha empleado de un modo permanente —puede remontarse hasta la clásica *Política* de Aristóteles—; en razón de que no podemos hallar en el ordenamiento doméstico “una riqueza de experimentación suficiente”, de suerte que también es preciso recurrir a las “experiencias extranjeras”.¹³

Como no podía ser de otra forma, en dicho capítulo segundo también nos referiremos al caso norteamericano. El análisis de este caso particular de federalismo es doblemente importante: se trata del primer sistema jurídico que adoptó esa forma de Estado, por lo que su estudio puede arrojar luz a diversos elementos esenciales de la misma; y como ya mencionaremos, el federalismo norteamericano influyó de manera importante en la configuración del mexicano, por lo que su análisis también podría aportar información particular respecto de nuestro propio sistema. En la misma tónica que el caso estadounidense se inscribe el canadiense, aunque éste se especifica por el origen y configuración histórica diferente a los de nuestro vecino común.

En nuestra investigación incluimos tres importantes casos de Estados federales en que legislar para la materia penal ha correspondido a la autoridad central: Alemania, Argentina y Suiza. El federalismo alemán es uno de los modelos más relevantes de esta forma estatal en el mundo, con características que lo distinguen del norteamericano. Por su parte, como el nuestro, el caso argentino tiene gran influencia del derecho constitucional de los Estados Unidos de América, por lo que consideramos que su experiencia habría podido reportarnos alguna utilidad, aparte de la afinidad latinoamericana que nos une con ese país. Por sus singularidades, el caso suizo también ha sido un caso ejemplar

¹³ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 80 y 81.

de federalismo, y por ello lo incluimos como objeto de estudio; luego de analizarlo, dicho caso nos parece el más significativo y digno de consideración en relación con nuestro tema actual: se trata de un país con un sistema en que culturalmente se acentúa la diversidad de sus entidades federativas, mismo que hasta hace relativamente pocos años había impedido la unificación procesal penal, a la cual cedió primordialmente por la necesidad de combatir nuevas modalidades criminales.

Asimismo, incluimos en ese análisis comparado el caso de la Unión Europea. Hoy menos que nunca podemos hablar de una “federación europea”, pero nos pareció provechoso referirnos a este ejemplo, ya que este desarrollo político de integración internacional es sumamente importante en nuestro tiempo para las ciencias política y constitucional. La Unión Europea mantiene importantes tensiones precisamente en el ámbito penal, y tomar en cuenta su experiencia también contribuyó a que tengamos un panorama más amplio de la cuestión que ahora analizamos.

El tercer y último capítulo de este trabajo constituye en realidad su parte medular. Esta sección se divide en cuatro apartados, que explicaremos enseguida.

El primer apartado del capítulo final de esta investigación trata de elaborar una “teoría general mínima” del federalismo, que nos permita observar los rasgos distintivos de esta forma de Estado. Lo anterior no obstante que, como veremos, no cabe hablar de un tipo ideal de “Estado federal” sino de diversas especies del mismo, que diferencian varios factores.

El estudio realizado en este apartado inicial servirá de base para abordar en el siguiente el análisis particular del federalismo mexicano. Esta última indagación buscará establecer los perfiles de nuestra forma de Estado, para cotejar con ellos la unificación legislativa en materia procesal penal, y con ello valorar adelante el impacto que tendría para el principio constitucional respectivo, otorgar al Congreso de la Unión la facultad correspondiente a dicha legislación

El tercer apartado de dicho capítulo considera las opciones existentes a la unificación legislativa en la mencionada materia, y la armonización que producen en relación con la efectividad de los principios constitucionales que hoy rigen el

proceso penal. Esto con el afán de valorar mejor aquella alternativa, comparándola con otras opciones que sin implicar el supuesto sacrificio del federalismo, pudieran servir para alcanzar algún grado de uniformidad en la legislación procesal penal de nuestro país.

Mencionamos antes que dichas opciones son la determinación de bases constitucionales en dicha materia y la propuesta de un “código modelo”. Sin perjuicio de estas posibilidades, el orden constitucional mexicano pareciera dar lugar a una tercera opción: lograr dicha uniformidad mediante “bases” para la coordinación en materia de seguridad pública, para cuya emisión faculta al Congreso de la Unión. Veremos que esta última opción tiene alcances muy limitados, pero es preciso tomarla en cuenta y analizarla para tener un panorama lo más completo posible de las vías que llevarían a dicha homogeneidad legislativa, y con base en él lograr una mayor protección de los importantes bienes jurídicos que tutela el derecho penal.

El apartado cuarto de este último capítulo ya aborda el tema de la unificación legislativa del proceso penal; habiéndonos parecido pertinente dar a este tópico un tratamiento aparte, ya que se trata de la cuestión central de este trabajo de investigación. En los apartados a que nos referimos nos introdujimos al debate sobre el carácter favorable o contrario al federalismo de dicha opción; buscamos en este cometido la visión más objetiva posible, y por ello enunciamos los argumentos con que distintos autores apoyan esa alternativa, y valoramos también la “objeción tradicionalista” que se le ha opuesto. Nuestra conclusión que acoge dicha propuesta, según se explicará en su momento, se basa en una concepción actualizada del federalismo mexicano, acorde a los rasgos verdaderamente esenciales de esta forma estatal; y dado el sentido de dicha conclusión, nos atrevemos a sugerir los cambios que en nuestro concepto se debería realizar al texto constitucional para implementarla, comentando las implicaciones que vemos en ellas, tocando especialmente la salvaguarda de los ámbitos competenciales que mantendrían las entidades federativas y el Distrito Federal, a través de la garantía jurisdiccional que le representan el derecho procesal constitucional.

Bajo el epígrafe de “Reflexiones finales”, el último apartado de dicho capítulo final incluye comentarios adicionales a los temas tratados en las secciones precedentes. Se trata de ideas marginales que no tuvieron cabida en los apartados previos, dado que trascienden los límites que planteamos para nuestro estudio, pero que consideramos de interés para el lector ya que señalan observaciones importantes o nuevas sendas en la discusión del tema, por lo cual no quisimos dejarlas en el tintero.

CAPÍTULO PRIMERO EL PROCESO PENAL EN MÉXICO

I. LA REFORMA DE 2008

1. *Notas generales*

El 18 de junio de 2008 se promulgó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma de diversas disposiciones constitucionales relativas a la materia penal.¹ El objetivo primordial de esta serie de modificaciones a la ley fundamental, como es ampliamente sabido, fue dar base constitucional a la implementación de juicios orales en materia penal, bajo un sistema procesal acusatorio.

Antes de dicha reforma, imperaba en México un sistema procesal penal de naturaleza “inquisitiva-mixta”.² Son grandes las diferencias entre los sistemas acusatorio y mixto.³ Para nuestros actuales efectos basta resumir que ellos difieren en lo siguiente:

- En el sistema acusatorio se distinguen claramente las funciones de investigación y juicio;
- El juez en el sistema acusatorio ejerce un importante control sobre las autoridades encargadas de la investigación, lo cual da lugar a que existan *fases del procedimiento* que no son consideradas por el sistema procesal inquisitivo;

¹ Tocante a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, de la Constitución. Junto con esta reforma, debe considerarse la efectuada en materia de trata de personas que se publicó en el *DOF* el 14 de julio de 2011, la cual modificó algunos párrafos de los artículos 19, 20 y 73 constitucionales

² Carbonell, Miguel, y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2010, pp. 31-33.

³ Puede verse un cuadro sinóptico de las diferencias entre los sistemas acusatorio e inquisitivo, en Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2011, pp. 122-123. Véase también Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 15a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 88-89. También es interesante la exposición que al respecto hace Cattaneo, Mario A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 62-64.

- El acusado debe ser escuchado a lo largo de todo el procedimiento, incluyendo durante la investigación, teniendo derechos muy amplios para su defensa;
- La *prisión preventiva* es una medida cautelar de carácter excepcional en el sistema acusatorio, mientras que su empleo es recurrente en el inquisitivo; y
- El proceso acusatorio es *predominantemente oral* y se desarrolla en audiencias concentradas y continuas, mientras que en el inquisitivo predomina el elemento escrito y las audiencias pueden ser diferidas con total discrecionalidad.

2. *Principios constitucionales*

Uno de los aspectos más importantes de la indicada reforma penal de 2008, consiste en que el artículo 20 constitucional establece que los procesos en la materia se regirán por los principios de “publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”.

Estos principios constituyen las *bases más fundamentales* del tipo de proceso penal que pretende implantar la Constitución, a raíz de su mencionada reforma. El contenido de los mismos puede resumirse de la siguiente manera:⁴

1. *Publicidad*. Todos los actos del proceso penal serán públicos. De ahí que la regla general sea la posibilidad de toda persona para acceder a la sala del juzgado y presenciar el desarrollo del proceso, y que ello pueda limitarse sólo excepcionalmente y por causa justificada;

⁴ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 3, pp. 127-140.

2. *Contradicción.* En general debe traducirse en que el proceso sea una verdadera contienda argumentativa, en que sea refutable cualquier elemento discursivo o probatorio;
3. *Concentración.* La mayoría de los actos procesales se realizará en una sola audiencia o con la máxima economía de actuaciones procesales;
4. *Continuidad.* Las diligencias judiciales no deberán ser interrumpidas antes de haberse agotado los temas examinados; y
5. *Inmediación.* El juzgador debe estar continuamente presente en la audiencia y ante él personalmente habrán de desahogarse las pruebas

Por estar expresados en el propio texto de la Constitución, estos principios no son meros postulados declarativos, sino que tienen gran importancia práctica pues *orientan la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales penales*, tanto constitucionales como legales. Así, por ejemplo, si un juez penal tuviera que elegir en la interpretación de un determinado precepto de su código adjetivo, entre una alternativa que le indicase que deberá atender el desahogo de una prueba y otra que tuviera el sentido contrario; deberá escoger la primera opción porque es la que se aviene con el principio de inmediatez, y rechazar la segunda ya que propiciará el incumplimiento de dicho principio.⁵

3. *Plazo de implementación*

El artículo segundo transitorio de la indicada reforma de 2008, prevé en su párrafo segundo que “la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito

⁵ Véase “SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. AL MARGEN DE LO AMBIGUO O INSUFICIENTE QUE UNA NORMATIVA (ESTATAL O FEDERAL) PUEDA RESULTAR, LOS JUZGADORES DE ÉSTE DEBEN REGIRSE POR LOS PRINCIPIOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. I, octubre de 2011, tesis II.2o.P.271 P (9a.), p. 1755.

de sus respectivas competencias”, deberán adecuar sus legislaciones a ella. En relación con lo anterior, el párrafo primero del mismo numeral prescribe que el sistema procesal penal acusatorio iniciará su vigencia “cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años”; debiéndose considerar asimismo la declaratoria que debe emitirse conforme al párrafo tercero del mismo numeral.⁶

De acuerdo con lo anterior, para el año 2016 los procesos penales deberán estar desahogándose plenamente en los órdenes federal y local, de conformidad con los principios del sistema acusatorio y demás normas previstas para el mismo en la Constitución. Al respecto hay avances importantes, como veremos enseguida.

El 21 de septiembre de 2011 el Presidente de la República presentó al Congreso de la Unión la iniciativa legislativa correspondiente a un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, la cual busca ajustar la legislación federal al proceso acusatorio.⁷ Diversas entidades federativas, a lo largo de estos años, han adecuado sus legislaciones internas a dicha reforma, o bien se encuentran en proceso de hacerlo.

II. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS VIGENTES

En el presente apartado damos por sentado que México es un Estado federal, y bajo esta óptica analizamos la distribución de competencias legislativas en materia procesal penal que se da en nuestro país. Como señalamos en la introducción de este trabajo, *el principio federal no está a discusión* sino que nuestro propósito es determinar si resulta o no factible constitucionalmente, al

⁶ Véase “SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. LA ENTRADA EN VIGOR DEL DECRETO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 TAMBIÉN DEPENDE DE LA EMISIÓN DE LA DECLARATORIA A QUE ALUDEN LOS ARTÍCULOS SEGUNDO Y TERCERO TRANSITORIOS DEL PROPIO DECRETO, LO CUAL ES DETERMINANTE PARA EL ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD RELATIVO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIX, febrero de 2009, tesis 1a. XXVII/2009, p. 430.

⁷ <<http://www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFPP.pdf>>.

amparo de dicho principio, la adopción de una legislación unificada en materia procesal penal bajo el sistema acusatorio.

Nos basaremos en este primer capítulo en los lugares comunes más conocidos en relación con nuestro sistema federal, sin perjuicio del estudio que haremos posteriormente sobre el federalismo mexicano. Esto se debe a que por el momento buscamos simplemente establecer un punto de partida a nuestro estudio, no profundizar en la naturaleza del sistema federal de nuestro país, ni obtener conclusiones a partir de la misma, lo que haremos en el capítulo tercero.

El Estado mexicano ha adoptado la forma *federal*, como indica el artículo 40 de su Constitución, pero habrá que buscar en el texto de la misma ley suprema el indicativo de la manera en que se distribuye la competencia estatal para regular el proceso penal. Las disposiciones determinantes de esta competencia son el artículo 73, fracción XXI, y 104, fracción I, de la propia Constitución.

El primero de dichos preceptos atribuye competencia al Congreso de la Unión para:

...establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir leyes generales en materias de secuestro, y trata de personas, que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

El segundo de ellos faculta a los tribunales federales a conocer de “las controversias del orden [...] criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federal o de los tratados internacionales”.

En estas disposiciones o cualquier otra, la Constitución no prevé *explícitamente, con esos precisos términos*, la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal. Sin embargo, dicha atribución puede

tenerse por *tácita* en el texto constitucional, a partir del concepto constitucional de “*facultades implícitas*” de que dispone el legislador federal.⁸

Ante la ausencia de una atribución explícita y precisa para legislar en materia procesal penal, evidentemente no caben sino dos opciones: (1) el legislador federal posee dicha competencia o (2) carece de ella. La respuesta debe inclinarse a favor de la primera alternativa ya que es la única que haría eficaz los mencionados preceptos de la Constitución.

Si el legislador federal careciera de atribuciones para emitir un código procesal penal que rija siquiera en el orden a su cargo, ningún sentido tendría que pudiera “establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”, y tampoco que corresponda a los tribunales federales enjuiciar dichos delitos. Tales atribuciones se harían prácticamente nugatorias al no tener utilidad ya que, pese a estar fijados en la ley, los “castigos” relativos a las “faltas contra la Federación” no podrían imponerse debido a la ausencia de una vía procedimental adecuada; o por lo menos, dicha aplicación se vería sumamente dificultada, porque correspondería entonces a las entidades federativas dictar dicho código procesal penal federal, según el artículo 124 constitucional, una alternativa bastante difícil de aceptar.⁹ La ausencia de facultades del Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal, por lo menos para el ámbito federal resultaría entonces de una lectura constitucional que

⁸ Véanse Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 668; “FACULTADES IMPLÍCITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CÁLCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. IX, enero de 1992, tesis P. XI/92, p. 32; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INSTITUCIONES DE CRÉDITO. LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA LEGISLAR SOBRE INTERMEDIACIÓN Y SERVICIOS FINANCIEROS, INCLUYE LO RELATIVO A SU SEGURIDAD”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, jurisprudencia 53, p. 48; “ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS FEDERALES. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES IMPLÍCITAS PARA DOTARLOS DE ATRIBUCIONES QUE LES PERMITAN EMITIR ACTOS DE AUTORIDAD”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, marzo de 2002, tesis 2a. XVI/2002, p. 431; y “REGISTRO NACIONAL DE VEHÍCULOS. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES CONSTITUCIONALES PARA EXPEDIR LOS ORDENAMIENTOS LEGALES EN ESA MATERIA”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVI, septiembre de 2002, tesis 1a. LXXI/2002, p. 262.

⁹ Máxime que sería absolutamente incomprensible que el legislador federal pudiera regular sustantivamente el derecho penal federal y organizar los tribunales y otras autoridades correspondientes, pero no regular el procedimiento que éstos debieran seguir.

no puede admitirse, porque va contra el carácter normativo de la ley fundamental que impone la obligatoriedad del ejercicio de dicha atribución y la priva de *plena eficacia*, contra el principio interpretativo que prescribe justamente lo contrario.¹⁰

Por tanto, para hacer verdaderamente eficaz la facultad del Congreso de la Unión de establecer los delitos federales y las penas que corresponden a los mismos, debe tenerse por *implícita* y necesariamente derivada de las indicadas fracciones constitucionales, la atribución de establecer las leyes que regulen los procedimientos para determinar la comisión de un delito de esa índole y aplicar la pena relativa.¹¹ El artículo 104 constitucional, en relación con los numerales 14 y 17 de la misma ley fundamental, supone la facultad de los tribunales federales para enjuiciar un ilícito penal federal y aplicar las penas correspondientes; y si dichos órganos tienen atribuciones para sustanciar un expediente criminal, incluso en ausencia del código correspondiente, por mayoría de razón el legislador habría de tenerlas para expedir dicho cuerpo legal.¹² De otra manera, no tendrían efectividad las facultades sustantivas penales de la Federación; o bien se impondría una conclusión interpretativa irrazonable.¹³

¹⁰ Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 107 y ss.

¹¹ “El *proceso penal* constituye un *presupuesto esencial* para que se puedan alcanzar los fines que persigue el mismo Derecho Penal. A través de un determinado procedimiento formal, se pretende averiguar la realidad de unos hechos, presupuesto fáctico de una figura delictiva definida por la Ley, en los que se sospecha que estuvieron implicados uno o varios sujetos acusados, a fin de establecer finalmente, por parte de un juez, el veredicto de culpabilidad o de inocencia conforme a las exigencias legales y constitucionales”, Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 96 y 97 (énfasis añadido). En el mismo sentido: Díaz de León, Marco Antonio, “Juicio oral en el proceso penal”, en *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2a. ed., México, INACIPE, 2008, pp. 364 y 366.

¹² Hacemos eco del principio de la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales, según lo expresó la primera sentencia de amparo federal dictada en México (1849), en el sentido de que “a nadie puede ocultarse el modo de sustanciar un expediente”. Véanse Arizpe Narro, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN, 2006, pp. 45-48 y 61-65; y “AUDIENCIA, ALCANCE DE LA GARANTÍA DE”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 82, p. 54; “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO”, Segunda Sala, *idem*, t. VI, tesis 95, p. 62; y “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 111, p. 142.

¹³ *Cfr.* “PROCESO MERCANTIL, FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA EXPEDIR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 217-228, primera parte, p. 38; y “CONCURSOS MERCANTILES. LA EXPEDICIÓN DE LA LEY RELATIVA, EN LA CUAL SE REGULAN LAS SUBASTAS DE INMUEBLES DE LOS COMERCIANTES, NO INVADIRÍA LA ESFERA COMPETENCIAL DE LAS LEGISLATURAS

Esta interpretación se refuerza por lo que prescribe la Constitución en sus artículos 21, párrafo noveno, y 73, fracción XXIII, en materia de seguridad pública. El primero de dichos numerales determina que la “seguridad pública” consiste en “una función a cargo de la *Federación*, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y *persecución* para hacerla efectiva [...], en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala”.¹⁴ El segundo de ellos indica que corresponde al Congreso de la Unión “expedir leyes que establezcan las *bases de coordinación* [en materia de seguridad pública] entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios”, al igual que “establecer y organizar a las *instituciones* de seguridad pública en materia federal”.

Estos preceptos corroboran la facultad implícita del Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal, de las siguientes maneras:

- Si la “persecución” de los “delitos contra la Federación” forma parte de la “seguridad pública” a cargo de las autoridades de dicho orden, el legislador federal puede implementar los procedimientos para que ella se haga efectiva;
- Siendo el enjuiciamiento penal una parte esencial de la “persecución” de los delitos federales, el Congreso de la Unión puede “establecer y organizar” las instituciones correspondientes al mismo;¹⁵ y
- Si el Congreso federal tiene atribuciones para sentar “bases” con que las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios se coordinarán con la Federación en materia de seguridad pública, que podría incluir por lo menos algunos aspectos del enjuiciamiento penal, y también para organizar las instituciones federales en la materia; por mayoría de razón

LOCALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, tesis 1a. LXXXII/2008, p. 45.

¹⁴ Véase también el artículo 2o., párrafo primero, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

¹⁵ *Supra*, nota 11.

podrá emitir una regulación procesal penal aplicable exclusivamente en relación con los “delitos contra la Federación” cuya determinación le corresponde.

Con lo anterior queda sentado que el Congreso de la Unión tiene facultades para emitir una legislación procesal penal que tenga el orden *federal* como ámbito de aplicación; esta tesis será punto de partida de nuestra investigación. Bajo esta idea, por lo dispuesto en la cláusula de “competencia residual” que prevé el artículo 124 de la ley fundamental y demás disposiciones que prevé este ordenamiento en la actualidad, tocará a las legislaturas locales expedir la legislación procesal penal que corresponda a su propio ámbito. En la práctica, esto último es igual para el caso específico del Distrito Federal, gracias a la atribución que el artículo 122 constitucional¹⁶ otorga expresamente a su Asamblea Legislativa para regular sustantivamente la materia penal y la organización de sus tribunales.

Hablando más concretamente, de acuerdo con una reciente ejecutoria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Federación tiene competencia constitucional para definir legislativamente los delitos contra la misma, entendiendo por tales aquellos cuyo “bien jurídico tutelado” corresponde proteger “a la Federación en ejercicio de sus atribuciones y facultades constitucionales exclusivas o en el ámbito de facultades concurrentes”,¹⁷ y por ende también para establecer los procedimientos para enjuiciar tales delitos exclusivamente. Por exclusión, la competencia para legislar en materia de cualquier otro delito y para determinar el cauce procedimental para enjuiciarlo, corresponde a las entidades federativas y el Distrito Federal en sus respectivos ámbitos.

De lo anterior podemos considerar en resumen que la Constitución no otorga inequívocamente al Congreso de la Unión la facultad de expedir un código

¹⁶ Apartado C, base primera, fracción V, incisos h) y m).

¹⁷ Acción de inconstitucionalidad 20/2010, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de octubre de 2011, primera sección, considerando quinto, p. 49. Un ejemplo de tales facultades concurrentes lo ofrece el artículo 141, último párrafo, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

procesal penal único, aplicable tanto en el orden federal como en el local. De tal manera, las facultades de dicha legislatura se extienden sólo al ámbito federal, quedando el local a la competencia de las legislaturas correspondientes, inclusive el Distrito Federal.

En el mejor de los casos, puede pensarse que bajo la regulación actual el Congreso de la Unión tendría facultades para establecer “bases” según las cuales los Congresos locales habrían de legislar sobre la materia penal. Pero como veremos en el capítulo tercero, esta atribución tendría límites que sólo muy restringidamente permitirían uniformar la legislación procesal penal mexicana; sin olvidar que se trata de una interpretación basada solamente en implicaciones hipotéticas del texto constitucional y no de una disposición explícita que prevea el mismo.¹⁸

Considerando las ideas previas, cabe concluir que hoy el Congreso de la Unión carece de facultades para emitir en materia procesal penal una legislación aplicable a todos los órdenes jurídicos del Estado mexicanos, y que regule para ellos pormenorizadamente todos los aspectos del proceso penal. En los mismos términos, las atribuciones de dicha legislatura se limitan a regular los procesos penales para el ámbito federal, en relación con el enjuiciamiento de los delitos que pertenezcan a ese campo jurídico.

¹⁸ Los alcances limitados de esta atribución para los efectos señalados, se reflejan en la muy reducida actuación que contempla la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública para los órganos jurisdiccionales. Así por ejemplo: (1) el Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Superiores de Justicia contribuirán con las instancias que integran el sistema, formulando “estudios, lineamientos e implementación de acciones que permitan alcanzar los fines de la seguridad pública” (artículo 10, último párrafo); (2) dichas instituciones no constituyen una Conferencia Nacional ni se integran al Consejo Nacional de Seguridad Pública, la “instancia superior de coordinación y definición de políticas públicas” del sistema (artículos 11 y 12); (3) los órganos jurisdiccionales federales y locales tienen la posibilidad de que el Consejo Nacional de Seguridad Pública promueva acciones de “coordinación y colaboración” con ellos; (4) la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia podrá determinar “políticas y lineamientos sobre datos de procedimientos penales, juicios de amparo y otros procesos judiciales en los que intervenga el Ministerio Público, que se integren a las bases de datos [legales]” (artículo 25, fracción XIV); y (5) el obvio mandamiento para la ejecución de mandamientos judiciales (artículo 41, fracción IV).

III. PROBLEMÁTICA

De acuerdo con el régimen constitucional de distribución de competencias legislativas en materia penal, nos hallamos ante la posibilidad jurídica de que exista un importante número de disposiciones en la materia, por la normatividad que al respecto expidan el Congreso de la Unión y los órganos parlamentarios locales que integran el Estado mexicano.

Es una perogrullada decir que esta posibilidad se ha actualizado siempre, y que origina una gran diversidad legislativa en la materia, por lo menos hablando en términos cuantitativos. La distribución de competencias en el Estado mexicano para legislar en materia procesal penal tiene su más evidente manifestación en la existencia de 34 diferentes códigos relativos a este rubro: los correspondientes al orden federal con el excepcional Código de Justicia Militar, al de las 31 entidades federativas que componen la República mexicana, y al Distrito Federal.

Esta situación coloca al enjuiciamiento penal en México, integralmente considerado, en una condición “difuminada”. Aunque por su común referencia a los principios constitucionales que rigen los procedimientos penales y a una misma tradición procesal, hay puntos comunes entre todos estos ordenamientos procesales; su gran número “dificulta caracterizar la legislación penal y a su reforma, toda vez que cada Estado emprende sus propios procesos legislativos y sus reformas, independientemente de lo que sucede en el ámbito federal”, aunque durante algún tiempo éste servía indefectiblemente de modelo a la legislación local.¹⁹

Las variaciones importantes entre los diversos integrantes de este conjunto de ordenamientos procesales penales, pueden darse fundamentalmente en relación con los siguientes tópicos:

¹⁹ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “La reciente política legislativa penal en México (Los vaivenes de la política legislativa penal mexicana)”, en Díez Ripollés, José Luis, y García Pérez, Octavio (coords.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Buenos Aires, Edisofer-B de F, 2008, pp. 284 y 285.

- (1) En lo que respecta a la *terminología* empleada por las legislaciones correspondientes; por ejemplo: el “juez de control” que utiliza la Constitución y diversas entidades federativas es el mismo que el “juez de garantía” propio de otras latitudes,²⁰ que utiliza la legislación oaxaqueña;
- (2) La *configuración legislativa y los alcances* de determinadas figuras; por ejemplo: la muy amplia procedencia de la acción penal por particular o privada, que se prevé en los artículos 517 y siguientes de la iniciativa presidencial de nuevo Código Federal de Procedimientos Penales, comparada con su reducida extensión en legislaciones como la yucateca²¹ o su inexistencia como en el caso de la de Chihuahua que sólo prevé la figura de “acusador coadyuvante”;²²

Es fácil imaginar que la divergencia que puede existir entre los ordenamientos procesales penales mexicanos, *dificultaría* la persecución de los delitos, que forma parte de la política de seguridad pública del Estado mexicano, impuesta desde la Constitución. Hablamos moderadamente de “dificultades” porque en ellas consisten, objetivamente, los inconvenientes que la referida diversidad ocasiona para el proceso penal mexicano considerado de una manera *integral*.

El primero de los aspectos mencionados, relativo a la diferente terminología empleada por los distintos códigos procesales mexicanos, representa un problema superable en alguna medida. Con algún esfuerzo interpretativo los operadores jurídicos (tribunales de amparo, agencias que deberán coordinarse, etc.) podrán arribar a la conclusión de que el “juez de control” de que habla la Constitución y diversas legislaciones, se trata del mismo “juez de garantía” que consideran otros ordenamientos legales; por hablar del ejemplo más notable en este rubro. Las dificultades en este rubro surgirían al enfrentarse conceptos mucho más técnicos y

²⁰ Véase por ejemplo: Baytelman, Andrés, y Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 40-43.

²¹ Artículo 62 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.

²² Artículos 80, 122 y 302 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

sutiles, cuya aplicación en determinadas circunstancias podría agravar a los gobernados.²³

El verdadero problema radica en las *diferencias sustantivas* que puede haber entre esos múltiples ordenamientos, considerando muy especialmente el actual pluralismo político de nuestro país y la independencia de las legislaturas locales.²⁴ A nuestro parecer, las consecuencias de dichas discrepancias desembocarían en:

- *Diferente efectividad de los principios constitucionales del proceso penal.* Retomemos para este aspecto nuestro ejemplo de la acción penal por particular. Al prever para ésta una procedencia muy amplia, la iniciativa que entregó el Presidente de la República al Congreso de la Unión el 21 de septiembre de 2011 para un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales²⁵ otorga una eficacia vigorosa al principio constitucional de que deriva dicha figura, previsto en el párrafo segundo del artículo 21 constitucional; y en cambio no lo hacen las legislaciones que prevén dicha acción para un número muy reducido de casos o de plano esencialmente la niegan asimilándola a una “coadyuvancia”, las cuales respectivamente no optimizan la realización de dicho principio o lo hacen nugatorio.²⁶ El anterior es un ejemplo evidente de esta discrepancia y sus

²³ Cfr. “CUERPO DEL DELITO. LA SENTENCIA QUE UTILICE Y TENGA POR ACREDITADO ESTE CONCEPTO PROCESAL, EN LUGAR DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, ES VIOLATORIA DE LAS GARANTÍAS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CONSAGRADAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, jurisprudencia I.7o.P. J/6, p. 926; y “SENTENCIA DEFINITIVA POR DELINCUENCIA ORGANIZADA. ES IRRELEVANTE QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL UTILICE EN ELLA EL TÉRMINO ‘CUERPO DEL DELITO’, SI OBRAN ACREDITADOS TODOS LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, *idem*, 10a. época, lib. I, octubre de 2011, tesis II.2o.P.277 P (9a.), p. 1750.

²⁴ Véase Ozuna Solsona, Rodrigo Arturo, “Por una política criminal coherente, unificada e integral: Codificación penal única”, en Fundación Miguel Estrada Iturbide, *Investigar para legislar*, México, Tatevari, 2009, pp. 66-68.

²⁵ <<http://www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFPP.pdf>>.

²⁶ A lo anterior resulta aplicable la idea de que “las innovaciones son constantemente desplazadas o reinterpretadas de acuerdo con las condiciones locales, y pueden desaparecer eventualmente”, según Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 259.

efectos pero también podríamos hallar, según las posibles diferencias entre las legislaciones correspondientes, una cantidad inimaginable de casos en que sutil o burdamente los principios procesales penales que prevé la Constitución no obtengan la máxima eficacia que ameritan; incluyendo los fundamentales de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En términos generales, el derecho procesal penal se compone de normas que desarrollan y completan los derechos fundamentales establecidos para esta materia,²⁷ “por ello Eberhard Schmidt [lo] designó muy acertadamente [...] como derecho constitucional aplicado”,²⁸ y dicha concreción puede darse en grado óptimo o deficiente, no obstante que la Constitución exige que sea de la primera manera.

- *Distorsiones en el juicio de amparo.* En la práctica este proceso constitucional es pieza fundamental del procedimiento penal, aunque por su naturaleza pertenezca formalmente a otra rama jurídica; sería sencillamente impensable no poder acudir a él para impugnar las decisiones más importantes de los procesos penales. Las resoluciones que dicten los tribunales de amparo, desde la Suprema Corte hasta los juzgados de distrito, deberán ser adecuadas a las diferentes legislaciones que habría de aplicarse. Ello ocasionará: (1) *distintos tipos de jurisprudencia*, según corresponda a las categorías legislativas que específicamente contemplan las resoluciones que la integren; (2) la posibilidad de que los juzgadores constitucionales y ordinarios *apliquen*

²⁷ “[L]as leyes del proceso son leyes complementarias de las garantías constitucionales. ‘La ley del proceso penal es el complemento necesario de las libertades públicas’ afirma Faustin Hélie, el gran procesalista francés. El clima ideal de las leyes del proceso es el de las garantías constitucionales”, Azevedo, Paulo Vizente de, *Curso de direito judiciário penal*, São Paulo, Saraiva, 1958, vol. I, pp. 30 y 31; citado en Lauria Tucci, Rogério, “El proceso penal en Brasil”, trad. de Laura E. Fernández K., en Zaffaroni, Eugenio Raúl (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea-Porrúa, 2000, p. 111.

²⁸ Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, p. 6 (cursivas suprimidas).

*confusa o forzadamente dichas jurisprudencias,*²⁹ llevando un criterio formulado para un ordenamiento a otro distinto, posibilidad que acrecienta la deficiente atención que nuestra tradición y cultura jurídicas han tenido respecto de las operaciones argumentativas propias de los precedentes judiciales, no obstante los diversos criterios emitidos en diversas ocasiones sobre el tema;³⁰ y (3) redundando todo lo anterior en la *lenta, atomizada e imprevisible caracterización y comprensión del proceso penal mexicano*, integralmente considerado, debida a las múltiples instancias que deberá pasar su examen judicial, incluyendo la contradicción de tesis que habrá de resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Plenos de Circuito, o la sede internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estos problemas resultarían al cabo en inconvenientes para garantizar la *seguridad pública* que el artículo 21 constitucional tiene como uno de los principios fundamentales del Estado mexicano, sin perjuicio de los demás que como los *derechos fundamentales* prevé la ley suprema. La satisfacción de estos extremos se vería dificultada tanto como sea compleja la “organización procesal” a que están sujetos los tribunales, por la influencia de aquella sobre la actividad de éstos,³¹ pues mientras más normas jurídicas tengan que armonizar los juzgadores, más difícil será prever su decisión y la misma quedará en mayor proporción a criterios subjetivos —casi azarosos— que darán lugar a una amplia diversidad de opiniones jurisdiccionales. Ello sin considerar la ineficiencia resultante del esfuerzo

²⁹ “[S]i a través del amparo, la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados realizan una utilísima obra de unificación jurisprudencial, esa labor se dificultaría sobremedida si los códigos de las entidades federativas, por cuya exacta observancia están llamados a velar una y otros, respondiesen a orientaciones agudamente discrepantes”, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 304.

³⁰ Véanse “JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, jurisprudencia 44, p. 58; “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, APLICACIÓN DE LA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 16, cuarta parte, p. 19; y “JURISPRUDENCIA”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. XXVI, p. 1875.

³¹ Véase Fix-Fierro, *op. cit.*, nota 26, p. 263.

necesario para conocer todos los parámetros jurídicos aplicables a un caso concreto, que se sustrae al debido estudio de sus méritos de fondo; Víctor Fairén Guillén expone así esta relación entre calidad y cantidad:

[L]a unificación en lo posible de la legislación procesal, conducirá a una *mejor calidad de los jueces*, cuya especialización comprenderá menos necesidades cuantitativas y por lo tanto, mayor posibilidad de profundizar en las cualitativas.³²

Dentro de nuestro sistema, la protección de los derechos humanos constitucionales e internacionales a través del amparo es un elemento *imprescindible y constante* de dicha organización; aparte de dicha tutela, la “organización procesal” podrá ser variablemente compleja y este elemento es el que repercutirá en la toma de decisiones judiciales. Lisa y llanamente: aun bajo la dispersión legislativa hoy imperante, si no hubiera necesidad jurídica de controlar la conformidad de las decisiones procesales penales a los derechos fundamentales, la jurisdicción penal tendría un buen —aunque no necesariamente óptimo— grado de eficiencia; pues sería más sencillo y rápido dar con una solución al litigio.

Sin embargo, esta “racionalidad económica” no es el único elemento que debe atenderse al hablarse de la función jurisdiccional,³³ ya que también deben satisfacerse los valores superiores que representan los derechos fundamentales, a cuyo respeto el Estado mexicano incluso está comprometido ante la comunidad internacional. El colofón de lo anterior es entonces que al no poderse suprimir o alterar el factor del control de constitucionalidad y convencionalidad —relacionado

³² “Hacia la unificación de las leyes procesales”, *Problemas actuales de derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 86 y 90 (énfasis añadido). Este autor no pretende distinguir precisamente entre “unificación” y “uniformidad” que nosotros entendemos como “armonización”, según explicaremos en el apartado siguiente; sin embargo, con el grado que respectivamente les corresponda, pensamos que su idea es aplicable a ambas. Además, desde un punto de vista apoyado en la teoría general del proceso, tiende a la “unificación” procesal total; es decir no sólo a consolidar las diversas legislaciones procesales que existan para una sola materia, sino hacerlo con todas las que se refieran al aspecto procesal sin importar el ámbito jurídico a que pertenezcan, y por ende tampoco a separarlas con base en dicha circunstancia.

³³ Fix-Fierro, *op. cit.*, nota 26, p. 330.

con tratados internacionales—³⁴ de las decisiones procesales penales, la eficiencia de este sistema jurídico deberá buscarse en una *legislación ordinaria adecuada* para facilitar arribar a dichas resoluciones de una manera predecible e igualitaria.

En tal contexto, la existente diversidad legislativa en materia procesal penal ocasiona la complejidad de la toma de decisiones jurídicas y menoscaba la certeza y predictibilidad del ordenamiento jurídico. Con ello dificulta lograr los objetivos de salvaguarda del derecho penal, y precisamente la efectiva tutela de estos fines debe inspirar buscar alguna uniformidad para la legislación de la materia.

IV. ¿UNIFICACIÓN O ARMONIZACIÓN?

1. *Unidad y diversidad*

Si el régimen procesal penal mexicano, integralmente considerado, estuviera formado por legislaciones ordinarias tan divergentes que no haya algún grado de similitud entre ellas —salvo el fin esencial de aplicar el derecho punitivo—, la eficiencia de la salvaguarda de los bienes jurídicos que el orden penal está llamado a tutelar se vería mermada. El antípoda de este extremo sería la hipótesis de un ordenamiento jurídico absolutamente idéntico, no sólo en cuanto a los textos legales que forman su tronco, sino también por lo que se refiere a las decisiones interpretativas y aplicativas que matizan el sentido de dichas disposiciones y constituyen normas jurídicas individualizadas que acrecientan y especifican el sistema.

En mayor o menor medida, dentro de una vertiente u otra, la eficiencia de cualquier reforma en el plano jurisdiccional mantiene una tensión entre estos extremos de uniformidad y diversidad, que es preciso conjuntar. Sin embargo,

³⁴ Sobre este tema véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 339 y ss.

recuérdese que ambos extremos son posiciones meramente *teóricas*, al *no poder existir en la realidad una uniformidad absoluta (unidad)* que implicaría suprimir las indefectibles particularidades “locales”, aun cuando exista una sola legislación que apliquen todos los operadores jurídicos, y *tampoco una diversidad a ultranza* que conduciría a eliminar la generalidad del cambio propuesto y con ello su esencia misma. Héctor Fix-Fierro escribió al respecto que:

Los cambios en la organización y el procedimiento judiciales —y ello queda bien ejemplificado por el uso de las computadoras— muestran la tensión, presente siempre, entre la tendencia hacia la uniformidad y la diversidad que es un resultado de los mecanismos locales para la introducción y adaptación de nuevos mecanismos. De hecho, para que tal tensión sea productiva y tenga éxito, es necesario encontrar e implementar una articulación entre las iniciativas locales y los programas nacionales de modernización.³⁵

Por lo que respecta a la implementación del sistema acusatorio que prevé la reforma constitucional de 2008, ambos extremos se representan por la disimilitud o la identidad entre las normas procesales penales, no solamente en cuanto a los *textos legales* sino también respecto de sus *prácticas interpretativas y aplicativas*. Cualquier esfuerzo de cambio a nivel nacional en esta materia no puede prescindir de *elementos generales* que impidan una “difuminación” del derecho procesal penal; pero tampoco dejar de contar con las *inevitables variantes “locales”*³⁶ que forzosamente tienen que suscitarse porque son los operadores jurídicos de este orden los encargados en último término de hacer efectivo dicho cambio.

Esto muy independientemente de la distribución de competencias que corresponda por la forma estatal, pues como vimos se trata de una tensión natural

³⁵ *Op. cit.*, nota 26, p. 260.

³⁶ Ahora no usamos este adjetivo en el sentido jurídico-político que alude las entidades federativas y el Distrito Federal, y excluye el orden federal, sino en el “sociológico” con que emplea el autor citado. En este último contexto, los tribunales federales también son “locales” para efectos de la implementación de la reforma penal, puesto que constituyen una organización destinataria de la misma, autónoma y con sus propias prácticas, ideología e intereses.

e ineluctable, pero reforzada entre nosotros por el principio constitucional federal.³⁷ Lo interesante para esta cuestión resulta ser la inclinación que tenga la regulación jurídica, para nuestros actuales propósitos la procesal penal, hacia una mayor unidad o diversidad, y las razones que la motiven.

2. *Unificación, código modelo o bases generales*

La Consulta Nacional en materia de justicia³⁸ que auspició la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2003, concluyó acerca del consenso que existe en la comunidad jurídica sobre la importancia de uniformar la legislación procesal penal, y aun la sustantiva. Sin embargo, hubo desacuerdo sobre el procedimiento para lograr dicho objetivo.³⁹

Hace décadas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo planteó tres distintas posibilidades para lograr dicha “uniformidad” procesal, aunque no la limitó al ámbito penal: (1) la reforma constitucional que permita al Congreso de la Unión expedir un solo código adjetivo aplicable a toda la República, la cual estimó como “el camino más seguro” para dicha uniformidad; (2) la adopción por parte de cada legislatura de un determinado código, lo que hoy conocemos como “legislación modelo”; (3) la implementación constitucional de “bases y principios comunes”.⁴⁰ Las mismas opciones tenemos hoy para lograr la referida “uniformidad” del derecho procesal penal mexicano.

Antes de continuar, es necesario hacer una *precisión terminológica*. Por “uniformidad” entendemos la existencia de algún grado de homogeneidad de las disposiciones legales que aplicarían los tribunales penales, sin decantarnos por alguna de las opciones que señalamos. Esta homogeneidad puede darse en

³⁷ Cfr. Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 27 y 28.

³⁸ Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano.

³⁹ Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, pp. 94 y 177-178.

⁴⁰ Cfr. *op. cit.*, nota 29, pp. 306-308.

distintos niveles: la “unificación” y la “armonización” legislativas;⁴¹ términos que pueden tener diferentes acepciones⁴² y por lo cual los definiremos a continuación.

Entendemos por “unificación”, la implementación de una *única* legislación en materia penal, sea de carácter sustantivo y/o adjetivo. Por razones evidentes, tal es el caso de los Estados que han adoptado la forma unitaria. Pero veremos en el capítulo posterior, que algunos países federales también se inclinan por mantener un orden penal unificado, bajo una sola legislación en la materia, sin perjuicio del grado de descentralización que corresponde a su sistema.⁴³ En esta última situación se encuentran naciones como Alemania.

Por su parte, la “armonización” persigue en nuestro concepto un cierto grado de homogeneidad entre las normas procesales penales de distintos ordenes jurídicos, que no llega al extremo de la “unificación”. En este sentido nos encontramos con la tendencia existente en la Unión Europea a la creación de bases mínimas en materia penal, la cual expondremos en el correspondiente apartado posterior.

De las opciones relativas a la uniformidad legislativa que indicamos con antelación, *sólo la expedición de un cuerpo legal único asegura la “unificación” y la certeza de sus alcances*. La implementación de “bases” generales constitucionales no conduce sino a la mera “armonización” de la legislación penal; y lo mismo la propuesta de un “código modelo”, que sólo remotamente podría lograr una verdadera unificación legislativa.

⁴¹ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 37, pp. 29-37.

⁴² Cfr. Vizcaíno Zamora, Álvaro, *Hacia la unificación de la legislación penal en México*, <<http://bit.ly/uYECu5>>.

⁴³ España merece una mención aparte por su peculiaridad, que nos lleva a excluirla de nuestro estudio. Aunque carece formalmente de una constitución federal, es decir que aparentemente ha adoptado la forma centralista; mantiene una organización territorial “ambigua” y *sui generis* por otorgar “distintos niveles de autogobierno a los territorios”, lo que la lleva a ser un Estado “funcionalmente federal” e incluso a que se le considere con tal calidad en términos prácticos; cfr. Sturm, Roland, y Zimmermann-Steinhart, Petra, *Föderalismus. Eine Einführung*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 21; Von Beyme, Klaus, *Föderalismus und regionale Bewusstseins. Ein internationaler Vergleich*, Múnich, C.H. Beck, 2007, p. 33; y Balaguer Callejón, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, t. I, p. 258. La respuesta a la cuestión de la naturaleza española parece encontrarse en el incipiente concepto de “Estado regional”, figura que se encuentra a caballo entre unitarismo y federalismo, cuya “región” es un plano estatal con facultades administrativas y algunas legislativas, mas no jurisdiccionales; en esta categoría se inscribe Italia, cuya similitud con España haría también aplicable dicho concepto a este último país; véase Martínez, Temistocle, *Diritto Costituzionale. Edizione per i corsi universitari di base*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 83.

En México el proceso penal tiene *bases mínimas y comunes* expresadas por la Constitución que en alguna medida, nunca absoluta, *armoniza* los diversos ordenamientos existentes en nuestro país. Bajo una forma federal, la común referencia normativa a los principios constitucionales produce *unidad política* entre los distintos órdenes jurídicos parciales que integran el Estado, lo cual logra entre éstos alguna uniformidad —mas no identidad— y mantiene una gran diversidad por las diferentes regulaciones legales que podrían existir en él.⁴⁴ Por eso hay algún grado de armonización entre los regímenes procesales penales de nuestro país, por la imperatividad de las disposiciones constitucionales que establecen sus bases fundamentales.

Por esta armonización, en nuestro país no existe una absoluta “difuminación” del proceso penal —que hemos tenido como irrealizable en la práctica—. La sustitución en el texto constitucional de los rasgos inquisitivos por otros de corte acusatorio, propicia en primer lugar que los legisladores ordinarios se ajusten a los postulados de este último sistema, y en segundo término ofrece un *marco jurídico común* para las regulaciones que expedirán, el cual en mayor o menor medida restringe normativamente su discrecionalidad y con ello los resultados de su actividad.⁴⁵ Pero el grado de homogeneidad que ocasiona la sola existencia de bases generales constitucionales, es sumamente variable porque a ellas se les puede dar muy diferentes alcances por la indeterminación de las disposiciones de la ley fundamental, y así regularse divergentemente el ámbito procesal penal incluso en aspectos trascendentes.

También al rubro de “armonización” pertenece la idea de un “código modelo” que los legisladores podrían hacer suyo, una de cuyas ventajas es que no requiere modificación constitucional.⁴⁶ Su efecto armonizador no sólo va hacia el trabajo

⁴⁴ Cfr. Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 1998, pp. 19 y 158; y Renzsch, Wolfgang *et al.*, “Einleitung/Föderalismus”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 4. En muy variados términos y sentidos, desde tiempos de Carl Schmitt ha sido constante en la doctrina constitucional alemana la idea de que una de las funciones de la Constitución es “formar unidad política” en la que se integren la “variedad existente de intereses, aspiraciones y posturas”; véase Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 5 y 97-104.

⁴⁵ Carbonell y Ochoa Reza, *op. cit.*, nota 2, pp. 83 y 84.

⁴⁶ Caballero Juárez *et al.*, *op. cit.*, nota 39, pp. 94 y 178.

legislativo sino también hacia el judicial, puesto que los tribunales podrían tenerlo “como autoridad persuasiva para la interpretación de una ley existente o en el ejercicio del poder ocasional de un tribunal para formular doctrina de derecho penal”.⁴⁷ No obstante, dado que jurídicamente no existe obligación alguna a adoptar sus disposiciones, las legislaturas y los tribunales están en plena libertad de asimilar a plenitud sus propuestas, seleccionar aquellas que mejor les parezcan o bien rechazarlas total o parcialmente.⁴⁸ Por ello esta opción no necesariamente soluciona los problemas que ocasiona la diversidad legislativa en la materia procesal penal.

Al basarse en la existencia de un solo ordenamiento legal que aplicarían todos los operadores jurídicos, sin importar el orden estatal al que pertenezcan, la unificación legislativa *stricto sensu* elimina los problemas de la divergencia legislativa que propician las demás opciones. No obstante, en un Estado federal integrado por distintas entidades regionales, dicha unificación implicaría que éstas no pudieran emitir una legislación propia en la materia de que se trate, como la procesal penal de nuestro caso de estudio, aunque restándoles los ámbitos de discrecionalidad aplicativa para desarrollar su autonomía. Aquel motivo se ha esgrimido en nuestro país para rechazar la expedición de “códigos únicos” en materias penal y civil, al opinarse que impediría considerar las particularidades de las entidades federativas mexicanas y afectaría la soberanía de las mismas.⁴⁹

El grado de complejidad del proceso penal mexicano, integralmente considerado, y por ende su eficiencia, ha de moverse entre estas dos alternativas: *unificación o armonización* de su legislación ordinaria. Como señalamos, la idea establecida actualmente en nuestro país sobre el tema se inclina hacia la segunda opción, en tanto la armonización es el concepto que priva constitucionalmente; de manera que cualquier discusión sobre la primera alternativa se reduce a cuestiones *de lege ferenda*, a un ejercicio sobre la posibilidad de implantar la señalada unificación legislativa.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁸ Cfr. Robinson, Paul H., y Dubber, Markus Dirk, *An introduction to the Model Penal Code*, 12 de marzo de 1999, <<http://bit.ly/eTfYcO>>, p. 1.

⁴⁹ Caballero Juárez *et al.*, *op. cit.*, nota 39, p. 177.

Si se quisiera cambiar la situación actual y transitar el camino de la unificación legislativa en materia procesal penal o cualquier otra, habría que brindar argumentos suficientes para ello. Uno de los aspectos que tendría que estudiarse es el relativo a su factibilidad a la luz del principio federal que establece la Constitución. Según expresamos en la introducción del presente estudio, llevar a cabo dicho análisis es el objetivo esencial de este trabajo, que realizaremos en su capítulo tercero.

CAPÍTULO SEGUNDO ANÁLISIS COMPARADO

I. NOTAS PRELIMINARES

A continuación haremos un recuento de la experiencia comparada. Como señalamos en la introducción de este trabajo, consideraremos solamente a aquellos Estados que han adoptado la forma federal, o bien una constitución muy cercana a ésta, como lo han hecho Suiza y la Unión Europea.

Excluimos el estudio de naciones que mantienen una forma diferente como Francia o Italia, debido a que indudablemente en ellos no se plantea el mismo dilema que en México se presenta entre la unificación o armonización de su legislación penal sustantiva y adjetiva: sencillamente, su sistema no puede más que estar unificado, y su estudio ninguna respuesta nos podría arrojar que fuera aplicable al caso de nuestro país. Pese a que, como señalamos apenas líneas arriba,¹ el Reino de España goza de una forma de Estado “funcionalmente federal” al tener formalmente calidad unitaria, su situación es muy particular y más si lo consideramos un Estado “regional”; por ello lo omitimos como elemento de nuestro estudio para evitar que su peculiaridad dé lugar a alguna conclusión sesgada, no sin indicar que según el artículo 149.6 de su Constitución la competencia para expedir leyes en materia penal sustantiva y adjetiva corresponde al Estado, es decir al gobierno central, y no a las comunidades en que se divide.

Desde un punto de vista metodológico estricto, habríamos de formular una posición general sobre el federalismo que nos muestre sus elementos esenciales, su naturaleza y los diferentes tipos del mismo que pueden encontrarse; lo que en realidad haremos hasta el capítulo tercero del presente estudio. Son dos los motivos para esta “incorrección”, y las explicaremos a continuación.

La primera de dichas razones es que los rasgos básicos del federalismo son ampliamente conocidos entre nosotros. De esta suerte, no consideramos necesario introducirnos profundamente a analizar esta forma de Estado, con el fin de determinar si la muestra de ordenamientos que consideramos en este capítulo

¹ Cap. primero, nota 43.

se constituyen sobre ella —cuando su carácter federal, en algunos casos es proverbial—, o bien qué implicaciones específicas tiene esa forma estatal en su ordenamiento (procesal) penal.

La segunda de dichas razones es la conveniencia de exponer a detalle la naturaleza que tiene el federalismo, desde el punto de vista teórico, inmediatamente antes de abordar el estudio de su implementación en el ordenamiento mexicano. Sin duda, éste será más fructífero si con próxima antelación se hiciera la lectura de aquella exposición, puesto que ello permitirá una mayor claridad de conceptos y ayudará a que se tengan más presentes las bases teóricas de nuestro análisis.

II. ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos de América son el país “federal” por excelencia. Para ello basta simplemente que se le reconozca convencionalmente como el primero en implantar —aunque haya sido de modo experimental²— el sistema federal dentro del constitucionalismo moderno en su Constitución de 1787,³ considerándolo básicamente como una unión de Estados preexistentes por la cual se crea una entidad diferente y autónoma en que se representa la personalidad del Estado y su soberanía.⁴

Al consumarse su independencia, las trece colonias inglesas de Norteamérica integraron una confederación. No transcurrió mucho tiempo para que las disposiciones que regulaban esta unión resultaran insuficientes, y llevasen a una situación de confusión y anarquía, primordialmente porque la ejecución de las decisiones de la Unión no correspondía a ésta sino a los Estados, los cuales podían simplemente pasarlas por alto o usurparlas, como puso de relieve Alexis

² Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 118.

³ Cfr. Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 15; y Rodríguez Rosas, Silvia, “Teoría del federalismo”, en Palacios Alcocer, Mariano (coord.), *Federalismo y relaciones intergubernamentales*, México, Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 31.

⁴ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 620 y 621.

de Tocqueville en su célebre tratado sobre la Constitución norteamericana.⁵ Todo esto hizo sentir a los Estados “la urgencia de tener un poder central que coordinara sus esfuerzos, pero que al mismo tiempo respetara su autonomía”; y tales circunstancias dieron lugar a la Convención de Filadelfia que tenía por primer propósito revisar los artículos de la Confederación, pero que desembocó en la adopción del federalismo como lo establece la Constitución del 17 de septiembre de 1787.⁶

Los alcances de las facultades legislativas de la Unión se encuentran principalmente enumeradas en el artículo I, sección 8, de la Constitución,⁷ que incluye también una disposición sobre “facultades implícitas”. Asimismo es importante la Enmienda X que establece la cláusula residual según la cual “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la constitución, o aquellos que ella prohíbe ejercer a los Estados quedan reservados a los Estados respectivos o al pueblo”; sin embargo, esta disposición no pretende establecer una “línea clara y precisa” entre uno y otro plano estatales, sino que ésta fue producto de la interpretación de la Suprema Corte de ese país.⁸

Aparte de las señaladas, hay otras disposiciones en el texto principal de la Constitución norteamericana y en sus enmiendas, que afirman las facultades del Congreso federal.⁹ La supremacía que le otorga el artículo VI(2) constitucional a las “leyes de los Estados Unidos”, hace que cuando éstas se refieran a alguna de las facultades que se le hayan *otorgado*, sean “sobrepuestas” a las expedidas por los Estados.¹⁰

⁵ Véase *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 151-153.

⁶ Véase Armenta López, *op. cit.*, nota 3, pp. 19-29.

⁷ Nos basamos en la traducción de la Constitución norteamericana localizada en Tocqueville, *op. cit.*, nota 5, pp. 163-188.

⁸ Véase Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 68 y 69.

⁹ Véase Tribe, Laurence H., *American constitutional law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2000, pp. 795 y ss.

¹⁰ Nowak, John E., y Rotunda, Ronald D., *Constitutional law*, 8a. ed., St. Paul, West, 2010, p. 393 y ss.

Salvo algunos casos muy específicos,¹¹ la Constitución norteamericana no contiene una habilitación a favor del Congreso federal para emitir leyes en materia penal; esta facultad derivaría entonces de que dicha legislación fuera “necesaria y apropiada” al ejercicio de las atribuciones que se le concedieron explícitamente,¹² según la clásica definición del alcance de las “facultades implícitas”.¹³ Esto ha parecido confirmarse en “recientes” precedentes de la Suprema Corte norteamericana.

Dada esta ausencia de delegación de poderes para legislar en materia penal común, tanto sustantiva como adjetiva, en los Estados Unidos hay una importante diversidad. Esta complejidad se agrava por el hecho de que subsisten en este país las tradiciones jurídicas anglosajona y romanista (hispánica y francesa), aunque con predominio de aquella.¹⁴

En 1995 ese tribunal invalidó —con cerrada votación— una ley federal que criminalizaba la posesión de armas en una zona escolar, porque ello excedía la facultad federal de regulación comercial e intervenía en un ámbito que histórica y tradicionalmente corresponde regular a los Estados,¹⁵ y a lo cual los tribunales tienden a dar gran deferencia.¹⁶ Este mismo criterio se ha aplicado incluso en delitos que tienen una extensión nacional, en tanto la “Constitución requiere

¹¹ Falsificación de moneda corriente y del papel del Estado, piratería, las felonías en alta mar y ofensas contra el derecho internacional.

¹² Cfr. Robinson, Paul H., y Dubber, Markus Dirk, *An introduction to the Model Penal Code*, 12 de marzo de 1999, <<http://bit.ly/eTfYcO>>, p. 1.

¹³ Bajo la amplia interpretación que se le otorgó en el clásico caso *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 423 (1819). Cfr. Tribe, *op. cit.*, nota 9, p. 802.

¹⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 270-273. Los autores citados en *supra*, nota 12, explican en su trabajo el Código Penal Modelo que propuso el *American Law Institute* en 1962, ante la diversidad entre los ordenamientos norteamericanos sobre la materia. Según el profesor español citado al comienzo de la presente nota, los intentos sobre la unificación legislativa en los Estados Unidos se han debido a “[m]otivos de conveniencia interna y razones de política internacional”, no son nada nuevos y pueden rastreadse incluso hasta la *época colonial* al siglo XVII.

¹⁵ Cfr. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995). Véase el comentario de Laurence Tribe sobre esta sentencia en *op. cit.*, nota 9, pp. 817-824. Dicha “tradición” parece provenir desde el primer momento de la Constitución de 1787; véase Hamilton, Alexander, “Núm. LXXXII”, en *idem et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 352.

¹⁶ Cfr. Nowak y Rotunda, *op. cit.*, nota 10, p. 395.

distinguir entre lo que es verdaderamente nacional y lo que es verdaderamente local”.¹⁷

Sin embargo, la cuestión no es tan fácil. La indeterminación del texto constitucional sobre los alcances de los poderes del Congreso federal, y su invasiva legislación federal avalada en años más próximos por la Suprema Corte, ha llegado a ocasionar que “[e]l gobierno nacional [sea] hoy esencialmente un gobierno de poderes plenarios sobre todas las materias”, incluyendo algunas tan tradicionalmente “locales” como el derecho penal; y en estas condiciones, se debe más bien a motivos políticos y no jurídicos que el Congreso no ejerza sus amplios poderes. Esta última situación se afincó sobre un reciente caso¹⁸ en que la Corte avaló que el Congreso pueda regular actividades locales y no comerciales, en tanto ello se inserte en un programa regulatorio más amplio, de manera que casi cualquier cosa importante que el Congreso federal quisiera hacer, le estará permitida en el plano de la relación entre la Unión y los Estados que la integran.¹⁹

Por lo anterior y considerando que se expresaron en 1835 ante una circunstancia constitucional casi “original”, parece que resultaron proféticas las palabras de Tocqueville, en relación con el futuro del paradigmático federalismo norteamericano:

Nadie puede estimar mejor que yo las ventajas del sistema federativo. Veo en él una de las más poderosas combinaciones a favor de la prosperidad y de la libertad humana. Pero me niego, sin embargo, a creer que pueblos confederados puedan luchar largo tiempo, con igualdad de fuerzas, contra una nación en la que el poder gubernamental esté centralizado.²⁰

Las amplísimas facultades que tienen los Estados en nuestro vecino del norte, según *prima facie* se desprende del solo texto escrito de su Constitución, en realidad se han visto sujetas a un proceso que podríamos llamar, en ausencia de

¹⁷ *United States v. Morrison et al.*, 529 U.S. 598, 617-618 (2000).

¹⁸ *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

¹⁹ Tushnet, Mark, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Oxford, Hart, 2009, pp. 159-160 y 171-172.

²⁰ *Op. cit.*, nota 5, p. 163.

una expresión más feliz, de “centralización furtiva”, a través de la cual “ante el reclamo de las circunstancias históricas, el poder federal crece a expensas de los que lo habían creado”.²¹ Este crecimiento de las atribuciones federales se ha dado de muy diversas maneras, siendo según señalamos el eje de ellas la *interpretación constitucional* que en última instancia realiza la Suprema Corte, debido a la gran indeterminación de las cláusulas de la Constitución, como ha sido el caso de la que otorga atribuciones a la Unión para regular la materia comercial (*commerce clause*), un verdadero cajón de sastre. La expansión del poder central en los Estados Unidos “ha sido consecuencia únicamente de una aplicación *más extensa y penetrante* de las competencias que ya poseía el Gobierno central”, bajo la premisa de que “[e]l Presidente, el Congreso y los tribunales no tienen más autoridad legítima (*proper*) que la encontrada en algún lugar (como disposición expresa o por razonable [*fair*] inferencia) dentro de las cuatro esquinas (*within the four corners*) de la Constitución”.²²

En la primordial de estas maneras, las nuevas facultades federales se originan desde las ramas políticas del gobierno y sus regulaciones legislativas o administrativas que luego avala la judicatura “en la cara de la Constitución escrita”. A decir verdad, “la Corte Suprema ha nulificado leyes federales en pocas ocasiones y casi siempre con la única finalidad de tutelar mejor algunos de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos”, o cuando es muy poco defendible la extensión que se pretende dar a las atribuciones federales como sucedió en *United States v. Lopez*, precedente que citamos líneas arriba, respecto de la atribución para legislar en materia penal.²³

Esta precisa opinión jurisprudencial pertenece a la llamada “revolución federalista” que se hace consistir en una serie de resoluciones que la Suprema Corte dictó en los años noventa, las cuales invalidaron algunas leyes federales dando ocasión a pensar que se detendría la expansión de las facultades federales.

²¹ Serra Rojas, *op. cit.*, nota 4, p. 641.

²² Ogg, Frederic Austin, y Ray, Perley Orman, *Introduction to American government*, 10a. ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1951, p. 49, <<http://books.google.com>> (cursivas añadidas); aparentemente citado en Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 1998, p. 118.

²³ Cfr. Tushnet, *op. cit.*, nota 19, pp. 242 y 243; y Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 2, pp. 170 y 181.

Pero ésta se halla “tan profundamente incrustada que lo más que podemos esperar son algunos raros altercados sobre anodinas extensiones adicionales del poder nacional”.²⁴

De lo anterior podemos obtener importantes conclusiones para los efectos que nos ocupan:

- (1) Hay una “preponderancia de la autoridad nacional”²⁵ que se ha conseguido paulatinamente, especialmente con base en una *interpretación adecuadamente extensiva* de las facultades que le otorga la Constitución escrita, lo que por otra parte ha permitido como expresó el *great chief justice* John Marshall, que esa ley suprema “perdur[ase] en las eras por venir”,²⁶ y se encuentre vigente aun en nuestros días habiéndose en relativamente pocas ocasiones dado su difícil proceso de modificación textual; y
- (2) Sin embargo, este acrecentamiento está limitado a porciones de determinados campos normativos, y siempre con restricciones de índole política más que jurídica, sin que se haya producido por parte de la Unión una importante asimilación de las facultades de los Estados. Lo anterior particularmente en la materia penal que tradicionalmente se ha reconocido bajo el dominio de los últimos, salvo aquellos aspectos que de alguna manera puedan vincularse de modo mínimamente razonable a una atribución indudablemente otorgada al ámbito federal por la Constitución.

²⁴ Tushnet, *op. cit.*, nota 19, p. 169.

²⁵ A. Mathiot citado en Serra Rojas, *loc. cit.*, nota 21.

²⁶ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819).

III. CANADÁ

Canadá mantiene diversas peculiaridades interesantes en cuanto a su federalismo.²⁷

Este país surgió como una “colonia autónoma federal” del Imperio Británico, teniendo como carta fundamental la *British North America Act* (BNAA) de 1867. No fue sino hasta 1931 que se convirtió en un “verdadero y propio Estado federal”, pero las facultades legislativas de su parlamento eran limitadas, correspondiéndole todavía al parlamento británico tomar importantes decisiones y “particularmente delicadas”. Esta situación cambió en 1982 cuando la reina Isabel II, en su calidad de monarca de Canadá, sancionó la *Constitution Act* de ese año (CA-1982).

La BNAA fue rebautizada como *Constitution Act* de 1867. Esta ley constitucional y la expedida en 1982 conjuntamente forman “hoy día la Constitución de Canadá”. Ambas “poseen igual fuerza de leyes constitucionales” tanto en su versión inglesa como francesa.²⁸

No es difícil intuir que el sistema federal se implantó en Canadá atendiendo a la diversidad social existente en ese país, particularmente en relación con la población francófona de la provincia de Quebec.²⁹ En términos muy generales, puede decirse que el federalismo canadiense “se caracteriza por una mayor centralización que la existente en los Estados Unidos”.

Esto se debe primordialmente al diferente balance que resulta del hecho de que las facultades residuales en el sistema, se han otorgado al Estado central y no a las diez provincias de que se compone ese país; lo que se explica por el hecho de que Canadá no es una federación resultante de la asociación de entidades previamente existentes, sino que partió de la unidad que hasta 1867 tuvo su

²⁷ Nuestra exposición posterior se basa, salvo indicación de lo contrario, en Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 2, pp. 212-216.

²⁸ En esta exposición nos basamos en la versión inglesa del texto de dichas leyes constitucionales, que obtuvimos del sitio de internet del Instituto de Información Jurídica Canadiense (*Canadian Legal Information Institute*): <<http://www.canlii.org/en/ca/laws/index.html>>.

²⁹ <<http://bit.ly/uICcWz>>.

territorio.³⁰ Así lo establece el primer párrafo del artículo 91 de la Ley Constitucional de 1863, al señalar que la Reina “por y con el consejo y consentimiento del Senado y de la Casa de los Comunes” podrá legislar en relación con “todas las materias que no se comprendan en las clases de asuntos que esta ley [constitucional] asigna exclusivamente a las legislaturas de las provincias”.

No obstante, esta facultad residual para la autoridad central, el propio artículo 91 de la Ley Constitucional de 1863, “para mayor certeza”, formula un catálogo de atribuciones para la legislatura federal. En la fracción 27 de dicho precepto, se comprende la facultad del parlamento canadiense para legislar sobre

El derecho penal, excepto la constitución de tribunales con jurisdicción penal, pero incluyendo el *procedimiento* en materia penal.

Por su parte, el artículo 92, fracciones 14 y 15, de la misma Ley Constitucional de 1863, dispone que corresponde a las provincias legislar sobre “[l]a administración de justicia en la provincia, incluyendo la constitución, mantenimiento y organización de tribunales provinciales,³¹ de competencia tanto penal como civil, e incluyendo el procedimiento en materia civil en esos tribunales”; al igual que la imposición de multas o prisión, relativas a la clase de asuntos enumerados en ese propio artículo, es decir los que constituyen una atribución exclusiva de las provincias.

Resumiendo en términos llanos, en Canadá se produce una situación inversa a la que priva en los Estados Unidos de América: el gobierno federal tiene la facultad para legislar en materia penal tanto sustantiva como adjetiva, mientras que el provincial solamente tiene atribuciones para expedir leyes relativas a la organización de los tribunales y la tipificación de delitos relativos a materia de su

³⁰ Cfr. Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 12a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 238.

³¹ La importancia de distinguir con precisión la facultad de dictar leyes en materia procesal y la de organizar los tribunales, puede deberse a la idea de que “El poder de constituir tribunales es el de prescribir el sistema del procedimiento” (Hamilton, Alexander, “Núm. LXXXIII”, en *idem et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 355).

competencia, los cuales habrán de juzgarse por las autoridades locales bajo el procedimiento que haya prescrito la legislatura federal.

Por tanto, la amplitud de las facultades federales para legislar en materia penal sustantiva, se determinan por exclusión respecto de las provinciales, atendiendo a si el bien jurídico tutelado cae dentro de la esfera de uno u otro orden, según ha determinado la Suprema Corte canadiense;³² es decir, corresponderá al orden federal todo lo que no se incluya de una manera razonable en la esfera competencial del provincial.

IV. ARGENTINA

El sistema de distribución competencial de la República Argentina tiene características que la hacen parecer muy compleja desde la perspectiva mexicana. Esta complejidad, como veremos a continuación, se debe al desarrollo histórico del federalismo argentino y a las concepciones que se tuvieron al implantarlo, especialmente por el control que mantiene el gobierno nacional sobre materias “comunes” según la terminología usada en ese país sudamericano.

Argentina fue uno de los países que tomaron como modelo el federalismo de la Constitución norteamericana de 1787, lo que hizo en su Constitución de 1853, pero apartándose de la concepción estadounidense para consagrar una “federación más centralizada”. Los antecedentes de esta decisión informan de las razones aparentes para que esto fuera así; entre ellos destaca el pensamiento de Juan Bautista Alberdi y sus *Bases*.³³

El nombrado intelectual tucumano tuvo una influencia decisiva en el tipo de federalismo instaurado en Argentina. Con una perspectiva basada en su “realismo” y la necesidad de la conciliación nacional ante las guerras civiles pretéritas, concibió una “fórmula mixta de Estado” consistente en la “federación unitaria” o

³² Véase el caso *Margarine reference (Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] SCR 1, <<http://canlii.ca/s/tbjq>>).

³³ *Cfr.* Hernández, Antonio María, “La influencia de la Constitución norteamericana en el federalismo argentino y de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo provincial”, en Carnota, Walter F. (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, pp. 22, 24 y 33-34. El nombre completo de la obra de Alberdi es *Bases y puntos de partida para la constitución del gobierno de la República Argentina*.

“unidad federativa”, que luego se recogió en la Constitución de 1853.³⁴ Esta concepción aparentemente paradójica tiene una explicación muy sencilla: Alberdi receló del “federalismo mal entendido” y se propuso un sistema que respetando las libertades de cada provincia, dé lugar a la “unión de los intereses argentinos” para su protección y defensa mediante una entidad nacional poderosa, y que sirva de “*transición* hacia un gobierno unitario”; en las propias palabras de dicho pensador: “el punto de partida es el Estado Federal, pero el punto de llegada es la Unidad”.³⁵ Por eso el argentino es “un federalismo *vernáculo*, sobre la base de la Constitución norteamericana, pero con una evidente potenciación de las atribuciones del Gobierno Federal”.³⁶

Un aspecto muy importante de esta tendencia centrípeta en la configuración del sistema constitucional argentino, es la atribución para legislar *sustantivamente* en materia penal (y civil), que data del primer texto constitucional de ese país sudamericano. Lo anterior se hizo a través del artículo 64, inciso 11, de la Constitución de 1853, que otorgaba al Congreso la facultad de “dictar los Códigos, civil, comercial, penal y de minería...”.³⁷

Miguel Ángel Ekmekdjian³⁸ señala que cuando esta atribución se discutió en el Constituyente de 1853, fue impugnada por “contraria a la forma [federal] de gobierno adoptada” como la establece la Constitución norteamericana en la cual la facultad para dictar los códigos correspondientes era propia de las legislaturas estatales; habiendo replicado a ello José Benjamín Gorostiaga que “si se abandonaba a cada provincia esta facultad, la legislación sería un *inmenso laberinto* y sobrevendrían males incalculables” (énfasis añadido). Esta posición

³⁴ Pérez Guihou, Dardo, “Alberdi. Un constitucionalista singular para una situación excepcional”, en Hernández, Antonio María, y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 287.

³⁵ Citado en Marianello, Patricio Alejandro, “Federalismo en el siglo XXI. ¿Perdurabilidad o mutabilidad del sistema?”, en Carnota, Walter F. (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, p. 59.

³⁶ Hernández, *op. cit.*, nota 33, pp. 24, 28-29 y 31 (énfasis añadido).

³⁷ *Ibidem*, p. 35.

³⁸ *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, p. 489; citado en Calandrino, Guillermo, A., “La federalización de la materia ‘accidente de trabajo’ su actualidad (*sic*)”, en Carnota, Walter F. (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, p. 226.

parece reflejar la desconfianza que en la época se sentía hacia la capacidad cultural de las provincias,³⁹ bajo el prejuicio que expresa la idea de nadie menos que Alexis de Tocqueville —hoy muchísimo menos válido que entonces— en el sentido de que “los negocios de la Unión están infinitamente mejor conducidos que los asuntos particulares de ningún Estado”.⁴⁰

La Constitución argentina sufrió dos importantes reformas en relación con su sistema federal.⁴¹

En 1860 se intentó “afirmar una mayor descentralización del poder [...] de las autonomías provinciales”, y lograr acercarse más al modelo norteamericano, con una reforma que se alejó de Alberdi y fue influida por Domingo Faustino Sarmiento, contrincante ideológico de aquél. En esta reforma se agregó el pasaje, muy importante para nuestro enfoque particular, que indica que las facultades legislativas del Congreso Nacional no alcanzarán a “alter[ar] las jurisdicciones locales” y “correspond[erá] su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”; pero estas modificaciones constitucionales se volvieron “utópicas por los atropellos del poder central”.⁴²

La reforma constitucional de 1994 —la más importante de la historia— buscó “la recuperación del federalismo, asegurando el protagonismo conjunto de todos los niveles de gobierno” e intentó “contrarrestar la excesiva concentración de poder” derivada del proceso de integración supranacional en que estaba inmersa la República Argentina, enfatizando su descentralización. Una de las nuevas facultades atribuidas a las provincias fue la posibilidad de celebrar “convenios internacionales” y “tratados parciales” bajo ciertas condiciones.⁴³ No obstante, esta

³⁹ Como aparentemente indican ciertas expresiones de Alberdi quien “ve[ía] al gaucho con atraso cultural, pero como [un] nacional” a quien había que catequizar y civilizar “en vez de ofenderlo”, considerando “más civilizado [a] hombre de las ciudades”; véase Pérez Guihou, *op. cit.*, nota 34, pp. 284 y 285.

⁴⁰ *Op. cit.*, nota 5, p. 150.

⁴¹ *Cfr.* Hernández, *op. cit.*, nota 33, pp. 37, 39 y 47; y Marianello, *op. cit.*, nota 35, pp. 65-67.

⁴² Pérez Guihou, *op. cit.*, nota 34, p. 287.

⁴³ Artículos 124 y 125 de la Constitución argentina. La participación de las entidades federativas en la política exterior — función típica del orden federal—, es una de las modernas tendencias de la variación del concepto tradicional de “federalismo”, e implica un “ablandamiento” de su “clásica distribución de labores y competencias”; véase Braun, Dietmar, “Hat die

modificación constitucional no ha podido impedir el “fuerte proceso de centralización” existente en ese país, donde también hay “una notoria distancia entre la ‘norma’ y la ‘realidad’”.

De acuerdo con el artículo 1o. de su Constitución, la República Argentina adopta la forma federal, “según la establece” el mismo ordenamiento fundamental. El artículo 121 constitucional dispone una cláusula residual a favor de las provincias, en virtud de la cual éstas conservan “todo el poder no delegado [...] al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado [al tiempo de su incorporación]”.

Las facultades delegadas al orden nacional se hallan primordialmente contenidas en la enumeración de los diversos incisos del artículo 75 de la Constitución. El inciso 12 de este numeral prevé que corresponde al Congreso federal:

Dictar los códigos Civil, Comercial, *Penal*, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; [...] y las [leyes] que requiera el establecimiento del juicio por jurados. (énfasis añadido).⁴⁴

A diferencia del sistema norteamericano que sólo conoce dos clases de legislación —federal y estatal—, en Argentina hay por tanto tres diferentes clases de legislación: (1) la *federal* en sentido estricto que se compone por la regulación expedida para las materias que se delegaron a la autoridad federal; (2) la *común* que se compone por las leyes señaladas en el inciso que acabamos de transcribir, las cuales son nacionales, pero no federales porque son aplicadas por uno u otro

vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002, p. 99.

⁴⁴ A esta disposición es correlativo el artículo 126 de la propia Constitución argentina, que prohíbe a las provincias expedir los ordenamientos que relaciona aquel precepto, “después de que el Congreso [federal] los haya sancionado”. Esto indica que en caso de la omisión correspondiente del legislador nacional, dichas provincias tienen expedida la facultad para subsanarla y expedir la regulación de que se trate.

orden “según cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”; y (3) la local que incluye las leyes dictadas por las legislaturas provinciales y la legislación que atañe a la Capital Federal, entre las cuales se encuentran los *códigos procesales*.⁴⁵

Dado el silencio que al respecto guarda el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional —y sus numerales homólogos en textos anteriores a la reforma de 1994—, la competencia para emitir leyes civiles y penales de carácter adjetivo se ha atribuido *tradicionalmente al poder central*. En esto quizá tuvo que ver la influencia de *El Federalista*,⁴⁶ en cuyo concepto se enlaza la facultad para legislar en materia procesal con la de regular la organización judicial y no con la de dictar normas sustantivas; lo cual también explicaría la reforma argentina de 1853, por la cual se expresó en el texto constitucional que la facultad federal para legislar en el orden sustantivo, no comporta “alter[ar] las jurisdicciones locales”. Sin embargo, esta interpretación no siempre ha sido aceptada, pues al menos en un par de ocasiones se le opuso la idea de que “el procedimiento [...] es una faz del derecho [sustantivo]” (Juan A. Bibiloni), por lo que la competencia para expedir disposiciones adjetivas correspondería a quien la tiene para emitir las sustantivas.⁴⁷

De esta suerte, según la tradición argentina, cada una de sus veintitrés provincias dicta su propio código *procesal* penal, el cual implementa con sus propias autoridades judiciales y fiscales; lo mismo hace en su ámbito propio el orden federal, cuya competencia es limitada y excepcional, basada en una interpretación restrictiva de su procedencia, si la materia del caso se ubica dentro de las facultades que han sido delegadas al gobierno federal.⁴⁸ Pero existe *un solo*

⁴⁵ Calandrino, *op. cit.*, nota 38, pp. 227 y 228.

⁴⁶ *Supra*, nota 31.

⁴⁷ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 14, p. 299, n. 126.

⁴⁸ Haro, Ricardo, “La competencia de los tribunales federales en el sistema constitucional argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 14, julio-diciembre de 2010, pp. 111 y 117. El aspecto que acabamos de exponer toca a la competencia *ratione materiae* de la jurisdicción federal argentina; a ésta también corresponden atribuciones en razón de las personas y del lugar, que no son significativamente relevantes para nuestros actuales propósitos.

código penal sustantivo, expedido por el Congreso Federal, aplicable para toda la nación, tanto para el orden federal como para el provincial.⁴⁹

Hay entonces en Argentina una “heterogeneidad” en materia penal —y en las demás que también pertenecen al orden “común”, según se definió líneas arriba—, como explicaremos enseguida. Por un lado, “hay instituciones jurídicas que son uniformes en todo el país” gracias a la existencia de un solo código penal *sustantivo*, aplicable generalmente a todos los órdenes; mientras que por el otro hay múltiples ordenamientos *adjetivos* en la materia “que son diferentes o similares según el criterio de cada legislador”.⁵⁰

De lo que acabamos de exponer, advertimos que en este último aspecto, el procesal penal, se produce en Argentina una importante diversidad legislativa, en virtud de la cual coexisten en sus diversos órdenes jurídicos procedimientos de corte oral y otros que no lo son. En nuestra opinión esta situación es alentada por la escueta regulación que tiene el ordenamiento argentino en relación con el proceso penal, que se limita a los principios generales previstos en el artículo 18 de su Constitución, y las disposiciones que al respecto prevén tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que han sido suscritos por la República Argentina y que constituyen “ley suprema de la Nación” según el artículo 31 de su ley fundamental —que como el artículo 133 de la Constitución mexicana recuerda el numeral VI de la estadounidense—.

V. ALEMANIA

La composición de la República Federal de Alemania es uno de los “modelos paradigmáticos del federalismo en nuestros tiempos”, al lado del sistema estadounidense.⁵¹ El federalismo alemán es tan diferente a éste que casi no lo

⁴⁹ Luca, Javier Augusto de, “Características del proceso oral en el orden federal para los delitos federales y para los delitos comunes”, en *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2a. ed., México, INACIPE, 2008, p. 31.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Serna de la Garza, José María, “Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas”, en Hernández, Antonio María, y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo*,

reconoceríamos como tal, fuera de otros elementos diferentes a la demarcación entre la Federación (*Bund*) y sus entidades federadas (*Land*);⁵² o por lo menos no nos lo parece tanto, acostumbrados como estamos en México a la —a nuestro modo de ver— “clásica” manifestación norteamericana de dicha forma estatal.

Desde la Constitución Imperial de 1871, Alemania ha tenido una vocación federalista muy importante dada la diversidad regional de su población, que también continuó la Constitución de Weimar de 1919.⁵³ Sin embargo, la adopción de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania⁵⁴ de esta forma de Estado, al igual que otras muchas instituciones de ese ordenamiento, supone un importante alejamiento del pasado nacionalsocialista: no se trató de un mero cambio en la forma estatal, sino de uno mucho más profundo que fortificó el sistema federal comparado con el previsto en la Constitución de Weimar, y ha sido un importante “factor de estabilidad”. La Ley Fundamental dio “al Estado alemán un nuevo orden federalista y democrático en lugar de una dictadura de Estado unitario”.⁵⁵

justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 324. Una visión panorámica del esquema político germano se contiene en Velasco, Guillermo, “Notas esenciales sobre el sistema constitucional alemán. Especial consideración a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 319-333.

⁵² Este concepto comúnmente significa “país” en español. Sin embargo, para usar una terminología precisa que evite ambigüedades, utilizamos la nomenclatura alemana como muchos otros autores.

⁵³ Véase Armenta López, *op. cit.*, nota 3, p. 77.

⁵⁴ La denominación de la Constitución germana tiene una historia peculiar y muy significativa. Al elaborarse la Ley Fundamental, Alemania era todavía un país ocupado y dividido entre los vencedores de la segunda guerra mundial, carecía de soberanía y por ende de “libertad de acción”, y no todo su pueblo había participado en los trabajos constitucionales pues fueron excluidos los ciudadanos de su porción oriental; por este motivo y contra las objeciones de los Aliados, se optó por designar el ordenamiento resultante como “ley fundamental” y no “Constitución”, en el entendido además de que habría tenido carácter transitorio como revelan sus disposiciones relativas a la eventual reunificación alemana. Véase Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 34-35.

⁵⁵ BVerfGE 6, 309 (360-361). Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 54, pp. 100-104; y Starck, Christian, “Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert”, *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 54, núm. 10, 21 de mayo de 1999, pp. 473 y 476-477. Puede verse una selección de decisiones constitucionales alemanas importantes en Schwabe, Jürgen (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

El artículo 20.1 de la Ley Fundamental⁵⁶ enumera una serie de principios bajo cuyas implicaciones se organiza el Estado alemán; según dicho precepto, este país se constituye en un “Estado federal democrático y social (*demokratischer und sozialer Bundesstaat*)”. Entre las consecuencias que la jurisprudencia alemana ha reconocido al principio federal, destaca que las reglas de distribución competencial entre la entidad federal y sus integrantes, se producen en el marco de los *principios democrático y de igualdad*,⁵⁷ a los cuales se suma el de “lealtad federal (*Bundestreue*)”.⁵⁸

La forma federal de Estado se encuentra radicalmente protegida en Alemania, a través de la “cláusula pétrea” que prevé el artículo 79.3 de la Ley Fundamental.⁵⁹ Este precepto hace “inadmisible” cualquier reforma al artículo 20.1 de ese ordenamiento, entre otros, y específicamente la “colaboración de los *Länder* en la legislación [federal]”, uno de los elementos esenciales del federalismo como veremos adelante.

Sin embargo, la inmutabilidad que prevé no se expresa precisamente, lo que lleva a cuestionarnos sobre sus alcances fuera de casos muy evidentes. Al respecto puede opinarse que dicha cláusula tutela los presupuestos y las

⁵⁶ Una traducción española del texto de la Constitución alemana, actualizada a octubre de 2010 y “oficial” por haberla patrocinado el Parlamento Federal de ese país, puede verse en: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>>.

⁵⁷ Véase Benda, Ernst, “Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Probleme des Föderalismus*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, pp. 75 y ss.

⁵⁸ Este principio de “importancia fundamental”, tácito y “descubierto” por interpretación judicial, impone tanto al *Bund* como a los *Länder* la obligación de mantener entre sí una “relación de afabilidad federal (*bundesfreundlich*)”, que exige su cooperación, colaboración y recíproca consideración. Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 54, pp. 116-118; BVerfGE 6, 309 (361-362), y 12, 205 (254-255); y Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 8, pp. 39-41.

⁵⁹ El tema de la llamada por la doctrina alemana “cláusula de eternidad (*Ewigkeitsklausel*)” y sus semejantes, y de los límites de la reforma constitucional en general, es sumamente interesante mas no podemos detenernos en él. La posición alemana al respecto se halla obviamente influida por su experiencia y la obliteración formalmente legal de la Constitución de Weimar por el nacionalsocialismo. Ella no desconoce el problema de vincular a las generaciones futuras a una determinada Constitución esencialmente considerada, sino que garantiza el “núcleo material” de la Ley Fundamental, sobre cuya ineficacia sólo la “historia” podrá pronunciarse y en su caso superarla, con el propósito de evitar el “suicidio de la democracia de Estado de Derecho (*rechtsstaatlichen Demokratie*) que pudiera darse bajo formas de legalidad”. Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 54, pp. 292 y 293; y Herdegen, Matthias, “La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, año 12, 2006, t. I, pp. 134 y 135. Véase también Bidart Campos, Germán J., *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Buenos Aires, Ediar-UNAM, 2007, pp. 175-177.

implicaciones del federalismo, en especial los “objetivos materiales y las funciones” democráticas y pluralistas que le corresponden.⁶⁰ De esta manera, por ejemplo, si bien es imposible suprimir la participación de las entidades federativas en la legislación federal, “no está fijada de manera inmutable la forma de [su] colaboración”.⁶¹

El artículo 70.1 de la Ley Fundamental prevé facultades *legislativas* residuales a favor de los *Länder*, quienes tendrán la facultad de “el derecho de legislar en tanto la Ley Fundamental no lo confiera a la Federación”. Sin embargo, el proyecto constitucional ha dispuesto tradicionalmente que el equilibrio entre la Federación y las entidades que la conforman, se incline a favor de la primera aun en temas que tocan los intereses de las últimas.⁶²

En realidad, la distribución competencial en Alemania comporta un grado importante de centralización legislativa, que no implica una “tendencia política efectiva al centralismo creciente”,⁶³ sino una distribución de competencias según “criterios funcionales”.⁶⁴ Debe considerarse que los *Länder* tienen la mayor parte de la responsabilidad en cuanto a la administración estatal,⁶⁵ debiéndose recordar que según el artículo 83 de la Ley Fundamental, al gobierno local corresponde implementar la legislación federal, a menos que constitucionalmente se disponga lo contrario. Por ello el alemán había sido tradicionalmente un federalismo “cooperativo” que incluso transitó al “entrelazamiento político (*Politikverflechtung*)”, que hasta dio lugar a la idea de “Estado federal unitario (*unitarischer Bundesstaat*)” que acuñó Konrad Hesse, por la “uniformidad (*Einheitlichkeit*) de condiciones de vida” que hasta 1994 previó el artículo 72.2 de la Ley

⁶⁰ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 54, pp. 293 y 294.

⁶¹ Renzsch, Wolfgang *et al.*, “Einleitung/Föderalismus”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 2.

⁶² Grimm, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 140.

⁶³ Cfr. Von Beyme, Klaus, *Föderalismus und regionales Bewusstsein. Ein internationaler Vergleich*, Múnich, C.H. Beck, 2007, p. 185.

⁶⁴ Sturm, Roland, y Zimmermann-Steinhart, Petra, *Föderalismus. Eine Einführung*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 51.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 25.

Fundamental, y el cual entonces varió al atenuado concepto de “equivalencia (*gleichwertigkeit*)”.⁶⁶

Por diversas circunstancias históricas el “entrelazamiento político” se convirtió en un sistema de cuya lógica institucional resultaron “decisiones ineficientes e inadecuadas a los problemas”. A partir de ello, Alemania transitó hacia un “federalismo competitivo (*Wettbewerbsföderalismus*)”, basado en que la diversidad es “elemento central” de esta forma de Estado, y que ésta puede emplearse para “desencadenar una competencia de innovación entre los *Länder* sobre todos los campos políticos”, la cual tiene una larga tradición fuera de territorio germano como es el caso de los Estados Unidos.⁶⁷ Base importante de esta variación fue la ya referida sustitución en el texto constitucional del término “uniformidad” por el de “equivalencia”, con relación a las “condiciones de vida” que el Estado se encuentra llamado a promover; hay quien sostiene que esta reforma carece de relevancia en la práctica constitucional,⁶⁸ pero en realidad este sutil cambio terminológico ha sido decisivo para que el Tribunal Constitucional Federal sostenga que la “equivalencia” bien pudiera no significar “uniformidad”, a través de las cuales ha “reforzado el federalismo competitivo”.⁶⁹

La llamada “Reforma al Federalismo” de 2006⁷⁰ introdujo muy importantes cambios sobre la distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*, que buscó fortalecer las competencias legislativas de los últimos, clarificar la distribución de competencias dentro del Estado alemán, y agilizar el procedimiento legislativo federal.⁷¹ Muy sintéticamente, esta reforma implantó disposiciones en relación con: la definición de Berlín como capital, cuestiones de seguridad pública

⁶⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 23 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 30; y Von Beyme, *op. cit.*, nota 63, pp. 186 y 187.

⁶⁸ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 65, pp. 53-54.

⁶⁹ Cfr. Von Beyme, *op. cit.*, nota 63, pp. 171 y 172. Cfr. BVerfGE 107, 62 (143-144); y BVerfG, 2 BvF 1/03, 26 de enero de 2005, párr. 76, <<http://bit.ly/bFNJek>>.

⁷⁰ Un cuadro comparativo entre los textos anterior y posterior a dicha reforma, elaborado por el Parlamento alemán, puede consultarse en: <<http://bit.ly/rtVb7r>>.

⁷¹ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 65, p. 191; Schlüter, Karen, “Föderale Kompetenzverteilung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 59; y Martín Vida, María Ángeles, “La reforma del federalismo alemán. Una visión general”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 28, 2006, pp. 338-340.

(en especial frente al terrorismo) y la integración europea. No obstante este esfuerzo hacia la descentralización, persiste un importante predominio federal en el ámbito legislativo y una muy compleja distribución de competencias para el mismo.

Una de las modificaciones más significativas que produjo esta reforma, fue la abolición de las “leyes marco (*Rahmengesetze*)”, cuyas materias se convirtieron en “concurrentes”. Esta clase de legislación era prevista por el anterior artículo 75 de la Ley Fundamental, y versaba entre otros objetos sobre la protección a la naturaleza, relaciones jurídicas de la prensa y el cuidado de los bienes culturales contra su traslado al extranjero. Las “leyes marco” se caracterizaron por contener un régimen (*Regelung*) que precisaba de desarrollo e implementación por parte de los *Länder*. Ella se volvió ocasión para que la Unión invadiera la competencia de las entidades federativas, pues su tendencia era legislar el “marco” y también los “detalles”.⁷²

Hoy existen tres diferentes clases de atribuciones legislativas en Alemania, considerando su distribución competencial:

- (1) Legislación *exclusiva* de la Federación que comprende materias como los asuntos exteriores, la nacionalidad y la unidad comercial,⁷³ en la cual también podrían legislar los *Länder* siempre que una ley federal los habilite;⁷⁴
- (2) Legislación *concurrente* (*konkurrierend*) —muy diferente a la que así llamamos en México— que comprende dos especies:⁷⁵ (a) la *condicionada* (*konditioniert*) que se refiere a materias muy específicas en

⁷² Hesse, *op. cit.*, nota 54, p. 106; Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 65, p. 192; Schlüter, *op. cit.*, nota 71, pp. 64 y 65; y Martín Vida, *op. cit.*, nota 71, pp. 344 y 345.

⁷³ La legislatura federal también tiene “facultades implícitas” por la “naturaleza de las cosas”, por tratarse de una “competencia anexa” correspondiente a disposiciones complementarias necesarias, y la “relación material (*Sachzusammenhang*)” que “razonablemente (*verständigerweise*)” hubiera entre su objeto y una atribución explícita. Véase sobre este tema Hesse, *op. cit.*, nota 54, pp. 104 y 105; y Schlüter, *op. cit.*, nota 71, p. 58.

⁷⁴ Artículos 71 y 74 de la Ley Fundamental. La referida autorización a los *Länder* ha sido apenas utilizada, según Schlüter, *loc. cit.*, nota 71.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

las cuales compete legislar a la Federación “en la medida que sea necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica”;⁷⁶ y (b) la incondicionada (*unkonditioniert*) de carácter “firme” —también llamada “competencia núcleo (*Kernkompetenz*)”— que pueden expedir los *Länder* en la medida en que la Federación no haya usado su competencia,⁷⁷ o “abierto” que excepcionalmente dichas entidades pueden expedir de manera divergente a la Federación;⁷⁸ y

- (3) Legislación *local* que corresponde exclusivamente a los *Länder* que define su materia por exclusión de acuerdo con la cláusula residual del artículo 70.1 de la Ley Fundamental;

En términos generales, continúa habiendo en Alemania una gran inclinación legislativa hacia la Federación, incluso en aspectos de especial referencia regional, como veremos que es el caso de la legislación penal.⁷⁹ El sistema constitucional alemán *nunca* se ha orientado hacia una clara separación entre el *Bund* y los *Länder*, o a “la prioridad de la variedad del desarrollo regional, social y político”.⁸⁰ Por ello en el federalismo germano es importante lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley Fundamental en el sentido de que “el derecho federal prevalece sobre el de los *Länder* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*)”,⁸¹ una cláusula que nos extraña por no funcionar nuestro sistema conforme a ella; pero que evita superposiciones entre las legislaciones federal y local y sus complejos entrelazamientos.

⁷⁶ Artículo 72.2 de la Ley Fundamental. Al Tribunal Constitucional Federal corresponde resolver, a petición del *Bundesrat* y otros actores legitimados, sobre la subsistencia de la “necesidad” a que se refiere este precepto, según el artículo 93.2 de la Ley Fundamental.

⁷⁷ Artículo 72.1 *idem*.

⁷⁸ Artículo 72.3 *idem*.

⁷⁹ Schlüter, *op. cit.*, nota 71, p. 64.

⁸⁰ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 65, p. 24.

⁸¹ Con la “relativización” que le impone a favor de la “ley posterior” el último párrafo del artículo 72.3 de la Ley Fundamental, en relación con facultades concurrentes abiertamente condicionadas, con competencias “divergentes”. Véase Schlüter, *op. cit.*, nota 71, p. 63.

El artículo 74.1.1 de la Ley Fundamental establece como facultad legislativa “concurrente” de índole firmemente incondicionada, entre otras, a la relativa a las materias correspondientes al “Derecho penal, la organización judicial, [y] el procedimiento judicial (con exclusión del Derecho de ejecución de la prisión provisional)”. Como indicamos anteriormente, esto quiere decir que los *Länder* podrían legislar sobre estas materias “en la medida” en que no lo hubiera hecho la Federación; pero para el ámbito penal sustantivo y adjetivo, ya existe legislación federal aplicable. El Código Penal (*Strafgesetzbuch* - StGB) y el de Procedimientos Penales (*Strafprozeßordnung* - StPO) se generaron en el siglo XIX,⁸² y se promulgaron de nuevo en 1998⁸³ y 1987,⁸⁴ por lo que constituyen derecho federal sobre facultades concurrentes, que impiden el ejercicio legislativo de los *Länder* sobre su materia, la cual en consecuencia se halla centralizada casi en su totalidad.⁸⁵

De lo anterior podemos obtener algunas conclusiones que interesan al tema específico de nuestro análisis presente. La peculiaridad del federalismo alemán y su acentuada centralización lleva a que la legislación penal, en lo sustantivo como en lo adjetivo, esté a cargo del orden federal, no obstante el fortalecimiento que se ha pretendido dar a las atribuciones de sus entidades federativas. Lo anterior se encuentra en consonancia con la intención del Constituyente germano de atribuir a la esfera nacional la legislación correspondiente a materias en que resulta “necesaria una regulación legislativa federal en interés de la totalidad del Estado para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica”.

⁸² Sobre la legislación preconstitucional véanse los artículos 123.1 y 125.2 de la Ley Fundamental, y BVerfGE 11, 126 (131-132).

⁸³ <<http://dejure.org/gesetze/StGB>> y <<http://bit.ly/gZUsgX>>.

⁸⁴ <<http://dejure.org/gesetze/StPO>> y <<http://bit.ly/rQJHtd>>.

⁸⁵ Cfr. Stüwe, Klaus, “Innere Sicherheit im Bundesstaat: Das Beispiel Deutschland”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 297.

VI. SUIZA

La Confederación Suiza, denominación oficial de este país —aunque todavía se utiliza en algunos casos la tradicional de “Confederación Helvética”⁸⁶—, tiene su más remoto origen en el pacto de esa índole que en 1291 celebraron para su defensa los cantones de Uri, Schwyz y Unterwald.⁸⁷ No obstante mantener su nomenclatura tradicional, Suiza adquirió la forma federal de Estado con la Constitución de 1848, “ampliamente inspirada” en la norteamericana.⁸⁸

No es difícil imaginar que esta decisión política se debió a la gran diversidad que existe en esta nación. Baste recordar que aparte de sus dialectos, en Suiza existen cuatro idiomas nacionales: alemán, francés, italiano y rético,⁸⁹ siendo todos ellas oficiales al nivel de la Confederación según los artículos 4o. y 70.1 de su Constitución.⁹⁰ Pese a su reducida extensión —41,284.57 km², poco menor a la superficie quintanarroense—, se compone de veintiséis entidades federativas denominadas “cantones” —Quintana Roo tiene diez municipios— y 2,551 entidades municipales llamadas “comunidades”.

El ordenamiento constitucional helvético posee “elementos particulares típicos”, dignos cada uno de un estudio particular. Según Biscaretti di Ruffia, dichos elementos son:⁹¹

- La conformación federal de un país tan pequeño y con cuatro diferentes grupos étnicos que componen su población,⁹² lo cual lo hace estar “intensamente fraccionado”,⁹³

⁸⁶ Frey, René L., “La réforme du fédéralisme suisse”, en *idem* (dir.), *Le fédéralisme suisse. La réforme engagée. Ce qui reste à faire*, trad. de Marianne Enckell, Lausana, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2006, <https://www.ppur.org/Resources/1233_1.pdf>, p. 18.

⁸⁷ Esta expresión corresponde a la denominación “oficial latina” de “*Confoederatio Helvetica*” —cuyo uso decrece— y su abreviatura “CH”; correspondiendo dicho adjetivo a la tribu celta que ocupó su territorio hace dos milenios. Cancillería Federal, *La Confédération en bref*, 33a. ed., Berna, 2011, <<http://bit.ly/rC9FZG>>, p. 15.

⁸⁸ Para una sinopsis actualizada del desarrollo histórico suizo, véase *ibidem*, pp. 10 y 11.

⁸⁹ Esta última lengua romance es minoritaria y sólo se tiene como oficial “para las relaciones que la Confederación mantiene con las personas [que la tienen como materna]”.

⁹⁰ El texto vigente de la Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999) puede consultarse en <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>>.

⁹¹ *Op. cit.*, nota 2, p. 306.

- La adopción de un “gobierno directorial” tanto para la Confederación como para los cantones, el cual se constituye para la primera por un “Consejo Federal” como “autoridad directorial y ejecutiva suprema”, compuesto de siete integrantes electos por la Asamblea Federal y con representación equitativa de las “diversas regiones y comunidades lingüísticas”;⁹⁴
- La conservación, en algunos de los cantones más pequeños, de “residuos de democracia directa integral”;⁹⁵
- El uso “a gran escala”, tanto a nivel federal como local, de instituciones de democracia directa como el referéndum y la iniciativa popular; y
- Tal vez lo más sorprendente, “el buen funcionamiento práctico de todo el sistema, no obstante varias anomalías que lo caracterizan”.

El federalismo suizo funciona de una manera esencialmente similar a la de la contundente mayoría de los Estados que han adoptado esa forma: *prima facie* la Confederación tiene facultades delegadas, mientras que los cantones poseen facultades residuales que ejercen “soberanamente”;⁹⁶ aunque la Constitución prevé reglas especiales sobre este tema, ligera pero significativamente diferentes a las tradicionales. La Confederación cumple las “labores que le encomienda la

⁹² Por estos motivos, se “ha terminado por conferir un carácter casi familiar a la autonomía de las restringidas colectividades cantonales, en las cuales se desarrollan relaciones de conocimiento personal entre gobernantes y gobernados”; *cfr.* Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 2, p. 308. Algún autor cuya opinión nos fue imposible confirmar, formuló la idea de que “el helvético se siente menos suizo que ciudadano de un cantón”; que manifiesta muy bien la perspectiva que se tiene en este país respecto de su integración nacional.

⁹³ Frey, *op. cit.*, nota 86, p. 20.

⁹⁴ Artículos 174 y 175 de la Constitución suiza.

⁹⁵ Según reporta el mismo Biscaretti di Ruffia (*op. cit.*, nota 2, p. 341, n. 72), Uruguay ha sido, aparte de Suiza, el único “Estado de democracia clásica”, y el cual “ha intentado conscientemente, en dos ocasiones, imitar las instituciones constitucionales [de este país europeo]”.

⁹⁶ Artículo 3o. de la Constitución suiza.

Constitución”, y también puede asumir las locales que “exceden las posibilidades de los cantones o que necesitan una reglamentación uniforme”, pudiendo los cantones definir cuáles de sus competencias son las que cumplirán.⁹⁷ Y no debe olvidarse la autorización del artículo 48 de la Constitución, para que los cantones celebren “convenios intercantionales” entre sí, con o sin la participación de la Confederación, con relación a cuestiones de “interés regional”.⁹⁸

Existen en Suiza competencias que de manera respectivamente exclusiva corresponden a la Confederación o a los cantones; asimismo hay atribuciones concurrentes, pero con la preeminencia del derecho federal según el artículo 49 de la Constitución. En tal virtud, el federalismo helvético ha sido calificado como “cooperativo”.⁹⁹

Este particular modo de distribuir las competencias entre la Confederación y los cantones, ha permitido que aquélla se haga de atribuciones que corresponden a los últimos. Este ha sido un fenómeno que siempre se ha dado en Suiza, desde la Constitución de 1848, dando al balance entre las atribuciones del ámbito federal y local “un sentido cada vez más centralizador”; con el cual paulatinamente se han colocado en manos de la autoridad nacional diversas atribuciones.¹⁰⁰ Esta orientación se ha producido tanto por vía de la centralización en sentido estricto como a través de la transferencia de funciones de los cantones a favor de la Confederación —como la otorgada en 1898 la expedir un Código Civil—; y ella ha sido creciente en los años posteriores a la segunda guerra mundial, siendo preconizado por la Confederación y por los mismos cantones que “veían ventajas en él”.¹⁰¹

El primer párrafo del artículo 123 de la Constitución suiza dispone que toca a la Confederación legislar “en materia de derecho penal y de proceso penal”; mientras que el párrafo siguiente dispone que toca a los Cantones regular la “organización judicial y la administración de justicia, así como la ejecución de

⁹⁷ Artículos 42, 43 y 43a *idem*.

⁹⁸ Este “entrelazamiento horizontal” que conlleva la cooperación e interdependencia entre las entidades federativas, es también una vertiente novedosa del federalismo. *Cfr.* Braun, *op. cit.*, nota 43, pp. 99 y 100.

⁹⁹ *Cfr.* Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 2, p. 308.

¹⁰⁰ *Cfr. ibidem*, p. 307.

¹⁰¹ Frey, *op. cit.*, nota 86, p. 24.

penas y de medidas en materia de derecho penal”.¹⁰² Los términos lacónicos con que se expresa, no reflejan la cabal importancia de este texto: la competencia legislativa en el ámbito penal sustantivo y adjetivo, deriva también del histórico incremento de las facultades de la Confederación, como resultado del proceso de creciente centralización que expusimos líneas arriba; que no hace muchos años culminó.

Precisamente a partir de 1878 se hace más intenso el proceso de unificación legislativa en materia civil y punitiva. A 1937 había un solo Código Penal suizo “(con algunas normas procesales al final)”, pero persistió por décadas la diversidad en el ámbito procesal.¹⁰³

La unificación procesal suiza es producto de un largo proceso histórico que se remonta al siglo XVIII. Fue propuesta por primera vez en 1798 al Directorio de la República Helvética, cuando este país no se había decantado por la forma federal. Estas tentativas fracasaron debido a que siempre se atribuyó mayor peso a los reparos federalistas frente al riesgo de que la diversidad legislativa fuera un impedimento grave para la aplicación uniforme del Código Penal sustantivo. Sin embargo, por las consideraciones que luego exponremos, el 12 de marzo de 2000 se aceptó la llamada “Reforma Judicial” por votación popular. Ésta se encuentra vigente desde el 1o. de abril de 2003, y por su virtud se estableció la actual redacción del artículo 123 constitucional, ya reseñado, la cual permitió que el 5 de octubre de 2007 se aprobara el Código Procesal Penal.¹⁰⁴

Los motivos que inspiraron esta reforma y la legislación procesal penal unificada con una “muy amplia aprobación” a que dio lugar, fueron los siguientes:¹⁰⁵

¹⁰² Semejantes disposiciones prevé el artículo anterior para el derecho civil.

¹⁰³ Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 14, p. 268.

¹⁰⁴ Guidon, Patrick, “Die schweizerische Strafprozessordnung”, en *Jusletter*, 15 de septiembre de 2008, <<http://bit.ly/sy9Pj1>>, p. 2.

¹⁰⁵ *Cfr. ibidem*, pp. 3 y 4; y Departamento Confederal de Justicia y Policía, *Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (Auszüge aus dem Begleitbericht)*, Berna, 27 de junio de 2001, <<http://bit.ly/rrwPEY>>, pp. 1 y 2. El texto del “Mensaje relativo a la unificación del derecho procesal penal” que expone los motivos del código legal a que corresponde, en el que se basa el primer autor citado, junto con otros documentos relacionados con el tema, se publicó en el *Boletín Federal* (núm. 5, 7 de febrero de 2006) en sus versiones alemana (*Bundesblatt*, pp. 1085 y ss.; <<http://bit.ly/uBCJIL>>), francesa (*Feuille fédérale*, pp. 1057 y ss.; <<http://bit.ly/svllloA>>) e italiana (*Foglio federale*, pp. 989 y ss.; <<http://bit.ly/uviFRN>>).

- *Nuevas formas criminales*: A partir de mediados de los años ochenta del siglo XX, se ha producido la necesidad de combatir la evolución de ciertos delitos que han ido apareciendo con el tiempo. Entre éstos se cuentan: el lavado de dinero, la delincuencia organizada, las formas complejas de criminalidad económica y los delitos que por cometerse en la red trascienden fronteras. Este fenómeno histórico hizo que la unificación del derecho procesal suizo se tuviera por “imprescindible o al menos como deseable”, y debe considerarse como el *principal motivo* para dicha unidad legal;
- *Igualdad jurídica*. Por su íntima relación, conviene que el derecho penal sustantivo sea enjuiciado y aplicado bajo las mismas reglas procesales, lo que a largo plazo se logra mejor a través de la unificación legislativa, aunque sea dudoso que ese objetivo se logre a uno corto. Esto particularmente porque toca primordialmente esta armonización a la *jurisprudencia* de instancias superiores, atenta la práctica “local”¹⁰⁶ de “a toda costa sobreinterpretar en lo nuevo lo conocido previamente”;
- *Seguridad jurídica*: La igualdad predicada en el punto inmediato anterior se halla íntimamente relacionada con este aspecto, y se refiere a las “numerosas incertidumbres” a que da lugar la diversidad legislativa que existe en la materia procesal penal. La previsibilidad del ordenamiento jurídico se menoscaba tanto como diferentes sean las normas que habrían de aplicarse de una jurisdicción a otra, y puede conducir a sensibles perjuicios a los derechos de las partes, sobre todo en un país tan pequeño como Suiza. Esta situación afecta directamente a las posiciones jurídicas que tienen las partes, pero también supone una “dificultad adicional” para los abogados —especialmente aquellos que

¹⁰⁶ Véase Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 260.

practican en diferentes cantones— que eventualmente repercutiría en los derechos de sus clientes.

- *Armonización internacional y federal.* En las últimas décadas el Tribunal Federal (*Bundesgericht*) y sedes internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los organismos especializados de la ONU (sobre todo a través de los tratados internacionales de la materia, entendidos en un amplio sentido),¹⁰⁷ han llevado a una forzosa coincidencia de los caracteres esenciales del proceso penal;
- *Facilidad para el personal intercantonal.* En virtud de la unificación legislativa en esta materia, se disminuirán las dificultades que el personal intercantonal enfrenta en relación con la procuración y administración de justicia, debido a la diversa regulación que puede existir entre los cantones correspondientes. No obstante, esto tendrá efecto sólo en los ámbitos correspondientes, y no constituye una consecuencia general de la reforma;
- *Fines académicos.* Por último pero con su grado de importancia, la unificación legislativa facilita la labor científica y reduce la complejidad que puede tener la *dogmática procesal penal*, con un beneficio especial para la *educación jurídica*. En cuanto al primer aspecto, la multiplicidad de disposiciones y ordenamientos impide una completa penetración en ella incluso al buen conocedor de la materia; no se olvida que esto disgustará a los autores de comentarios o estudios sobre la legislación existente, pero les quedará la posibilidad de efectuarlos sobre el nuevo ordenamiento. Por lo que toca al segundo aspecto, como los estudiantes universitarios generalmente abordan el estudio de la materia primordial o exclusivamente desde el punto de vista de la legislación local, la

¹⁰⁷ Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Cfr. *Bundesblatt*, núm. 5, 7 de febrero de 2006, <<http://bit.ly/ruEEKT>>, p. 1097.

diversidad dificulta que tengan una “imagen total” del proceso penal; problema a cuya solución contribuye en muy buena medida la existencia de un solo código en la materia.¹⁰⁸

Sin dejar de tomar en cuenta estos motivos muy particulares, resulta posible que esta reforma en materia procesal penal haya sido manifestación de una política más amplia, debida a la actual globalización y que se explica en el contexto de la intensa competencia que se da gracias a ella. Esta competencia económica impone la necesidad de “atraer y mantener los factores de producción móviles (capital, *know-how*, empresarios, trabajadores calificados) por la mejora de los factores fijos locales (sistema jurídico, infraestructura, impuestos, etc.)”; y Suiza no es ajena a ella, sino ha debido afrontarla y “revisar parcialmente sus enfoques políticos” en función de esta nueva situación.¹⁰⁹ También con este punto de vista puede verse la “mejora” que implica para su “sistema jurídico”, una unificación legislativa que favorezca la inversión, al facilitar el conocimiento de su ordenamiento procesal penal, y darle mayor previsibilidad; aspecto que implícita o remotamente también pudo inspirar la reforma correspondiente.

Como colofón a nuestro estudio del proceso penal suizo, vale la pena echar un vistazo panorámico a las características de código respectivo. En primer lugar, como idea fundamental, cabe decir que no se buscó “presentar una síntesis de los 27 ordenamientos procesales [existentes], y tampoco desarrollar un derecho procesal penal completamente nuevo”.¹¹⁰ Otras ideas directrices de esta nueva legislación penal, ya más específicas, son las siguientes:¹¹¹

- Tomar como base la legislación existente;
- Elaborar una legislación tan comprehensiva como sea posible;

¹⁰⁸ Cfr. *ibidem*, p. 1098.

¹⁰⁹ Cfr. Frey, *op. cit.*, nota 86, p. 25.

¹¹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 1086.

¹¹¹ Guidon, *op. cit.*, nota 104, pp. 4 y 5.

- Lograr una regulación armoniosa, pese a los divergentes intereses de los cantones;
- Buscar la armonización con otras leyes procesales federales;
- Afirmar un único modelo de persecución penal;
- Reducir la intervención en la organización de las autoridades, evitando los que no sean indispensables para el aseguramiento de la unificación legislativa procesal.

De la exposición anterior resulta un par de datos que llaman la atención. El primero de ellos es que haya optado por la unificación legislativa en materia procesal penal, un país que no sólo es tan *celoso de su federalismo y la diversidad política* que constituye su base, sino uno en que la salvaguarda de esta variedad fue durante *siglos* el motivo para oponerse a dicha unificación. Y en segundo término, que ésta no se debiera a una centralización inercial, es decir que fuera consecuencia de una tendencia “natural” a otorgar cada vez más facultades a la Confederación, sino al reconocimiento consciente de la existencia de *nuevas formas de criminalidad*, y a tener dicha unificación como instrumento en su contra; sin perjuicio desde luego de considerar otros importantes motivos que la inspiraron, pero que sólo fueron secundariamente determinantes para ella.

VII. UNIÓN EUROPEA

Pese a no ser propiamente un Estado, o al menos uno entendido bajo la definición tradicional, y mucho menos uno de orden federal en sentido estricto, referirnos a la Unión Europea en esta materia presenta sobrado interés. Se trata de uno de los fenómenos políticos, jurídicos y sociales más importantes de las últimas décadas —si no fuera el que posee la mayor relevancia—, que ha dado

lugar a numerosas reflexiones desde todos los puntos de vista de las ciencias sociales.

La materia penal, según veremos, tampoco es ajena al fenómeno de integración que representa la Unión Europea. No obstante que todavía no hablamos propiamente de un “derecho penal europeo (sustantivo y/o adjetivo)”, existen en el ordenamiento jurídico comunitario ciertos rasgos que llevan a la armonización en la materia y al refuerzo de la cooperación en ella.

La Unión Europea es una entidad que se compone actualmente por veintisiete países.¹¹² De ser una mera asociación con fines económicos particulares, ha llegado a convertirse en un gran fenómeno político, económico y social.¹¹³

Los instrumentos jurídicos fundamentales de la Unión Europea son una serie de tratados suscritos por los países que la integran.¹¹⁴ Su gestación inició a partir de la coincidencia de intereses económicos —como se sabe, fue “Comunidad Económica” constituida a través de una serie de tratados que comenzó con el de París a través del cual se estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 1951. Con el Tratado de Maastricht de 1992, la “Comunidad Económica Europea” se convirtió en “Comunidad Europea” y creó una nueva estructura de cooperación: la “Unión Europea”. Los tratados de Ámsterdam (1997) y de Niza (2001) respectivamente consolidaron los textos de los tratados europeos y reformó diversas instituciones para que la Unión funcionara adecuadamente luego de su ampliación.

En 2004 se suscribió el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” que pretendió ser un documento con esa calidad; sin embargo, este intento no alcanzó eficacia, ya que Francia y los Países Bajos lo rechazaron en 2005 por sendos referendos. El 1o. de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado

¹¹² (1) Alemania, (2) Austria, (3) Bélgica, (4) Bulgaria, (5) Chipre, (6) Dinamarca, (7) Eslovaquia, (8) Eslovenia, (9) España, (10) Estonia, (11) Finlandia, (12) Francia, (13) Grecia, (14) Hungría, (15) Irlanda, (16) Italia, (17) Letonia, (18) Lituania, (19) Luxemburgo, (20) Malta, (21) Países Bajos, (22) Polonia, (23) Portugal, (24) Reino Unido, (25) República Checa, (26) Rumania y (27) Suecia. Véase <http://europa.eu/about-eu/countries/index_es.htm>.

¹¹³ Puede darse un elemental vistazo a la historia de la integración europea en <http://www.europa.eu/abc/12lessons/index2_es.htm>.

¹¹⁴ Para una sinopsis del contenido de estos tratados y sus textos vigentes, véanse <<http://bit.ly/vv8TQY>> y <<http://bit.ly/tFT86O>>.

de Lisboa que incorpora importantes secciones del tratado constitucional de 2004, aunque ya sin darles calidad “constitucional”, pero que incluso hace vinculante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión —un elemento propiamente constitucional—.

Para efectos prácticos, y pese al abandono de la idea de implantar formalmente un ordenamiento “constitucional” para la Unión Europea, sus instrumentos fundamentales, es “apropiado y útil” hablar del “orden constitucional” europeo y de su “derecho constitucional”.¹¹⁵ De éste surge una organización *sui generis* que no es fácil catalogar.

Es oportuna la advertencia de que “quizá sea más útil ver más allá de las etiquetas” y atender al “complejo y único” gobierno multinivel que se produce con el entrelazamiento de esta organización y sus Estados miembros.¹¹⁶ Pero decir solamente que la Unión Europea es una “nueva especie” o una entidad que escapa a clasificaciones “tradicionales”, también es de muy poca ayuda para entenderla. Al hilo de lo anterior, es preferible ubicarla en alguna de las especies políticas u organizacionales conocidas, obviamente a aquella a la que resulte más cercana, subrayando sus elementos que no se conforman al paradigma correspondiente y constituyen aspectos excepcionales, contrajemplares o incluso anómalos.

En los últimos tiempos se ha visto a la Unión Europea como una “forma moderna de Confederación por contraposición a las formas clásicas conocidas hasta el momento”, atento a que ésta no comparte la debilidad de la confederación tradicional, ni la fortaleza de los Estados federales y tampoco las limitaciones teleológicas de las organizaciones internacionales comunes.¹¹⁷ Es entonces la

¹¹⁵ Rosas, Allan, y Armati, Lorna, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford, Hart, 2010, p. 3.

¹¹⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 7-8 y 26.

¹¹⁷ Una puntual exposición comparada entre las características de la Unión Europea y la confederación, el Estado federal y las organizaciones internacionales, puede verse en García Gestoso, Noemi, *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución)*, Barcelona, Escola Galega de Administración Pública-Atelier, 2004, pp. 355-366. Un signo importante de la naturaleza “confederal” de esta entidad, es que el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea —en su redacción posterior al de Lisboa— permite que un Estado pueda retirarse de ella.

Unión Europea una nueva especie de confederación estatal: una *organización internacional de integración o “supranacional”*.¹¹⁸

No obstante las dificultades del camino constitucional europeo, probablemente esta integración culmine (luego de un muy paulatino desarrollo) en una figura muy cercana —si no idéntica— al Estado federal.¹¹⁹ En los últimos días esta posibilidad adquiere mayor presencia; la crisis económica en que Grecia y otros países han sumido a la Unión Europea, ocasionó que se pongan sobre la mesa temas que eran tabú por implicar costos a las soberanías de los Estados miembros, como el control sobre “cuantiosas partidas presupuestales” y “una cesión en los controles democráticos. Esta circunstancia se ve como la oportunidad para “un salto hacia la formación de unos Estados Unidos de Europa”, para obtener estabilidad económica y salvar la moneda común.¹²⁰

Aun en sus términos actuales, la unificación europea significa la creación de un orden jurídico autónomo respecto del interno y del internacional, e “intermedio” a su respecto.¹²¹ Las características relevantes del derecho comunitario son su *efecto directo* y su *primacía* respecto del nacional, derivando éste del primero.¹²² El derecho de la Unión Europea es inmediatamente aplicable en el ordenamiento nacional, a diferencia de lo que normalmente sucede en el derecho internacional, y lo es no sólo para los órganos estatales sino también para los particulares.¹²³ La primacía del derecho europeo se realiza en la aplicación preferente de sus normas, frente a cualquier norma doméstica *sin importar su jerarquía* en el derecho interno, y en la interpretación del orden nacional conforme al comunitario.¹²⁴ Estos principios los acuñó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya sede se encuentra en Luxemburgo, en los casos

¹¹⁸ Una comparación entre los rasgos “estatales” y “no estatales” de la Unión Europea, puede verse en Rosas y Armati, *op. cit.*, nota 115, pp. 12-17.

¹¹⁹ Véase el art. I-11 del ineficaz Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Cfr. García Gestoso, *op. cit.*, nota 117, p. 274.

¹²⁰ Anónimo, “Se agota el tiempo para el euro”, *Reforma*, México, 29 de noviembre de 2011, sección internacional, p. 21. Desde el punto de vista opuesto, no falta quien imagina el colapso de la moneda europea, como Bolaños, Alejandro, “La increíble vuelta de la peseta”, *El País*, Madrid, 26 de noviembre de 2011, <<http://bit.ly/skPvnc>>.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 264 y 266-270.

¹²² Rosas y Armati, *op. cit.*, nota 115, p. 4.

¹²³ García Gestoso, *op. cit.*, nota 117, pp. 267 y 294.

¹²⁴ Véase *ibidem*, pp. 285-293 y 299.

Van Gend & Loos (1963) y *Costa c. Enel* (1964) para la unificación y plena eficacia del derecho comunitario.¹²⁵

El derecho europeo comunitario no previó originalmente la protección de los derechos fundamentales; ahora y a partir del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos de la Unión Europea es vinculante. No obstante, la tutela de estos derechos a nivel comunitario fue obra del Tribunal de Luxemburgo, quien a partir del caso *Stauder* (1969) ha expresado su apego a los mismos; esta adhesión a los derechos fundamentales se debió al “riesgo aparente” que importaba su inobservancia para la preeminencia del derecho comunitario, pues los tribunales nacionales (constitucionales y de otra índole) habrían podido rechazar su aplicación, por lo cual dicho tribunal europeo los integró al ordenamiento comunitario.¹²⁶ Además, el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, que remite al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 —obra del Consejo de Europa, organismo ajeno a la Unión—; con lo que obviamente, aunque de un modo implícito, se integran al ordenamiento de la Unión Europea los criterios jurisprudenciales del órgano jurisdiccional competente para interpretar dicho tratado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, Francia.

La distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros es sumamente peculiar; máxime que no existe una “lista” de actividades que correspondan a aquella o a éstos.¹²⁷ Sus principios básicos son los siguientes:

- *Facultades otorgadas*: La Unión solamente goza de la competencia que se le ha atribuido expresamente, lo que tiene como corolario que correspondería a los Estados miembros una competencia residual;

¹²⁵ El primero de estos precedentes expresó que la entonces comunidad económica europea integraba “un nuevo orden de derecho internacional”. El segundo a su vez indicó que el derecho comunitario constituía “una fuente jurídica independiente”, sobre la cual “por su naturaleza especial y original” no podía prevalecer el derecho doméstico.

¹²⁶ Rosas y Armati, *op. cit.*, nota 115, p. 143.

¹²⁷ Como referencia general de la siguiente exposición, véase Rosas y Armati, *op. cit.*, nota 115, pp. 16-19.

- *Subsidiariedad*: La Unión sólo puede actuar en áreas que no se le han conferido exclusivamente, cuando los objetivos a cumplir en ella no puedan ser alcanzados por los Estados miembros, pero sí puedan serlo a nivel de la Unión; y
- *Proporcionalidad*: La intervención de la Unión, tanto en su contenido como en su forma, no deberá exceder lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados comunitarios.

La Unión Europea cubre una extensión importante de competencias, que se relaciona con “todos los cambios de la actividad social”, incluyendo áreas que tradicionalmente han correspondido a los Estados nacionales como el *derecho penal*.¹²⁸ La “europeización” de este ámbito jurídico ya es hoy innegable y está adquiriendo una consideración creciente en el ámbito académico; especialmente se ha producido un “tipo de proceso penal europeo” por obra del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y, más recientemente, del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹²⁹ Precisamente a su respecto los artículos 82 y 83 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea prevén distintas directivas para armonizar el derecho penal, tanto en aspectos sustantivos como adjetivos.¹³⁰ Algunos temas notables de estos lineamientos son los siguientes:

- La cooperación judicial en materia penal se basará en el “principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales”, e incluye la “aproximación” de los ordenamientos de los Estados miembros en diversos ámbitos;

¹²⁸ *Ibidem*, p. 11.

¹²⁹ Cfr. Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, pp. 19 y 26.

¹³⁰ Cfr. Rosas y Armati, *op. cit.*, nota 115, p. 77.

- Para dicho reconocimiento mutuos el Parlamento y el Consejo Europeos dictarán, entre otras, normas sobre derechos de las personas durante el procedimiento penal, los de las víctimas de los delitos y “otros elementos específicos del procedimiento penal”;
- Dichas autoridades podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de sanciones en ámbitos delictivos de “especial gravedad”¹³¹ y con una “dimensión transfronteriza” que derive de su naturaleza o las repercusiones de dichas infracciones, o bien atendiendo a una “necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”.
- Las mismas autoridades podrán establecer normas mínimas sobre la definición de delitos y sanciones en temas diferentes a los anteriores, “para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización”; y
- El impulso por parte de dichas autoridades de medidas relativas a la actuación de los Estados miembros para prevenir la delincuencia, con “exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

La actual distribución competencial entre la Unión Europea y sus Estados miembros excluye la posibilidad de un “derecho procesal penal supranacional y unificado”, y dada la idea de soberanía de los últimos es poco probable que ello se vea en el mediano plazo. De esta suerte, la “europeización” en este ámbito jurídico se dará primordialmente a través de la armonización y el acercamiento entre los ordenamientos de los países que esta entidad, mismas que responderían al fin de

¹³¹ Dichos ámbitos son: (1) terrorismo, (2) trata de seres humanos, (3) explotación sexual de mujeres y niños, (4) tráfico ilícito de drogas, (5) tráfico ilícito de armas, (6) blanqueo de capitales, (7) corrupción, (8) falsificación de medios de pago, (9) delincuencia informática y (10) delincuencia organizada.

ofrecer a los ciudadanos “libertad, seguridad y derecho”, según el artículo 29.1 del Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, esta armonización no excluiría “particularidades” independientes a las semejanzas que hubiera verticalmente entre la Unión y sus integrantes, u horizontalmente entre éstos.¹³²

Hay una “influencia creciente” de la Unión en la conformación del derecho penal sustantivo de sus Estados miembros, y se están consolidando instituciones supranacionales de procuración penal (*Strafverfolgung*).¹³³ Además, se estima que la unificación del derecho procesal penal a través de “estándares mínimos comunes”, resulta apremiante; esto debido a que el desarrollo de intervenciones estatales que trascienden fronteras —como la orden de arresto europea— no puede desligarse de los derechos civiles. A este respecto, existe “cierto desequilibrio” entre los extremos mencionados —sobre todo entre países diversamente desarrollados—, incluso en relación con “derechos fundamentales judiciales generales (*allgemeine Justizgrundrechte*)”. La desprotección se incrementa primordialmente por los siguientes motivos: (1) el Convenio Europeo de Derechos Humanos está redactado de manera demasiado blanda “para poder extraer de ella pretensiones concretas”; (2) no es sencillo promover ante el Tribunal de Estrasburgo cuyas decisiones, por si fuera poco, tienen efectos “hasta muy tarde y en no pocas ocasiones demasiado tarde”; y (3) el Tribunal de Luxemburgo rechaza revisar un importante porcentaje de casos, lo que impide en ellos la efectividad el referido tratado europeo.¹³⁴

A partir de lo anterior, podemos concluir que los siguientes son algunos de los retos que enfrenta la Unión Europea en materia (procesal) penal, que inspirarían la armonización de su regulación con la creación de estándares mínimos aplicables a todos sus Estados miembros, y muy eventualmente la unificación de los mismos:

¹³² Cfr. Kühne, *op. cit.*, nota 129, pp. 32 y 39-40.

¹³³ Cfr. Kirsch, Stefan, *Schluss mit lustig! Verfahrensrechte im Europäischen Strafrecht*, ponencia en el Primer Día del Derecho Penal Europeo (Asociaciones de Abogados Defensores), 2008, <<http://bit.ly/rIN3ku>>, p. 6.

¹³⁴ Siegismund, Eberhard, *Europa bauen, ohne den Rechtsstaat zu schleifen Mindeststandards – unverzichtbar*, ponencia en el Primer Día del Derecho Penal Europeo (Asociaciones de Abogados Defensores), 20 de septiembre de 2008, <<http://bit.ly/tlvu2E>>.

- La creciente posibilidad de intervenciones transnacionales en los derechos fundamentales, cuyo control no evoluciona de la misma manera;
- La disparidad de parámetros de protección de los derechos fundamentales entre diversos países, sobre todo los que tienen un desarrollo dispar;
- La insuficiencia de los estándares de protección existentes; y
- La ineficacia de las instituciones judiciales europeas que protegen (directa o indirectamente) los derechos fundamentales, los cuales no intervienen oportunamente para salvaguardarlos.

VIII. RESULTADOS

En las anteriores secciones de este capítulo reseñamos la competencia legislativa en materia penal dentro de diversos Estados de corte federal, que son dignos de atención por su *tradición* —Estados Unidos de América y Alemania—, *cercanía* —Argentina— o *peculiaridades* —Canadá, Suiza y la Unión Europea con un criterio muy flexible—, y hasta se les podría tener como paradigmáticos en el tema.

Es muy amplia la diversidad social y cultural entre los ordenamientos de los Estados que analizamos en los párrafos anteriores, pero sobre todo las diferencias entre el origen, desarrollo y contexto de sus particulares federalismos. No obstante, consideramos que a partir del análisis que acabamos de hacer, podemos obtener resultados útiles para orientar el estudio del federalismo mexicano y de su manejo de la competencia legislativa en materia penal.¹³⁵

A partir del anterior estudio comparativo, podemos arribar a las siguientes “conclusiones” generales (en tanto no derivan de rasgos específicos de alguno de

¹³⁵ Cfr. Biscaretti di Ruffia, *op. cit.*, nota 2, p. 80.

los ordenamientos particulares que consideramos), relacionados con la materia específica sobre la cual versó:

- En general, con muy diversos grados y modos, y no obstante sus esfuerzos centrífugos, los Estados federales han experimentado experimentan el *robustecimiento de las atribuciones de su gobierno central*, independientemente del tipo de federalismo que manifiestan y pese a su tradición de pluralismo jurídico. Esto resulta particularmente llamativo en los Estados Unidos, donde al parecer esta ampliación de las facultades del poder central se ha dado tácitamente, mediante la interpretación *ad hoc* de sus muy indeterminadas disposiciones constitucionales.¹³⁶ Sin embargo, algunos casos presentan en rubros relacionados con el *desarrollo económico y áreas afines*, una mayor importancia del ámbito regional, paradójicamente por efecto de una tendencia a la globalización, internacionalización e integración — particularmente gracias a la Unión Europea—;¹³⁷ o bien para revertir una tendencia centralista en esos ámbitos como el caso alemán. Estos fenómenos acusan un deslizamiento en las estructuras y distribuciones competenciales, que tradicionalmente han mantenido los Estados federales.
- Las atribuciones legislativas sustantivas y adjetivas son idealmente “*inescindibles*”, al menos en materia penal; o sea, forman un conjunto normativo tan íntimamente relacionado que sus elementos materiales y procesales deberían compaginarse de la mejor manera posible,¹³⁸ lo cual

¹³⁶ Cfr. Serna de la Garza, *loc. cit.*, nota 51.

¹³⁷ Véase Braun, *op. cit.*, nota 43, pp. 98-101.

¹³⁸ Cfr. Guidon, *op. cit.*, nota 104, p. 3. Véanse también Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 537 y 538; y Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, *idem* (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea-Porrúa, 2000, p. 5; Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 96 y 97; y Díaz de León, Marco Antonio, “Juicio oral en el proceso penal”, en *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2a. ed., México, INACIPE, 2008, pp. 364 y 366.

es más fácil de alcanzar cuando dichos extremos responden a una sola voluntad, explicándose que ambas competencias se otorguen al mismo legislador, y sólo excepcionalmente a distintas autoridades parlamentarias como en el ejemplo argentino. También Suiza mantuvo esta última situación hasta 2007, cuando en este país se implantó la unificación procesal penal, con lo cual se aparejó este ámbito al sustantivo;

- Las *nuevas formas de criminalidad*, en especial aquellas que trascienden fronteras —las cuales pueden ser nacionales o regionales— ha llevado a una mayor concentración de facultades regulatorias en materia penal a favor de las autoridades nacionales. En este rubro se inscriben con claridad Suiza y la Unión Europea.

CAPÍTULO TERCERO UNIFICACIÓN PROCESAL EN MÉXICO

I. EL ESTADO FEDERAL

1. *Elementos esenciales*

Junto con la “unitaria”, la “federal” es una de las “formas” que puede adquirir el Estado,¹ es decir una de las “modalidades” en que tradicionalmente² se configura “la persona moral estatal en sí misma”; no “la índole de sus órganos gubernativos y de la manera de relación entre ellos, por una parte, y el territorio y los gobernados, por la otra”, la cual sería su “forma de gobierno”.³

El concepto de “Estado federal” se sustrae a una “rígida definición normativa”, y se echa de menos una “teoría uniforme” a su respecto.⁴ Nos parece que lo anterior puede deberse a que los estudios sobre el federalismo se hallaban fragmentados; se referían sólo a casos particulares y dirigidos al interior de los mismos,⁵ sin haberse realizado demasiados ejercicios comparatistas a su respecto, en tanto que el Estado federal era un “fenómeno minoritario” hasta 1945,

¹ Para tener alguna referencia conceptual, como el autor que adelante se citará, nos afiliamos a la distinción clásica entre “formas de Estado” y de “gobierno” (monarquía, república, etc.), no obstante que éste es uno de los puntos de la teoría política con mayor equivocidad. Esto porque nos parece que dicha posición es más comprehensiva, al implicar necesariamente una determinada distribución del poder. Véanse Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 577 y 578; Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 94; Barragán Barragán, José, *El federalismo mexicano. Visión histórico constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 1-13.

² Sin considerar el “Estado regional” del que hablamos anteriormente, con el que se pretende racionalizar la estructura de Italia y España. Véase *supra*, cap. primero, nota 43.

³ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 404 y 405.

⁴ Renzsch, Wolfgang *et al.*, “Einleitung/Föderalismus”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 2.

⁵ Una notable excepción sería el trabajo de Michel Mouskheli en su clásica *Teoría jurídica del Estado federal* (trad. de Armando Lázaro y Ros, México, Editora Nacional, 1981), cuya edición española data de 1931. Al referirse a regímenes vigentes hace casi un siglo, en el periodo entre los conflictos bélicos mundiales del siglo XX; muchas de sus aportaciones han de tenerse como simples referencias históricas salvo en aspectos esenciales —lo que de ninguna manera es poca cosa—.

cuando tuvo “una fuerte propagación”.⁶ Esta aridez académica cambió en los recientes años noventa, en que por muy diversos factores cobró auge la investigación comparada sobre el federalismo.⁷

Por referencia al “prototipo” norteamericano e influencia de su etimología,⁸ nos es habitual pensar que el Estado federal deriva de la unión política de diversas entidades preexistentes, o por lo menos considerar que dicha integración “centrípeta” constituye el “proceso natural” que gesta dicha forma estatal.⁹ Si bien lo anterior podría resultar cierto en la gran mayoría de los Estados federales en la actualidad, no sería así con aquellos que tuvieron una génesis diferente como Canadá y México según veremos; y muchos otros Estados que en las últimas décadas se han inclinado por esta forma, pero adoptándola con las características más diversas —como el singular caso español, si se le quisiera ver como “funcionalmente federal”—.

Para dar adecuada cuenta de estos últimos ejemplos dentro de una “teoría general” del federalismo, es preciso eliminar la “preexistencia” de entidades integrantes independientes como rasgo esencial, determinante, de esta forma estatal. De lo contrario, sería indispensable admitir que son “anomalías” o cuando menos “excepciones”, contra el carácter comprensivo que habría de tener dicha teoría. Si no existiera, como parece, una aceptada “teoría general” del federalismo sino una “plétora de teorías de detalle”, sería preciso elaborar dicha teoría.¹⁰

⁶ Von Beyme, Klaus, *Föderalismus und regionale Bewusstsein. Ein internationaler Vergleich*, Múnich, C.H. Beck, 2007, p. 32; y Renzsch *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 7.

⁷ Entre tales factores se cuentan: (1) la “tercera ola” de democratización en Europa y el tercer mundo; (2) el rechazo a los “excesos nacionalistas” del Tercer Reich; (3) las reformas al sistema en “federaciones antiguas” como Suiza, Alemania y Canadá; (4) la calificación al federalismo entre los posmodernos como la “estructura progresiva más altamente evolucionada”; y por último (5) la idea de una “sociedad ciudadana con una nueva cultura federalista”. *Cfr.* Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, pp. 29 y ss.

⁸ Recuérdese que “federación” proviene del latín “*foedūs*” (tratado, pacto, alianza), y puede definirse como la acción y efecto de “establecer [algo] por alianza”. *Cfr.* Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996, voces: “foedōro, āvi, ātum, āre” y “foedūs, ěris”.

⁹ *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 3, pp. 407 y 408; y Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 1998, p. 6.

¹⁰ *Cfr.* Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, pp. 209 y 210.

Desde un punto de vista moderno, y sin profundizar en sus vínculos y diferencias con figuras afines, especialmente la “confederación”,¹¹ para no incurrir en digresiones innecesarias; podemos decir que son dos los elementos medulares para definir al Estado federal a su caracterización más esencial, los cuales deben estar garantizados en la Constitución:¹²

- (1) La existencia de (por lo menos) dos planos estatales: el de la “Federación” o “Unión”, y el de las “entidades federativas”, y su correspondiente distribución de competencias entre ellos;¹³ y
- (2) La participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad de la Unión.

La forma federal de Estado consiste en una división *vertical* del poder político, lo cual significa que “las tareas estatales y las funciones de control se reparten entre diversos niveles, y que el federal obtiene un contrapeso político por las entidades federativas”.¹⁴ Las características básicas de esta “verticalidad”, basada en la existencia los mencionados órdenes estatales (federal y local), son

¹¹ No sin ocasionar confusión, se ha tenido a la “confederación” como una “federación pura y simple” frente a la “intraestatal (*innerstaatlich*)”, asimilando de manera poco conveniente los conceptos de “unión de Estados” y “forma estatal”; sin que la “confederación” se incluya en la última. Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 3, p. 407; Marianello, Patricio Alejandro, “Federalismo en el siglo XXI. ¿Perdurabilidad o mutabilidad del sistema?”, en Carnota, Walter F. (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005, pp. 63 y 64; Detterbeck, Klaus, “Idee und Theorie des Föderalismus”, en *idem et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 32; y Sturm, Roland, y Zimmermann-Steinhart, Petra, *Föderalismus. Eine Einführung*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 11 y 12.

¹² Cfr. Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 4; Renzsch *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 3; Detterbeck, *loc. cit.*, nota 11; Schlüter, Karen, “Föderale Kompetenzverteilung am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland”, en Detterbeck, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010, p. 53, n.1; y Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, p. 319.

¹³ Coincidimos en que denominar “Estados” a los integrantes de un sistema federal “se trata únicamente del mal uso del término”, por lo menos debido a la ambigüedad que podría ocasionar, y que será conveniente denominarlos “entidad federada” o “federativa” según la tradición mexicana. Cfr. Armenta López, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 83.

¹⁴ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 17.

muy conocidas entre nosotros:¹⁵ (1) a la federación corresponde el ejercicio de la “soberanía” estatal y su personalidad jurídica internacional; (2) las entidades federativas carecen de dichos atributos y gozan en cambio de “autonomía” —pues habrían cedido su soberanía a la entidad federal—. ¹⁶

Este “doble rostro” que posee el Estado federal es un rasgo que lo “caracteriza esencialmente”; “una federación sin miembros no sería tal”,¹⁷ pero un Estado monolítico tampoco adquiriría esta forma. El carácter intercambiable de estas facetas es imprescindible a la esencia de esta forma estatal: por un lado, el federal aparece en ciertos aspectos como un “Estado unitario”, constituyendo una organización poderosa, “capaz de imponerse en el exterior tanto como en el interior”; pero garantizando a sus miembros “la conservación de sus particularidades”, apareciendo en otros aspectos como una “agrupación” de colectividades menores y descentralizadas.¹⁸

De lo anterior se concluye que la “idea fundamental” del federalismo es “alcanzar la *unidad en la diversidad*, pero asimismo la *diversidad en la unidad*”.¹⁹ A primera vista la expresión anterior parece un vano juego de palabras, pero en realidad es muy significativa porque establece los extremos entre los que se mueve la forma federal de Estado. Abundaremos sobre esto en el epígrafe siguiente.

La participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad de la Unión, se considera el elemento más importante de la esencia del Estado federal, su “*signum specificum*”, y el rasgo que tan definitivamente lo distingue del

¹⁵ Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 3, pp. 410-414; Armenta López, *op. cit.*, nota 13, pp. 73-83; Marianello, *op. cit.*, nota 11, p. 63; y Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 12a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 226-228.

¹⁶ No obstante, es disputado que las entidades federativas actúen “soberana” o “autónomamente” al ejercer las atribuciones que les corresponden (Schlüter, *loc. cit.*, nota 12). Un elemento a favor de la posición tradicional es la influencia de la Constitución general sobre los ordenamientos jurídicos locales, particularmente en lo relativo a que las entidades federativas carecen del derecho absoluto a revisar su Constitución (*cf.* Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 275-276). Pero como sea, en el terreno de los hechos el grado de “soberanía” o “autonomía” de las entidades federativas depende de la distribución de competencias entre ellas y la unión, y el sentido al que la misma se incline (*cf.* Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 81).

¹⁷ Renzsch *et al.*, *loc. cit.*, nota 12.

¹⁸ *Cfr.* Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 149 y 150.

¹⁹ Benda, Ernst, “Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Probleme des Föderalismus*, Tübinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, p. 74 (énfasis añadido).

unitario, que sólo podrá considerarse inexistente el federalismo, cuando de ninguna manera haya dicha participación.²⁰ La sola “división vertical” entre los órdenes federal y regionales, y la “fundamental relación de tensión entre ellos”, no son características especiales del Estado federal ni lo separan de otros, porque la “unidad y diversidad” es un rasgo distintivo “de la mayoría de las democracias actuales”, y este conjunto puede darse tanto en Estados federales como unitarios.²¹

No es entonces la “descentralización” el criterio que constituye la diferencia específica de la forma federal:²² en Estados de esta última índole —como vimos en el capítulo anterior— se ha producido una creciente expansión de las facultades de la autoridad nacional, y hay Estados unitarios con una “descentralización fuerte”; por lo que la “vieja dicotomía” que integraban ambos sistemas se vuelve “imprecisa”.²³ Atento lo anterior, y ante los “federalismos de nomenclatura”²⁴ por un lado, y por el otro los “funcionales” que como el hispánico omiten esa denominación por alguna razón;²⁵ el nombre no hace a la rosa sino que, como indica Mouskheli,²⁶ “hay que dar en la construcción jurídica preferencia a los hechos”, y así la presencia o ausencia del referido “signo específico” determina la adscripción de un Estado a la nómina federal o a la unitaria.

Las entidades federativas participan en la formación de la voluntad de la Unión casi siempre a través de una cámara legislativa —Senado, *Bundesrat*, etc.—, cuyos miembros defienden sus intereses representándolas “como tales”; aunque esta característica no es indispensable a condición de que efectivamente

²⁰ Cfr. Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 271, 279, 299 y 313-314. Véase Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, p. 619.

²¹ Cfr. Braun, Dietmar, “Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002, pp. 101 y 102.

²² Detterbeck, *loc. cit.*, nota 11; y Burgoa, *op. cit.*, nota 3, p. 413. La “autonomía” de las entidades federativas sólo de manera “subsidiaria” constituye un “rasgo esencial” de la descentralización federal, que lo distinguiría del “Estado unitario descentralizado”; según Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, p. 316.

²³ Cfr. Serna de la Garza, José María, “Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas”, en Hernández, Antonio María, y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 324; Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, p. 219; y Braun, *op. cit.*, nota 21, pp. 98, 100, 103, 105.

²⁴ Como los denomina Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 33.

²⁵ Véase Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, p. 33.

²⁶ La misma opinión tiene Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, p. 630.

tomen parte en el proceso político federal de alguna otra manera.²⁷ Son dos las maneras en que dichas entidades concurren a la voluntad federal: (1) la reforma constitucional y (2) el proceso legislativo ordinario.²⁸

Su participación en el procedimiento de revisión constitucional otorga a las entidades federativas una “fuerte garantía” para su estatuto jurídico y su autonomía. Esta participación tiene una gran importancia política, porque la Constitución funda el Estado federal y establece el reparto de atribuciones entre el poder central y los locales, y su revisión importa acrecentar o disminuir una u otra esfera competencial.²⁹ Esta participación puede darse de un modo directo, cuando las entidades federativas tienen la atribución de presentar iniciativas de reforma constitucional o por la necesidad de que dichas modificaciones sean ratificadas por ellas; o indirectamente a través de la segunda cámara parlamentaria que las representa, “característica del federalismo”.³⁰ En todo caso, dichas formas directas de participación no pueden considerarse un “rasgo esencial del régimen federal”, pero mínimamente deben colaborar indirectamente en el procedimiento de reforma constitucional a través de su cámara legislativa representativa.³¹

La encomienda de las entidades federativas en el procedimiento legislativo por lo general tiene carácter indirecto, salvo que también participen en él de modo inmediato a través de su derecho de iniciativa. Al lado de argumentos de corte histórico, democráticos y funcionales, la existencia de una “segunda” sección legislativa se pretende justificar considerándola una “cámara de reflexión (*chambre de réflexion*)” y la “parte más sensata (*sanior pars*)” de la legislatura, que aparte de otras funciones para control de poder es “una garantía contra la precipitación legislativa, el error y las pasiones políticas”.³² Independientemente de que estos argumentos se encuentren total o parcialmente fundados, lo cierto es que la participación

²⁷ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 56. Véase también Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 280, 288 y 299.

²⁸ *Cfr. ibidem*, pp. 276 y 279-319.

²⁹ Véase Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, pp. 17-19.

³⁰ Berlín Valenzuela, Francisco, *Derecho parlamentario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 200. *Cfr. Mouskheli, op. cit.*, nota 5, pp. 178 y 279.

³¹ *Cfr. ibidem*, p. 309.

³² Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, pp. 61 y 63; y Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1985, p. 266, citado en Berlín Valenzuela, *loc. cit.*, nota 30.

de la cámara legislativa que en el sistema federal representa a las entidades que lo conforman, resulta decisiva para la legislación en cuanto su voto ocasiona que se perfeccione o no; en virtud de lo cual dicha colaboración se torna “inegable, real y efectiva”.³³

A nuestro parecer, esta participación de las entidades federativas en la legislatura federal, hoy resulta de la mayor importancia como garantía para su esfera competencial, en virtud de las diversas facultades “concurrentes” que existen en los regímenes modernos; en virtud de las cuales la Federación por autorización constitucional distribuye competencias entre ella misma y los órdenes locales, o bien puede imponer regulaciones que superen las que emitieron las entidades federadas. Sin embargo, como fue señalado anteriormente, pese a ser la regla general esta participación legislativa no es indispensable para determinar el carácter federal de un Estado, siempre que de alguna otra forma se produzca la cooperación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal.³⁴

Los elementos esenciales que explicamos en los párrafos previos — separación entre el plano federal y local, y participación de éste en la formación de la voluntad de aquél—, definen el Estado federal como género. Otros caracteres resultan contingentes, y así constituyen solamente diferencias específicas para establecer un caso determinado. Y como veremos enseguida, tales divergencias particulares pueden ser muy amplias.

2. *Federalismo(s)*

Las manifestaciones del federalismo, dependientes del correspondiente contexto nacional, pueden diferenciarse considerablemente.³⁵ Fuera de los esenciales que atendimos en la sección anterior, no puede hablarse de elementos “típicos” del federalismo en general y por ende tampoco de “casos” que sirvan de modelo, sino de múltiples especies variables de este género; las diferencias entre

³³ Cfr. Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 291 y 292.

³⁴ *Ibidem*, p. 299.

³⁵ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 20.

éstas llegan al extremo de que algunos países federales son más cercanos a los unitarios que a sus congéneres.³⁶

Esta diversidad entre Estados federales no sólo es posible entre ellos, pues la configuración federal de un mismo ordenamiento es cambiante y “vinculad[a] al tiempo y a la situación”. Así tampoco puede hablarse de “el” federalismo, sino más bien de “diferentes formas” de este sistema.³⁷

El punto de convergencia de todas estas variaciones, es la distribución de competencias entre la autoridad federal y las locales. Por regla general, este reparto se hace con un sistema mixto que por un lado enumera en un “catálogo competencial” las atribuciones que corresponden a uno de tales órdenes; y por el otro en una cláusula general de “competencia residual” que otorga al orden restante las demás funciones estatales. Como veremos, esta cláusula es importante en la medida de que sea “instrumento para colmar lagunas”,³⁸ lo cual convierte su sentido —con ciertas limitaciones— en el fiel de la balanza de la distribución competencial en el sistema, máxime en regímenes como el canadiense en que se enumeran las atribuciones de ambos órdenes estatales.³⁹

Las “competencias expresas” no necesariamente han de otorgarse al poder central, mientras que las entidades federativas mantienen una esfera “residual” de atribuciones. Esta podría ser la idea general por influencia norteamericana, y se basa en el “principio de subsidiariedad”; según este principio, entendido estrictamente, la Unión sólo habría de asimilar las funciones que las entidades federativas no pudieran realizar, o aquellas que ella cumpliría mejor;⁴⁰ con base en la soberanía que supuestamente se han reservado las entidades políticas preexistentes, de cuya unión proviene la entidad federal.⁴¹

³⁶ Cfr. Braun, *op. cit.*, nota 21, pp. 102 y 103.

³⁷ Renzsch *et al.*, *loc. cit.*, nota 4. Véase también Detterbeck, *op. cit.*, nota 11, p. 47.

³⁸ Aunque cabe cuestionarse sobre los límites de estas facultades residuales, y por ende de su utilidad para colmar lagunas. Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, p. 320.

³⁹ Schlüter, *op. cit.*, nota 12, pp. 54 y 55; y Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 332 y 333.

⁴⁰ Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 12. Véase también Renzsch *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

⁴¹ Aunque nos resulta imposible profundizar en el tema, no podemos dejar de anotar que desde el punto de vista jurídico internacional, podría pensarse que “el modelo norteamericano como el paradigma de un federalismo centripeto, [...] carece de fundamentos históricos y constitucionales”, porque las antiguas colonias norteamericanas no tenían personalidad jurídica internacional por formar parte del Imperio Británico, de manera que su federación también se debe

Sin embargo, dicho principio de subsidiariedad, en el estricto sentido con que se le ha enunciado, no puede tampoco tenerse como elemento esencial del federalismo, al menos por las siguientes razones: (1) el caso de Canadá contraviene la “subsidiariedad” entendida en los anteriores términos; (2) en Alemania ha dominado el principio de “solidaridad”, no el señalado, lo que también comporta una “excepción” a la vigencia de aquel principio;⁴² (3) la subsidiariedad se ha visto como “ineficaz” porque “de [ella] no puede desprenderse ninguna consecuencia en caso de conflicto”,⁴³ si se le considera aisladamente y sin referencia a una particular “tradición” de la que luego hablaremos; y (4) no falta quien sostenga que lo ideal sería precisamente seguir el ejemplo canadiense, y otorgar facultades limitadas y enumeradas a las entidades federativas, mientras que se conceda las restantes a los poderes federales.⁴⁴

Independientemente de cuál de estos órdenes será limitado a través de la enumeración de sus atribuciones, por las limitaciones que tienen los alcances de la “cláusula residual”, y si se usa un concepto amplio o estricto de “subsidiariedad”, el sentido de la indicada cláusula tiene efectos importantes. No importa que por sí sola no indique si una competencia específica corresponde a uno y otro orden del Estado federal, sino basta que determine quién es considerado como “depositario primario del poder gubernativo”.⁴⁵ Con lo anterior, el sentido de la “cláusula residual” establece una presunción *iuris tantum* que constituye un *principio que orienta la interpretación constitucional* a favor del orden hacia el cual se inclina; y así ha de considerarse que

“de manera estricta a un proceso centrífugo”. Cfr. Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “La explicación de la fecha del bicentenario ante el derecho internacional. México y la doctrina *uti possidetis*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 254, julio-diciembre de 2010, pp. 23 y 24.

⁴² Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, pp. 13, 29 y 30.

⁴³ Cfr. Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, p. 15.

⁴⁴ Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, p. 333.

⁴⁵ Cfr. Tushnet, Mark, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Oxford, Hart, 2009, p. 159.

los poderes enumerados deben ser interpretados en forma *limitativa*, es decir, que un Gobierno cuyos poderes han sido enumerados no puede atribuirse jurisdicción nueva o, por lo menos, sentirá embarazo para atribuírsela.⁴⁶

Esto último, por supuesto, sin profundizar en las cuestiones de las “facultades implícitas”, y sobre todo en el complejo tema de la interpretación constitucional y el papel de los tribunales que la tienen a su cargo. Es sabido que los tribunales constitucionales no sólo resuelven conflictos sobre la atribución de competencias más o menos específicas, sino que su jurisprudencia precisa la calidad del “balance” entre la autonomía de las entidades federativas (*self rule*) o la intervención del poder central en ella (*shared rule*).⁴⁷ Muestra de esto último es el caso norteamericano, según vimos en el capítulo previo.

El sentido material de esta distribución de competencias, por lo que respecta tanto a la enumeración expresa de facultades como a la “cláusula residual”, posee una “dependencia de ruta (*Pfadabhängigkeit*)” y no es resultado de la casualidad. Como toda prescripción constitucional, los motivos por los cuales se cuenta una facultad entre las limitativamente otorgadas en el Estado federal, o se atribuye la competencia residual a uno de sus órdenes parciales, dependen de la determinación histórica, los requerimientos de la sociedad y el equilibrio de intereses que se produzca en ella; sin que alguno de estos elementos baste por sí solo para establecer las “posibilidades de desarrollo” del sistema federal concreto.⁴⁸

Por ello el desenvolvimiento del federalismo está ligado indefectiblemente a una “tradición”,⁴⁹ lo que dificulta interpretar esta forma de Estado en un ordenamiento particular, o sea “dilucidar lo que realmente significa el federalismo” para un orden constitucional particular.⁵⁰ En la lectura del sistema federal existe

⁴⁶ Mouskheli, *op. cit.*, nota 44, p. 333 (énfasis añadido).

⁴⁷ Véanse Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, pp. 41 y 42; y Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, p. 312.

⁴⁸ Cfr. Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 20; y Schlüter, *op. cit.*, nota 12, p. 54.

⁴⁹ Cfr. Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, p. 622.

⁵⁰ Cfr. Dávalos Torres, José, “Interpretación constitucional del federalismo”, en Palacios Alcocer, Mariano (coord.), *Federalismo y relaciones intergubernamentales*, México, Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2003, pp. 89 y 90.

una “preponderancia de lo político”, sobre el cual existen determinadas concepciones, ideologías y puntos de vista dentro de la sociedad, al igual que ciertas relaciones axiológicas; las ideas sobre el federalismo y su estructura se encuentran íntimamente relacionadas, y no pueden entenderse sin relación a los juicios de valor que existen en su trasfondo.⁵¹ En tal virtud, no debe pasarse por alto “la gran importancia de las interpretaciones sociales del orden federal”, las cuales podrían establecer nuevas funciones a las instituciones o presionar para su reforma.⁵²

Desde la historia de las ideas políticas, el federalismo posee dos tradiciones: la europea y la americana.⁵³ La primera puede remontarse a la edad media y sus ligas entre diversas ciudades y feudos; se caracteriza por acentuar las diferencias entre los grupos sociales que componen la federación, la comunidad de valores que los une y la cooperación entre sus órdenes estatales. La americana funda el federalismo en un trasfondo de “individualismo liberal” —su diferencia con la anterior tradición—; se distingue por la afirmación de los derechos individuales, la división de poderes y una “competencia pluralista”. No obstante, los sistemas actuales no se inscriben cabalmente en alguna de estas tradiciones, sino que regularmente presentan una mezcla específica de ellas

Partiendo de las concepciones anteriores, podemos establecer diversas clasificaciones de Estados federales, desde diversos puntos de vista. No está de más advertir que las categorías a que aludiremos son meros referentes, puesto que la rica diversidad de los ordenamientos federales hace que escapen a definiciones rígidas.

Primeramente, debemos considerar el fin general que persigue el sistema federal en cada caso particular. Así los diversos ordenamientos pueden dar lugar a un federalismo “diferenciador” o a uno “unificador”, según se orienten a establecer la diversidad o la concordancia. La inclinación hacia uno u otro extremo dependerá de la tendencia centrípeta o centrífuga que impere en el Estado correspondiente, y aun frente a la homogeneidad o heterogeneidad que ocurra en él; sin que *a priori*

⁵¹ Cfr. Detterbeck, *op. cit.*, nota 11, pp. 31 y 32.

⁵² Sturm y Zimmermann-Steinhart, *loc. cit.*, nota 48.

⁵³ Véanse Renzsch *et al.*, *loc. cit.*, nota 4, pp. 6-8; y Detterbeck, *op. cit.*, nota 11, pp. 32-39.

pueda establecerse una inclinación “natural” del federalismo hacia la unidad o la diversidad.⁵⁴

Otro punto de vista es el relativo a la interacción entre los planos federal y local, que da lugar a los federalismos “dual” y “cooperativo”. El primero se caracteriza por la existencia de “instituciones paralelas” en los referidos órdenes estatales, y una “clara separación de tareas” entre ellos; y ha evolucionado a la moderna concepción del “federalismo competitivo”, según el cual la diversidad entre las entidades federativas, lleva a una competencia innovadora entre ellas; su especie más representativa es el caso norteamericano, en el cual tampoco adquiere perfección, pues no se ha aplicado estrictamente en el ámbito financiero. Por su parte, el federalismo cooperativo que es propio de Alemania, se basa en la preferencia de la “eficiencia de la acción estatal”, y en él comparten responsabilidad y procedimientos los referidos órdenes federal y local; llegando incluso a un muy complejo, y no siempre bien visto, “entrelazamiento político (*Politikverflechtung*)”.⁵⁵

Para acabar este recuento básico, no sobra mencionar que también puede haber sistemas que se definen por la equivalente o disímil jerarquía que tengan sus entidades integrantes, dando lugar a la existencia de un federalismo simétrico o asimétrico. Por lo general nos enfrentamos a sistemas del primer tipo, en el cual las entidades federativas se encuentran representadas de manera igual, en términos cualitativos y cuantitativos, lo que “se conforma más a la especial naturaleza de esta forma de Estado. Como es fácil suponer, en el federalismo asimétrico las entidades federativas no se hallan igualmente representadas, por lo que “pierde fuerza” su participación en los procesos federales; el mejor ejemplo de esta especie de federalismo, si se admitiera un punto de vista flexible, sería España cuyas comunidades autónomas —entre ellas las históricas Cataluña, Galicia y el País Vasco— gozan de una representación adicional en el Senado, según el artículo 69.5 de su Constitución.”⁵⁶

⁵⁴ Cfr. Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, pp. 20-21 y 35.

⁵⁵ Véanse *ibidem*, pp. 22-23 y 30; y Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, p. 229.

⁵⁶ Cfr. Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, pp. 20-22; y Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 287-292.

Un problema muy concreto suscitado a propósito de la distribución de competencias en los Estados federales y relativo al tema central de este trabajo, es el tocante al vínculo o separación que puede darse entre las competencias legislativas y las operativas *lato sensu* que comprenderían las funciones estrictamente administrativas y jurisdiccionales, tanto en su aspecto orgánico como procedimental). A uno de los órdenes que forman el Estado federal puede corresponder la facultad de *legislar* sobre un ámbito competencial y asimismo la de *aplicar* sus leyes respectivas, o bien que la primera atribución toque a un orden y la segunda a su contraparte. Se tiene entonces la posibilidad de cuatro diferentes sistemas atinentes a esta cuestión: (1) correlatividad total de las facultades legislativas y operativas; (2) correlatividad parcial de ambas atribuciones pero con un acento sobre las legislativas; (3) correlatividad parcial de ambas atribuciones pero con un acento sobre las operativas; y (4) desvinculación total entre ambas atribuciones.⁵⁷

La posibilidad de que pueda adoptarse alguno de estos múltiples sistemas, indica que tampoco existe un principio inmutable que domine la relación entre las competencias legislativas y operativas en el Estado federal. Esto significa que la atribución al poder central, por ejemplo, de la competencia para legislar sustantivamente sobre una materia, por sí sola no necesariamente conlleva la autorización para aplicar dicha ley, e instituir órganos y procedimientos para ello; y lo mismo puede sostenerse en sentido contrario, aunque esta hipótesis sería más bien insólita. La solución a un conflicto o laguna sobre este punto habrá entonces que buscarse en otras disposiciones competenciales de la Constitución, o derivan de las implicaciones que se adjudiquen a los preceptos que configuran el sistema federal de que se trate. Cualquiera de estas operaciones consistirá en una interpretación en que tendrá un peso importante la “tradicón” respectiva, la cual aportará elementos decisivos y adicionales a un mero texto de atribución competencial, como muestra el ejemplo argentino y la discusión en su seno sobre las facultades legislativas en materias civil y penal adjetivas.

⁵⁷ Cfr. Schlüter, *op. cit.*, nota 12, p. 55.

Concluyendo sobre el presente tema diremos que si bien los rasgos esenciales y el principio fundamental —“unidad en la diversidad”— del Estado federal son relativamente sencillos, el federalismo no tiene un solo rostro sino que es un concepto “multifacético y cambiante”.⁵⁸ Pese a la existencia de distintas clasificaciones, no existe un “modelo de federalismo” sino una amplia gama de variedades en que esta organización estatal puede manifestarse en muy diversos grados, resultantes de la combinación de numerosos factores normativos y sociales como los enunciados en este apartado; cuyos extremos son la “colección de provincias”, descentralizada pero unida por un “lazo federativo”, que refiere Georg Jellinek,⁵⁹ y el centralizado “Estado federal unitario” apadrinado por Konrad Hesse.⁶⁰

3. *Centralización federal*

Por el análisis efectuado en el capítulo anterior, advertimos que entre los Estados federales existe una tendencia a la centralización de competencias, no obstante sus esfuerzos para reforzar la autonomía de las entidades federativas, y aun determinadas circunstancias históricas que acentúan la importancia de los ámbitos regionales. Es decir los federalismos buscan colocar en manos del poder central ámbitos competenciales de variada extensión que tradicionalmente habían correspondido a las entidades federativas, o bien mantenerlos bajo el control federal aunque se hubieran ampliado las atribuciones locales. Ejemplos de lo anterior son incluso los casos que tradicionalmente se han tenido como “paradigmas del federalismo”: Estados Unidos —modelo del federalismo dual— donde paulatinamente se incrementaron las facultades del poder federal, y Alemania donde la reforma de 2006 no tocó importantes ámbitos de competencia central.⁶¹

⁵⁸ Detterbeck, *loc. cit.*, nota 37.

⁵⁹ Véase Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, p. 256.

⁶⁰ Véase Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 25.

⁶¹ Véanse Serra Rojas, *loc. cit.*, nota 26; y Serna de la Garza, *loc. cit.*, nota 23.

Sería rudimentario atribuir por completo este proceso centrípeta a la proverbial expansión del poder, y dejar de observar que se trata del “lado técnico” de una centralización “posible”, o sea dada en el seno del Estado federal y sin variar sus elementos esenciales, “no una auténtica tendencia política al centralismo creciente”. Uno de los efectos de este proceso es la aproximación entre las especies del Estado federal, y su alejamiento de sus respectivas “concepci[ones] constitucional[es] original[es]”.⁶² Se trata del tránsito hacia “un federalismo cada vez más flexible y de colaboración entre [sus] instancias”, que se distancia del clásico de índole “dual”, pero que a nuestro parecer no comporta “una nueva reformulación del principio federal”, sino más bien el relieve de sus *elementos verdaderamente esenciales*, universales e independientes a la tradición del Estado del cual se predique, en suma una apreciación más clara del significado de la forma federal de Estado.⁶³

La centralización que se produce en los federalismos puede entonces corresponder a un aspecto técnico que les resulta imprescindible. Aun suponiendo que la gran mayoría de los sistemas federales se conformó originalmente al modelo del dualismo norteamericano y su énfasis en la diversidad,⁶⁴ el advenimiento del Estado de bienestar y su intervencionismo ocasionó la necesidad de distanciarse de esa figura, y condujo a una “más intensa cooperación y entrelazamiento de los planos [estatales]”.⁶⁵ Ahora parece mejor entender la distribución competencial en el Estado federal con base en un modelo matricial (*Matrix-Modell*) en el que cada “campo político” en abstracto pudiera tener diferente valor en concreto, que en uno erigido sobre la dicotomía “centro-periferia” y una rígida atribución de facultades entre tales órdenes.⁶⁶

⁶² Cfr. Von Beyme, *op. cit.*, nota 6, p. 185.

⁶³ Cfr. Valencia Carmona, Salvador, “En torno al federalismo mexicano”, en Hernández, Antonio María, y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 374-376.

⁶⁴ Que posee una “larga tradición” fuera de Alemania y su federalismo “cooperativo”, según Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 30.

⁶⁵ Detterbeck, *op. cit.*, nota 11, p. 38.

⁶⁶ Cfr. Braun, *op. cit.*, nota 21, pp. 104 y 105.

El incremento de las funciones del Estado lleva a que las demandas de las sociedades actuales exijan su mayor centralización, en virtud de lo siguiente:⁶⁷

- (1) La necesidad de economías de escala;
- (2) La exigencia de uniformidad de las condiciones de vida;
- (3) El desborde de muchas materias más allá del ámbito territorial de una entidad federativa o de las fronteras del propio Estado.

Determinar si un ámbito material debe atribuirse al poder central o al local, o cómo deben repartirse sus aspectos legislativos y operativos, corresponde en primer término al Constituyente y en última instancia a la jurisdicción constitucional. Habiendo alguna claridad por parte del texto constitucional, la decisión correspondiente admitirá críticas desde el punto de vista político, pero desde el jurídico no habrá más remedio que admitir su validez (salvo la insólita hipótesis de que el caso pudiera llevarse a tribunales internacionales). En cambio, si la atribución de una determinada competencia a uno de los planos estatales, proviniera de la interpretación a que dio pie la suma indeterminación del texto constitucional, la jurisdicción constitucional podría analizar su corrección y en su caso invalidarla para restablecer la regularidad del sistema federal; sin embargo, esto último sería resultado de un complejo *juicio de proporcionalidad o ponderación* en que se tome el peso de todos los principios constitucionales involucrados en el caso particular, muy especialmente aquellos que definan el perfil del sistema federal correspondiente.⁶⁸

⁶⁷ Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, pp. 324 y 325.

⁶⁸ La "ponderación" no sólo aplica para solucionar conflictos entre derechos fundamentales, sino entre *principios constitucionales de toda índole*, inclusive orgánicos. En todo caso, no puede descartarse que un conflicto atinente al régimen federal, repercute de alguna manera sobre la satisfacción de algún derecho fundamental; piénsese por ejemplo en un tema de salud, en el cual la tutela más o menos eficiente del relativo derecho fundamental favorezca una u otra posición en el caso. Véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 27-30.

II. EL FEDERALISMO MEXICANO

1. *Apuntes históricos*

La posición convencional sobre la adopción mexicana de la forma federal de Estado, es que a diferencia del norteamericano el federalismo de nuestro país tuvo una génesis *centrífuga*, no *centrípeta*; o sea que no deriva de la unificación de entidades previamente independientes, sino de la novel autonomía que con su independencia obtuvieron las provincias del virreinato de la Nueva España.⁶⁹ A esta interpretación se opone otra lectura que atiende distintas vicisitudes históricas, entre ellas que según la Constitución de Cádiz las provincias de Nueva Galicia (Jalisco) y Yucatán recibían un trato aparte de la Nueva España.⁷⁰

Desde luego, no intentamos polemizar sobre este punto y mucho menos resolverlo, objetivo que excede por mucho nuestros límites actuales. Por otra parte, no sólo es “[a]trevido” inclinarse por alguna de dichas posturas, dada la oscuridad de los hechos;⁷¹ sino que en realidad tendría poca utilidad práctica, demostrando que la sola tradición histórica es *por sí sola insuficiente* para interpretar el sistema federal actual, como señalamos en una sección previa.

¿Cuál sería para la *argumentación constitucional* el provecho directo de comprobar que el federalismo mexicano tuvo un origen *centrífugo* o *centrípeta*? ¿Establecer en casos dudosos que una determinada atribución corresponde al poder federal o al local? En esta última hipótesis, nuestra investigación nos aportaría un resultado con nula validez, pues *cualquiera* de estas posturas serviría para defender *cualquier* conclusión: que el federalismo de nuestro país se haya generado por la unión de entidades federativas preexistentes, afirmaríala a favor del poder central por apuntar hacia la “intención” constitucional de reforzar la Unión, pero también apoyaría la proposición contraria al dar pie a presumir una “soberanía” reservada por el poder local; y del mismo modo puede argumentarse

⁶⁹ Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 3, pp. 408-409 y 457; y Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 72.

⁷⁰ Cfr. Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, p. 49; Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, p. 633; y Barragán Barragán, *op. cit.*, nota 1, pp. 18-51 y 64.

⁷¹ Carpizo, *op. cit.*, nota 15, p. 233.

desde el punto de vista contrario. La prevalencia de alguna de estas hipótesis argumentativas sería consecuentemente determinada por elementos ajenos a la “tradicción” histórica.

Es generalmente aceptado que la adopción del sistema federal en la Constitución mexicana de 1824, fue influida por el ejemplo norteamericano.⁷² Otra cuestión es la tesis de la “imitación extralógica” del federalismo norteamericano, un lugar común muy arraigado entre nosotros, y en general de las disposiciones constitucionales de ese país, de las cuales según Ignacio Ramírez nuestra ley fundamental de 1824 fue una “mala traducción”.⁷³

La llamada “imitación extralógica”, locución que puede deberse a Antonio Caso,⁷⁴ se basa en la idea de la unidad del pasado colonial, de ahí la “anomalía” que bajo tal concepto importaría nuestra réplica del federalismo norteamericano. A su arraigo pudo contribuir la expresión de Lorenzo de Zavala en el sentido de que los diputados que redactaron la Constitución de 1824, usaron como “manual” una “mala traducción” de la ley fundamental norteamericana que “corría” en Puebla.⁷⁵ Y dada la influencia que tuvo, la opinión de Alexis de Tocqueville también pudo colaborar en la difusión de esa idea.⁷⁶

Sin embargo, de acuerdo con Medina Peña, la tesis que comentamos es inaceptable, aun reconociéndose la influencia de la Constitución norteamericana sobre nuestra primera ley suprema, pues dicha afirmación intenta explicar de

⁷² Cfr. *ibidem*, p. 231.

⁷³ Sobre esta última opinión y la respuesta que le dio Emilio Rabasa, véase Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, pp. 636 y 637.

⁷⁴ *Sociología*, 2a. ed., p. 102; citado en *ibidem*, p. 636. Véase también Burgoa, *op. cit.*, nota 3, p. 421.

⁷⁵ *Ensayo histórico de las revoluciones de México desde 1808 hasta 1830* [ed. facsimilar de la de 1845], México, Instituto Cultural Helénico-Fondo de Cultura Económica, 1985, t. I, pp. 195-197 y 205-206; citado por Medina Peña, Luis, *Invencción del sistema político mexicano. Forma de gobierno y gobernabilidad en México en el siglo XIX*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 136.

⁷⁶ “Los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federativo, tomaron por modelo y copiaron casi íntegramente la constitución de los angloamericanos, sus vecinos. Pero al trasladar la letra de la ley, no pudieron trasponer al mismo tiempo el espíritu que la vivifica. Se vio cómo se estorbaban sin cesar entre los engranajes de su doble gobierno. La soberanía de los Estados y la de la Unión, al salir del círculo que la constitución había trazado, se invadieron cada día mutuamente. Actualmente todavía [a 1835], México se ve arrastrado sin cesar de la anarquía al despotismo militar y del despotismo militar a la anarquía” (*La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 159).

manera muy simple un fenómeno sumamente complejo.⁷⁷ Suponiendo cierta la opinión sobre el distinto origen del federalismo norteamericano del mexicano, centrípeto el primero y centrífugo el segundo —aunque moderado por que los fenómenos políticos y económicos coloniales dieron “perfiles propios” a las colonias novohispanas⁷⁸—; y pese a que ambos sistemas federales constituyeron una autoridad central; hay una diferencia sustantiva, muy importante, entre aquél y el nuestro:

En tanto en el país del norte las provincias crean un centro, en el México apenas independizado las provincias constriñen y condicionan un centro político otrora poderoso. [...] En Estados Unidos las provincias inventan *ab initio* un centro político, al cual mediante el pacto federal dotan del mínimo de facultades para la subsistencia de la federación; en México, las provincias modifican un centro político ya existente, del cual, también mediante el pacto federal, desprenden una serie de competencias que incluyen en el dominio reservado a los estados.

Siguiendo al indicado autor, esta divergencia ocasiona que el federalismo mexicano sea, “por decirlo de alguna manera, mucho más activo”, y haya tenido que “imponerse por medios políticos de excepción”. Esta circunstancia determinó que la “futura evolución en el fortalecimiento de ambos centros de poder federales”, tuviera vías distintas: mientras que la influencia del poder nacional norteamericano se ha dado “vía judicial”, a través de la interpretación de sus cláusulas constitucionales para favorecer la centralización de competencias, como expusimos en su momento; el mexicano estableció sus cimientos “vigorizando al poder ejecutivo”.

El origen y desarrollo histórico de nuestro sistema federal puede ayudarnos a comprenderlo en términos generales, antes que darnos apoyo inmediato y decisivo en la aplicación de las disposiciones constitucionales que *actualmente* lo

⁷⁷ *Op. cit.*, nota 75, pp. 137 y 138.

⁷⁸ Transformaciones que la Constitución de Cádiz consolidó a través de las diputaciones provinciales que previó, las cuales son generalmente referidas como antecedentes del federalismo mexicano, siguiendo la famosa tesis que Nettie Lee Benson sostuvo en su clásica obra *La diputación provincial y el federalismo mexicano*; como Burgoa considera, por citar alguna de las muchas referencias al respecto, en *op. cit.*, nota 3, p. 425.

regulan. En ningún caso debe olvidarse que son éstas y el significado que hoy se les adjudique, las que prescriben la orientación que tiene nuestro federalismo. A un análisis en este último sentido dirigiremos la próxima sección de este trabajo.

2. *Régimen constitucional*

A. *Disposiciones básicas*

El federalismo es uno de los principios en los que se basa políticamente el Estado mexicano, según el artículo 40 de la Constitución. Este precepto establece el elemento fundamental de esta forma de Estado: la distinción entre los planos estatales correspondientes a la “Unión” cuyos términos establece la propia “ley fundamental”, y los “Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior”.

De acuerdo con lo que expusimos en los apartados anteriores, a diferencia de otros principios básicos como el “democrático”, nos parece que hay poca profundidad en cuanto a las implicaciones del “federal”; ya que éste sólo comporta *necesariamente* la constitución de los referidos planos estatales, y la participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad de la Unión.⁷⁹ Pocas conclusiones pueden obtenerse en casos concretos del solo establecimiento del “principio federal” en la Constitución, pues la configuración de este sistema en nuestro caso particular, dependerá de otras disposiciones específicas de nuestra ley suprema. Son en realidad otros muchos preceptos los que caracterizan nuestra forma federal de Estado, y le proporcionan sus rasgos distintivos.⁸⁰

Por principio de cuentas, no pudiendo ser de otra manera, nuestro federalismo se halla sujeto a un “mandato de homogeneidad (*Homogenitätsgebot*)”, que impone a todas las entidades federativas la conformidad de sus respectivos órdenes jurídicos a las disposiciones comunes de la Constitución

⁷⁹ *Supra*, nota 12.

⁸⁰ Véase Schlüter, *op. cit.*, nota 12, p. 56.

general.⁸¹ Expresan este mandato los artículos 40 y 41 constitucionales, aunque el último resulta más preciso pues su párrafo primero expresa que las entidades federativas ejercen la soberanía “en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos [...de la] Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”.⁸²

A primera vista, porque esta afirmación tiene sus bemoles como veremos adelante, puede afirmarse que el federalismo mexicano es básicamente de carácter “dual”. Esto porque existe un paralelismo institucional entre los planos federal y local, además de una aparentemente clara separación de funciones entre ellos.⁸³

En los órdenes federal y local de nuestro país hay similitud en la clásica división horizontal entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, además de ciertos órganos constitucionales autónomos como los relativos a las materias de acceso a la información, la electoral y la protección de los derechos humanos.⁸⁴ Las diferencias en su composición orgánica que pueden existir entre los planos federal y local, se deben a las necesidades de la atención de competencias que se han otorgado exclusivamente a la Federación; en tal virtud, las entidades federativas carecen de banco central, ejército o cuerpo diplomático. Pero esta divergencia, derivada ineludiblemente de la naturaleza de la forma federal, nos parece insuficiente para negar la faceta “dual” que tiene el federalismo mexicano.

⁸¹ Véase *idem*; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA LEY NUMERO 53 QUE REFORMA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE, NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS QUE EL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ESTABLECE COMO CUESTIONES MÍNIMAS QUE LAS CONSTITUCIONES LOCALES DEBERÁN PLASMAR EN SUS TEXTOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, agosto de 2002, jurisprudencia P./J. 33/2002, tesis 901.

⁸² Sobre el debate relativo a la “soberanía” o “autonomía” de las entidades federativas, véase *supra*, nota 16. La Suprema Corte tampoco se ha inclinado a distinguir estos conceptos resuelta y precisamente; véase “CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS. EN LO QUE TOCA A SUS REGÍMENES INTERNOS SON NORMAS AUTÓNOMAS RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIII, enero de 2011, tesis 2a. CXXVII/2010, p. 1471.

⁸³ Cfr. Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 22.

⁸⁴ Artículos 6o., fracción IV; 102, apartado B; y 116, constitucionales.

La matriz de nuestro sistema federal es la *cláusula residual* del artículo 124 constitucional.⁸⁵ De acuerdo con esta disposición, una reproducción de la enmienda X de la Constitución norteamericana y basada en la idea del supuesto origen centrípeto del Estado mexicano,⁸⁶ “[l]as facultades que no están expresamente concedidas por [la] Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Conforme a lo dicho con anterioridad, esta disposición impone una presunción argumentativa por la cual, en caso de duda, habrá de favorecerse la atribución de una determinada competencia a la esfera de las entidades federativas. Sin embargo, como ya mencionamos en el capítulo primero de este trabajo, debe tenerse presente que en México como en otras naciones y pese a la literalidad del referido precepto constitucional, se admiten como “una cuestión totalmente incorporada en nuestra doctrina y práctica”,⁸⁷ las llamadas “facultades implícitas” al orden federal, que se tienen por subsumidas en las que expresamente se le han otorgado.⁸⁸

Las atribuciones que se han concedido a la Federación en México, se encuentran primordialmente enumeradas en el catálogo que prevé el artículo 73 constitucional. Sin embargo, el reparto competencial en nuestro país no se expresa únicamente en dicho precepto, y por ende tampoco se reduce a atribuir a las entidades federativas la competencia que no prevea explícita o implícitamente. Para comenzar, la esfera competencial de la Federación no sólo es determinada por el mencionado numeral, sino por varias disposiciones constitucionales.⁸⁹ De ahí que se produzca la “relativización” del artículo 124 de la ley fundamental, en el sentido de que parece dar un peso importante a las entidades federativas dentro

⁸⁵ Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, p. 54.

⁸⁶ Cfr. Armenta López, *op. cit.*, nota 13, pp. 112 y 113.

⁸⁷ Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, p. 86.

⁸⁸ Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 3, p. 668; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INSTITUCIONES DE CRÉDITO. LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA LEGISLAR SOBRE INTERMEDIACIÓN Y SERVICIOS FINANCIEROS, INCLUYE LO RELATIVO A SU SEGURIDAD”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 53, p. 48.

⁸⁹ Cfr. Carpizo, *op. cit.*, nota 15, pp. 240-242. Véanse “FEDERACIÓN” y “FEDERACIÓN, FACULTADES LEGISLATIVAS DE LA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXVI, pp. 1069 y 1070 respectivamente.

de nuestro sistema federal, apariencia que se desvanece con un examen más detenido de todas las normas constitucionales involucradas.⁹⁰

Como veremos en la sección siguiente, en México se ha sobrepuesto paulatinamente a la base (histórica y normativa) de un “federalismo dual” que aún puede percibirse, un variopinto “sistema *complejo* de distribución de competencias entre Federación y ámbitos locales, que permite la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia entre [dichos extremos]”.⁹¹

También se actualiza en México el segundo elemento que caracteriza la forma federal de Estado, y que constituye su verdadera diferencia específica:⁹² la participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal. El Senado es una cámara legislativa en que las entidades federativas⁹³ son representadas equitativamente,⁹⁴ participando a través de ella en el procedimiento legislativo ordinario —dentro del que se erige en *chambre de réflexion*⁹⁵—, así como en la aprobación de tratados internacionales, y en el ejercicio de otras importantes funciones políticas.⁹⁶ Además de su participación por conducto de la Cámara de Senadores, las entidades federativas integran el órgano reformador de la Constitución que prevé el artículo 135 constitucional, requiriéndose la

⁹⁰ Cfr. Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, p. 314; y Dávalos Torres, *op. cit.*, nota 50, pp. 96-99. Esta complejidad competencial también puede restringir la utilidad de la “cláusula residual” como instrumento para colmar lagunas, como referimos en la precedente nota 38.

⁹¹ Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, p. 315 (énfasis añadido).

⁹² *Supra*, nota 20.

⁹³ Por las reformas que en las últimas décadas incrementaron su autonomía, se considera al Distrito Federal mexicano como una “entidad federativa”; véanse los artículos 43 constitucional y 2o. del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; Carranco Zúñiga, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000, p. 8; y “ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. ESTÁ FACULTADA PARA LEGISLAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXI, febrero de 2010, jurisprudencia P./J. 6/2010, p. 2312.

⁹⁴ Cfr. artículo 52 constitucional; Berlín Valenzuela, *op. cit.*, nota 30, p. 280; y Burgoa, *op. cit.*, nota 3, p. 699. Tómese en cuenta la criticada distorsión que supuestamente implican los senadores de representación proporcional para “el carácter esencialmente federalista del Senado de la República”; cfr. *ibidem*, pp. 700-703; y Fernández Mejía, Karina, y Ávila de la Paz, Carlos Emiliano, “Centralización federal a partir de las facultades del Congreso de la Unión”, en Palacios Alcocer, Mariano (coord.), *Federalismo y relaciones intergubernamentales*, México, Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 162.

⁹⁵ Cfr. Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2003, p. 122.

⁹⁶ Artículos 71, 72, 76 y 133 constitucionales.

conformidad de dos terceras partes de ellas para cualquier modificación al texto de la ley fundamental.

De los elementos básicos anteriores resulta fácil concluir que el sistema constitucional mexicano prevé una forma federal para el Estado mexicano, pues satisface sus elementos esenciales: (1) la existencia de dos planos estatales y (2) la participación del local en la formación de la voluntad del federal.⁹⁷ Esto al margen de la específica distribución de competencias que contempla, y de las críticas de que ha sido objeto, de los cuales nos ocuparemos bajo los epígrafes siguientes.

B. *Distribución competencial*

La Constitución mexicana dispone la existencia de distintos órdenes jurídicos, que son “excluyentes entre sí”.⁹⁸ Dichos órdenes son los siguientes, según la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación posterior a la reforma al artículo 115 constitucional que se publicó el 23 de diciembre de 1999:⁹⁹ (1) constitucional, (2) federal, (3) estatal o local, (4) municipal y (5) el relativo al Distrito Federal.

Es evidente que esta clasificación se basa en la teoría del Estado federal que formuló Hans Kelsen, en la que reconoció la existencia en una federación de tres distintos *órdenes jurídicos* —recuérdese la identidad que este autor atribuyó al Estado y al derecho—: (1) constitucional, aplicable generalmente, (2) federal y (3) local.¹⁰⁰ No podemos adentrarnos a estudiar la cuestión de si efectivamente estos órdenes jurídicos representan distintos planos estatales que pueden subsistir en un sistema federal; ello importaría un análisis farragoso sobre las implicaciones y consecuencias del concepto de “soberanía”, y una resolución sobre si ésta puede

⁹⁷ *Supra*, nota 12.

⁹⁸ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, jurisprudencia 69, p. 60.

⁹⁹ “ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, octubre de 2005, jurisprudencia P./J. 136/2005, p. 2062.

¹⁰⁰ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, pp. 10 y 11.

predicarse de las entidades federativas, los municipios y el Distrito Federal. La importancia de este tema para el problema que actualmente nos ocupa, resulta en todo caso limitada y deriva de la adhesión de nuestro Máximo Tribunal a esta doctrina.

En aras de racionalizar esta postura para lo que pudiera sernos útil, y sin pretensión de analizarla definitivamente, subrayaríamos la distinción entre dos conceptos diversos: (1) los “órdenes jurídicos” que rigen dentro del Estado federal, y (2) las “entidades de derecho público” que existen dentro del mismo.¹⁰¹ A nuestro parecer, la diferencia entre los mencionados conceptos, implica que la existencia de la entidad nacional y las locales que componen el Estado federal, no se encuentran en disputa con su respectiva vinculación a varios (sub)sistemas jurídicos. Pero en todo caso, considerar el Distrito Federal y los municipios como “planos” que integran el Estado mexicano, no importaría para atribuirle naturaleza “federal”, puesto que ésta requiere que aquéllos sean dos “por lo menos”.¹⁰²

Para los propósitos específicos de nuestro objeto actual de estudio, consideremos solamente la relación entre los órdenes federal y local mexicanos, en el que también con visión práctica incluimos el Distrito Federal, tomándonos ciertas licencias;¹⁰³ habida cuenta de que la parcela competencial de que nos ocupamos —la legislación procesal penal— únicamente podría incumbir a las señaladas “entidades de derecho público”.¹⁰⁴ No obstante, recuérdese que la competencia residual de las entidades federativas en México se encuentra acotada en primer lugar por las atribuciones que constitucionalmente se han otorgado a la Federación, y en segundo término por las correspondientes a los municipios.¹⁰⁵

En el mexicano no existe una superioridad del orden jurídico central sobre el local, tan explícita como en otros países —Alemania y Suiza, por ejemplo—. Es un

¹⁰¹ *Cfr.* Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 37.

¹⁰² Schlüter, *loc. cit.*, nota 12.

¹⁰³ *Supra*, nota 93.

¹⁰⁴ Sólo de un modo superlativamente improbable puede considerarse que al municipal tocaría legislar en materia penal sustantiva o adjetiva.

¹⁰⁵ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA FEDERACIÓN, LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, jurisprudencia 34, p. 33.

criterio sentado desde hace mucho tiempo, el “paralelismo” entre la legislación federal y la local, que refiere la imposibilidad teórica de que se intersecten ambas esferas competenciales, y que impide la superioridad jerárquica de una sobre la otra.¹⁰⁶ Según dicho criterio, para determinar cuál de estas legislaciones debe prevalecer en un aspecto concreto, debe atenderse a “cuál de ellas fue emitida por la autoridad que actuó dentro de su esfera competencial, atendiendo al principio de reserva establecido en el artículo 124 constitucional”.¹⁰⁷

A grandes rasgos, ningún problema representa establecer que aquellas facultades que la Constitución otorgó exclusivamente al orden federal o al local, corresponden inequívocamente a alguno de ellos. En lo que a esto respecta el carácter del federalismo mexicano es “dual”, en el sentido clásico de esta categoría, y cobra validez el principio apuntado en el párrafo anterior.

Las dificultades sobre los límites competenciales entre uno y otro orden, y sobre todo en cuanto a la prevalencia del derecho “federal”, resultan de las llamadas “facultades concurrentes” que prevé la misma ley fundamental. En este ámbito es donde se presentan “la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia”,¹⁰⁸ dentro del sistema federal de nuestro país.

En términos generales, las llamadas facultades “concurrentes” pretenden constituir un amplio género que comprende distintas especies de atribuciones legislativas, compartidas de alguna manera por la Federación y las entidades federativas, pero en ocasiones también por los municipios y el Distrito Federal.¹⁰⁹ A decir verdad, México carece de una doctrina generalmente aceptada que explique cabalmente estas facultades, aunque en los últimos años la

¹⁰⁶ “LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN”, Tercera Sala, *ibidem*, t. I, jurisprudencia 299, p. 357.

¹⁰⁷ “JERARQUÍA NORMATIVA. ES INEXISTENTE ENTRE LAS LEYES REGLAMENTARIAS EXPEDIDAS POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN QUE SE LIMITAN A INCIDIR EN EL ÁMBITO FEDERAL Y LAS LEYES EXPEDIDAS POR LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXI, febrero de 2010, tesis P. IX/2010, p. 26.

¹⁰⁸ *Supra*, nota 91.

¹⁰⁹ *Cfr.* “FEDERACIÓN”, *cit.*, nota 89. Véase el catálogo de estas atribuciones en “FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, enero de 2002, jurisprudencia P./J. 142/2001, p. 1042.

jurisprudencia ha ido aclarando muchos puntos a su respecto; muestra de dicha falta de claridad es la equivocidad que se suscita acerca de su nomenclatura, naturaleza e implicaciones.¹¹⁰

La injerencia de cada uno de los planos estatales se distribuye por medio de una “ley general”, una regulación “marco” expedida por el Congreso de la Unión y que sienta bases en la materia correspondiente, que establece homogeneidad en cuanto a los objetivos a cumplir, y de las que partirán los ámbitos locales.¹¹¹ Existe así una superioridad jerárquica entre dicha “ley general” y las normas que de acuerdo con ella corresponda emitir a cada entidad “tomando en cuenta su realidad social”,¹¹² lo que da lugar a pensar en que en este rubro la legislación federal tendría una posición dominante.

Sin embargo, dichas leyes generales no son consideradas “federales”, sino pertenecientes al ámbito propiamente constitucional, porque “pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado”.¹¹³

¹¹⁰ Véanse Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, pp. 105 y 106; Arteaga Nava, *op. cit.*, nota 95, pp. 392 y 393; Carpizo, *op. cit.*, nota 15, pp. 241-244 (coincidiendo con Mario de la Cueva sobre la inexistencia en México de “facultades concurrentes” en el sentido alemán); Reyes Medina, Dania, “Las entidades federativas en el Estado federal y el proceso de revalorización del federalismo”, en Palacios Alcocer, Mariano (coord.), *Federalismo y relaciones intergubernamentales*, México, Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2003, pp. 350 y 351; y Pleno, controversia constitucional 12/2011, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de marzo de 2006, 1a. sección, considerando sexto, p. 76 (siguiendo el pensamiento de Carpizo sobre facultades “coincidentes” y “coexistentes”).

¹¹¹ “ASENTAMIENTOS HUMANOS. ES UNA MATERIA CONCURRENTE POR DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, jurisprudencia P./J. 15/2011, p. 886; y “PROTECCIÓN AL AMBIENTE Y PRESERVACIÓN Y RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO. ES UNA MATERIA CONCURRENTE POR DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 10a. época, lib. I, octubre de 2011, jurisprudencia P./J. 36/2011 (9a.), p. 297.

¹¹² Cfr. “EDUCACIÓN. LAS LEYES QUE EXPIDAN LOS ESTADOS Y EL DISTRITO FEDERAL EN ESTA MATERIA, DEBEN SUJETARSE A LA LEY RESPECTIVA EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 3o., FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, enero de 2002, jurisprudencia P./J. 143/2001, p. 1039; y “SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENTE EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIX, abril de 2009, tesis P. IX/2009, p. 1296.

¹¹³ Cfr. *supra*, nota 99; y “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis P. VII/2007, p. 5. Véanse Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 115-119; Matos Escobedo, Rafael, *La crisis política y jurídica del federalismo*, Xalapa, Editorial Veracruzana, 1944, p. 131; y Hoyos, Arturo, “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.),

Estas “leyes marco” se erigen en parámetro de constitucionalidad, porque su vulneración no importa una irregularidad ordinaria sino fundamental; y de tal manera se supera la “alteración en las relaciones entre las leyes”, que ocasiona “la coexistencia de un criterio constitucional de distribución de competencias cooperativo junto con el criterio federalista dual”.¹¹⁴

No obstante, por lo ya tratado en secciones precedentes, es impropio considerar que tales competencias “compartidas” sean “una excepción al principio rector del sistema federal”.¹¹⁵ A lo mejor serían una “anomalía” dentro de un federalismo dual, pero éste no es la manifestación “prístina” de dicha forma de Estado. Como muestra el caso alemán, tales facultades son características de un sistema federal “cooperativo”, y su existencia en el régimen mexicano indica que nuestra forma estatal adquirió elementos que la alejan de aquella categoría tradicional en nuestro medio, aproximándola a la última mencionada.¹¹⁶

De lo anterior es particularmente sintomático el tipo de asuntos que la Suprema Corte atiende en relación con la distribución competencial entre los distintos órdenes de gobierno del Estado mexicano. Los casos que se presentan a nuestro Máximo Tribunal tienen menos relación directa con disposiciones constitucionales, y más con elementos como los “cada vez más importantes rubros de concurrencia y coordinación”; al grado de que presenciamos que

el esquema de distribución de facultades originario ha sido *prácticamente reemplazado por otro*, en el que la variedad de tipologías de facultades, y el complejo entramado en el que se presenta, la residualidad-exclusión prevista en el artículo 124 [constitucional] ha sido superada, o resulta insuficiente, in[e]pta para resolver las problemáticas actuales.¹¹⁷

Derecho procesal constitucional, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. III, pp. 2797-2818.

¹¹⁴ Cfr. Pleno, controversia constitucional 132/2006, 10 de marzo de 2008, considerando sexto, pp. 44-46.

¹¹⁵ Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, p. 104.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, nota 91; y “SEGURIDAD PÚBLICA...”, *cit.*, nota 112.

¹¹⁷ Cfr. Hernández Chong Cuy, María Amparo, “De conflictos competenciales a controversias constitucionales. Avances y pendientes en la resolución de conflictos de competencias”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Danés Rojas, Édgar (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM-IMDPC-Congreso de Tamaulipas, 2011, pp. 153-154 y 166-167 (énfasis añadido al texto transcrito).

C. La centralización en México

En México se ha considerado el incremento de facultades por parte del poder central como un elemento desfavorable al federalismo.¹¹⁸ En el extranjero a veces se tiene una percepción dudosa acerca de nuestro federalismo y sus características nacionales.¹¹⁹ La crítica llega entre nosotros incluso al reproche:

...Tal fenómeno ha propiciado que la doctrina jurídica mexicana se empeñe en bendecir a nuestro federalismo como un sistema de “peculiaridades propias”. Criterio tan soterrado (*sic*) no puede tener otra explicación más que la de empecinarse en presentar al sistema federal mexicano bajo una benevolencia sutil y no reconocer con gallardía los problemas que con tal proceder ha causado el poder central a los estados particulares.

Por lo tanto, existe la evidencia de que estemos ante un centralismo compacto que trata de engullirse a un federalismo agrietado, hasta tal punto que se empieza a reconocer la unitarización de un sistema político mexicano que jamás ha sabido vivir como un régimen de naturaleza federal.¹²⁰

Pese a estas críticas, la configuración estatal mexicana responde como vimos a los caracteres esenciales de la forma federal: (1) división vertical en por lo menos dos planos estatales, y (2) participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal.¹²¹ Y sin calificativos, efectivamente se trata de un

¹¹⁸ Cfr. Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, p. 117; Fernández Mejía y Ávila de la Paz, *op. cit.*, nota 94, p. 183; y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 63, pp. 367 y 368.

¹¹⁹ Von Beyme expresa que “surgen dudas [en cuando a su naturaleza federal] con las ocho federaciones [que aparte de la India integran la OCDE], por lo menos en el caso de México” (*op. cit.*, nota 6, p. 33). Esta afirmación en realidad remite a Dietmar Braun quien sospecha del federalismo mexicano porque nuestro país tuvo “un régimen semiautoritario (*semi-autoritär*) por largo tiempo” (*op. cit.*, nota 21, p. 102). El comentario de este último autor parece basarse en datos anteriores a la reforma constitucional de 1994 y otras que han contribuido a la transición democrática mexicana, aportados por Daniel J. Elazar en *Exploring federalism* (Tuscaloosa-Londres, 1987, p. 43). Sobre la garantía jurisdiccional del federalismo en México, principalmente a través de la controversia constitucional, véanse varios ensayos incluidos en la obra Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006.

¹²⁰ Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 119.

¹²¹ *Supra*, nota 12.

federalismo de “peculiaridades propias”, como cualquier otro; no son iguales el federalismo norteamericano, alemán, argentino o suizo, pues todos han sido determinados por particularidades históricas, sociales y culturales que los llevaron a la configuración que mantienen *específicamente*, y a distribuir las funciones estatales del modo en que lo han hecho. Según vimos en la sección correspondiente, *no hay un “federalismo modelo”*, que aporte elementos adicionales a los esenciales que mencionamos, tan abstractos y genéricos, como guía conceptual para orientar la “corrección” de una determinada configuración estatal; todo federalismo es *sui generis* en buena medida.

Es innegable que la absorción de facultades legislativas por parte del orden federal, diluye la “dualidad” y la “diversidad”, como ha sucedido particularmente en los Estados Unidos. Pero el dual no es sino una de las categorías en que puede ubicarse un Estado dentro del amplio espectro del federalismo, dentro del cual podrá haber cercanías mayores o menores entre algunas de sus especies, mas nunca una identidad y menos sacramentalmente impuesta. En todo caso, como sucede entre nosotros, la repulsa a la centralización dentro del Estado federal o al entrelazamiento de funciones, es resultado del “prejuicio” que nos instila la tradición en que estamos insertos.¹²² Volveremos sobre este tema en una sección posterior.

Por otra parte, la “centralización” que se atribuye al federalismo mexicano, no es sólo producto de la acumulación de facultades legislativas. Se trata de un proceso mucho más complejo, “[d]ebido a múltiples factores, todos de orden político”, que han ocasionado el “predominio fáctico de la Federación en todo el país”, incluyendo el “olvido o apartamiento por parte de los gobiernos locales de

¹²² No usamos el concepto “prejuicio” con intención peyorativa sino en un sentido hermenéutico —y así sería más propio decir “precomprensión”—, como sinónimo de un bagaje de experiencias y conocimientos previos a la interpretación. Según Pedro Serna: “El prejuicio se constituye, pues, desde la tradición, desde un imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales generales, pero *esa tradición se ve modificada y enriquecida permanentemente por la comprensión de cada sujeto, orientada también por su horizonte vital personal y por el problema concreto que tiene delante*” (“Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en Serna, Pedro [dir.], *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, p. 229 [énfasis añadido]).

sus respectivas áreas competenciales”.¹²³ Entre estos otros factores catalizadores de la “centralización” en México, por lo menos a primera vista, se cuentan el presidencialismo tradicionalmente fuerte de nuestro país y el control de constitucionalidad/legalidad que han ejercido los tribunales federales hasta la resolución del caso *Radilla* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (varios 912/2010).¹²⁴

La transferencia de funciones al poder central en nuestro país se ha debido a “la realidad misma de la vida nacional”, incluyendo resabios coloniales,¹²⁵ pero asimismo en buena parte a las “necesidades actuales”, “que lo han empujado a modificarse sustancialmente”.¹²⁶ Y así, por ejemplo, es preferible tener una legislación mínimamente común en materia ambiental, de gran interés nacional, a regulaciones dispersas y carentes de orientaciones básicas.

Los retos actuales que enfrenta nuestro país, principalmente el de la globalización, hace “no muy realista” un “esquema altamente descentralizado”, sino que sea “conveniente” un “gobierno federal dotado de las competencias y de los recursos necesarios para impulsar y regular el desarrollo nacional”, bajo “una gran estrategia de fortalecimiento de las capacidades del Estado mexicano en su conjunto”.¹²⁷ Lo anterior implicaría necesariamente transitar de un federalismo rígidamente dualista, a otro “moderno” que “encarne en el plano concreto en instrumentos y mecanismos de cooperación y coordinación”;¹²⁸ algo bastante alejado de nuestra tradición histórica.

Ya con una perspectiva práctica, en nuestra opinión lo anterior significa varias cosas, atento el particular tópico sobre el que versa este apartado.

En primer lugar, la centralización legislativa por sí sola no es un atentado contra el federalismo. Si éste implica “unidad en la diversidad”,¹²⁹ tan federalista es

¹²³ Véase Martínez Báez, Antonio, “Federalismo mexicano. Situación constitucional de los Estados”, *Obras*, México, UNAM, 1994, t. I, pp. 289-291.

¹²⁴ *Cfr.* Armenta López, *op. cit.*, nota 13, pp. 116-117 y 119-120.

¹²⁵ *Cfr.* Serra Rojas, *op. cit.*, nota 1, p. 640.

¹²⁶ Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 116.

¹²⁷ Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 23, pp. 326 y 327.

¹²⁸ *Cfr.* Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 63, pp. 375 y 376.

¹²⁹ *Supra*, nota 19.

otorgar atribuciones al poder central para satisfacer mejor intereses comunes a las entidades federativas, como salvaguardar sus peculiaridades regionales.

Al hilo de lo anterior, estando a favor del plano local la presunción de competencia residual, según el artículo 124 constitucional, el otorgamiento de una facultad a las autoridades federales debe basarse en argumentos que den razón suficiente para ello, demostrando que es *proporcionado sacrificar la diversidad federal a una mayor extensión del poder central*. Esto último representaría un criterio de política legislativa, una cuestión *de lege ferenda*, para el caso de reforma constitucional; pero sería un parámetro de validez que habría de aplicar la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando analice la regularidad de una “ley general” que reparta facultades “concurrentes” u otro acto que incida en la distribución de las esferas federal y local.

Y finalmente, lo que el federalismo requiere esencialmente, a la luz del concepto amplio que suscribimos en esta investigación, es *vedar los “plenos poderes” centrales o locales*.¹³⁰ En términos abstractos y generales, sólo desnaturalizaría un sistema federal y lo haría puramente nominal, la nulificación de uno u otro orden al grado de establecer un Estado monolítico o una “colección de provincias” sin “lazo federativo” con poder de imperio. Es decir, para tener por desaparecido el sistema federal, habría de ocurrir alguno de dichos extremos; en caso contrario estaremos ante un sistema más o menos (des)centralizado, pero federal al fin y al cabo, siempre que las entidades federativas participen de alguna manera efectiva en formar la voluntad federal. Esto último es a nuestro parecer, la única consecuencia que puede sacarse del “principio federal” que prevé el artículo 40 constitucional, considerado en abstracto, sin referencia a otras disposiciones constitucionales que lo especifican.

¹³⁰ Cfr. Faya Viesca, *loc. cit.*, nota 118.

III. ARMONIZACIÓN DE LEYES PROCESALES PENALES

1. *Notas preliminares*

En las siguientes líneas analizaremos con mayor profundidad los aspectos relativos a la “armonización” y “unificación” de la legislación procesal penal en México, según definimos estos términos en el capítulo primero de este trabajo; como vías para reducir los problemas ocasionados por la actual diversidad legislativa de dicha materia jurídica. No se trata de reiterar innecesariamente lo dicho en aquella sección en que se presentaron estos temas, sino de volver sobre ellos para exponerlos con una perspectiva renovada, derivada del análisis efectuado sobre el sistema federal en las secciones posteriores a su primera exposición.

Ya se habrá advertido que comenzaremos hablando sobre la “armonización” de dicho ámbito legislativo. En nuestro concepto, dicho término alude a la homogeneidad buscada para las legislaciones penales adjetivas por virtud de ciertos “denominadores comunes”. Consideraremos tres diferentes maneras de alcanzar este objetivo: la determinación de bases constitucionales para dicha materia; la referencia a un “código modelo”; y para no dejar cabos sueltos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión establezca “bases” más precisas en esta parcela jurídica, mediante el uso de sus facultades legislativas en materia de seguridad pública.

Una sección aparte merece el tema de la “unificación” procesal penal, que corresponde al tema central de este trabajo. Entendiéndola como la expedición de un solo ordenamiento aplicable en todo el territorio nacional, esta opción pugna por la *unidad absoluta* de la legislación en la materia. Es manifiesto que esta alternativa exige una *reforma constitucional*: el Congreso de la Unión carece actualmente de autoridad para legislar en materia penal más allá de lo que se refiera a “delitos contra la Federación”, considerando como tales aquellos cuyos bienes jurídicos tutelados se relacionan con las materias que constitucionalmente corresponden a dicho plano estatal. Por esta situación, sobre este tema particular

es preciso analizar la incidencia que tendría sobre el principio constitucional federal, la atribución al Congreso de la Unión de la facultad legislativa correspondiente.

2. *Bases constitucionales*

Es indudable que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, tuvo por objeto establecer bases a las que habrían de atenerse todas las legislaturas mexicanas, para renovar el sistema de justicia penal y en particular establecer los “juicios orales”. Varias de las iniciativas que originaron dicha modificación constitucional expresan esencialmente ese objetivo,¹³¹ y aunque no existieran estos pronunciamientos el mismo podría fácilmente inferirse de la propia naturaleza constitucional.

En un Estado federal la Constitución es un común denominador que sirve de referencia normativa para todos los órdenes jurídicos parciales que lo integran. La ley fundamental prevé explícita o implícitamente un “mandato de homogeneidad”,¹³² en virtud del cual la discrecionalidad de los poderes constituidos se halla más o menos restringida por las disposiciones que aquella consigna, a las cuales debe conformarse su actuación. Esta subordinación a la ley suprema por parte del orden federal y sobre todo de los locales, impone normativamente cierta uniformidad básica al sistema jurídico integralmente considerado, y construye algún grado de unidad entre dichos planos estatales.¹³³ Se trata de una “descentralización imperfecta”, usando la terminología de Kelsen, en cuanto la Constitución general tiene injerencia en la actividad de las entidades federativas, y su sola reforma repercute necesariamente en los ordenamientos locales por incrementar o reducir su competencia.¹³⁴

¹³¹ Véanse las iniciativas presentadas por el diputado César Camacho Quiroz (19 de diciembre de 2006, p. 13), el diputado Javier González Garza (23 de abril de 2007, p. 40) y el Presidente Felipe Calderón (9 de marzo de 2007, p. 84). Las páginas citadas corresponden a la ubicación de la correspondiente referencia a la iniciativa respectiva, según el documento relativo al proceso legislativo de la indicada reforma constitucional, consultable en <<http://bit.ly/duCh9Z>>.

¹³² *Supra*, nota 81.

¹³³ *Cfr.* Faya Viesca, *op. cit.*, nota 9, pp. 19 y 158; y Renzsch *et al.*, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

¹³⁴ Mouskheli, *op. cit.*, nota 5, pp. 272-275.

Los preceptos constitucionales referentes al proceso penal “armonizan” actualmente esta materia en todos los órdenes jurídicos que participan en el Estado mexicano. No queda opción para los legisladores sino establecer un proceso penal regido por el sistema “acusatorio y oral”, bajo “los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”, y demás especificaciones de la ley fundamental. Lo que antes de esta reforma era opcional hasta cierto punto para las entidades federativas, como fueron los entonces excepcionales casos de Chihuahua y Nuevo León, ahora les resulta imperativo; y esta comunidad de elementos que sus legislaturas han de adoptar, ocasiona en alguna medida la convergencia de sus sistemas jurídicos. Existe entonces alguna armonización en el proceso penal mexicano, por lo menos en un grado de expectativa, considerando que no todas las entidades de la Federación han implementado la legislación correspondiente, o no lo han hecho con plena efectividad para la totalidad de su jurisdicción territorial.

Se ha considerado esta alternativa de armonización como la adecuada “en el marco del federalismo mexicano”, y se le atribuye la ventaja que se le atribuye en este aspecto es que marca la “ruta a seguir”, manteniendo “[l]a diversidad legislativa propia del Estado federal”, sin imponer “una camisa de fuerza a las entidades federativas”.¹³⁵ Esta opinión particular se basa obviamente en una perspectiva tradicional sobre nuestro federalismo, al concebirlo con carácter necesariamente dual y estimar positivamente la variedad que pueden imprimirle las legislaciones locales, sin profundizar sobre las implicaciones de este principio, ni contrastarlo con otras posibles manifestaciones del federalismo. Por tal razón no la tenemos por concluyente sobre el tema, sino más bien como expresión del *statu quo* de las implicaciones *actuales* de dicho principio constitucional en relación con el ámbito penal.

La armonización que impone la Constitución no comporta la óptima satisfacción de sus “principios”. Entendiendo éstos de acuerdo con la teoría constitucional actualmente aceptada como determinados objetivos prescritos en

¹³⁵ Carbonell, Miguel, y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2010, pp. 84 y 85.

abstracto por la ley fundamental, no admiten un cumplimiento categórico sino importan un “mandato de optimización”, por lo que pueden satisfacerse de manera variable pero obligadamente “óptima” según las circunstancias materiales y jurídicas.¹³⁶ Este máximo grado de satisfacción puede o no alcanzarse por cada legislación particular.

Por la influencia normativa de la Constitución, en cuanto se apeguen en algún grado a las normas fundamentales, las diversas legislaciones pueden satisfacer los objetivos que dichos preceptos disponen para la regulación del proceso penal; pero nada asegura que lo hagan en la medida que les otorguen la máxima eficacia posible, como corresponde a su naturaleza. Claro que existen disposiciones que tienen el carácter de “reglas” y no admiten más que su observancia categórica, por ejemplo: el plazo de 72 horas que prevé el artículo 19 constitucional para dictar el auto de vinculación a proceso, se cumple o no, sin grados intermedios; pero otras disposiciones constitucionales que rigen la materia procesal penal, establecen determinados fines o se expresan en términos muy abiertos, que permiten a primera vista muy diversas modalidades para satisfacerlos; y esta indeterminación se produce de manera relevante con los principios fundamentales del proceso penal, que expresa el primer párrafo del artículo 20 de la Constitución.¹³⁷

La indeterminación del lenguaje que en la mayoría de las veces utiliza la Constitución, no sólo da lugar a varias soluciones a una misma cuestión interpretativa —incluso a difíciles colisiones entre principios constitucionales—, aunque sólo una de ella deba prevalecer por resultar la que “optimiza” los principios normativos en juego. También implica la *autorización* del Constituyente

¹³⁶ En la doctrina constitucional iberoamericana existe un amplio reconocimiento a tomar como modelo la “teoría de los principios” de Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, Alemania; la cual se halla específicamente referida a los derechos fundamentales mas no limitada a ellos. Dicho autor se explicó primordialmente en su *Teoría de los derechos fundamentales* (2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008). Sobre la recepción jurisprudencial en México de esta teoría, véanse “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P. XII/2011, p. 23; y *supra*, nota 111.

¹³⁷ Véase “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. LIX/2007, p. 632.

para que sea su intérprete (legislativo o judicial) quien con razonable pero *amplia discrecionalidad* otorgue contenido a su texto.¹³⁸

Las diferentes lecturas que los legisladores ordinarios y aun los operadores judiciales den a las disposiciones fundamentales, bien puede traer la diversidad que reclama el federalismo; pero una que tiene el riesgo de incurrir en la *inconstitucionalidad*, porque en uso de su autorizada discrecionalidad aquéllos podrían no cumplir los principios que prevé la ley suprema con la debida plenitud, aunque los satisfagan en alguna medida. Si un principio constitucional es observado en un grado inferior —así sea inmediato— al máximo posible de acuerdo con las circunstancias fácticas y normativas, se incumple el “mandato de optimización” que le subyace y se le contraviene; no obstante que dicho cumplimiento parcial lo armonice con las demás legislaciones.

Y por otra parte, dada la naturaleza de la Constitución, es impensable que la referida armonización pudiera lograrse integrando en ella numerosas disposiciones detalladas en materia procesal penal. En tal hipótesis, la ley fundamental perdería tal calidad porque ya no “disciplin[aría] la producción normativa”,¹³⁹ sino que consistiría en ella de manera desproporcionada, dejando poco o nada al legislador ordinario. Así, la Constitución se desnaturalizaría y “se convertiría prácticamente en un código [...] procesal penal”,¹⁴⁰ lo cual tendría muy importantes consecuencias de orden jurídico y político.

En resumen, la formulación constitucional de bases y directrices generales para el proceso penal, y en general cualquier materia, impone un determinado grado de homogeneidad entre las legislaciones de la materia, mas no garantiza dentro que satisfagan cabalmente, en justa medida, aquellos principios constitucionales. Especialmente, esta opción no asegura una adecuada solución para los conflictos que pudieran presentarse entre dichas normas, en los que es

¹³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 136.

¹³⁹ Cfr. Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 165.

¹⁴⁰ Ozuna Solsona, Rodrigo Arturo, “Por una política criminal coherente, unificada e integral: Codificación penal única”, en Fundación Miguel Estrada Iturbide, *Investigar para legislar*, México, Tatevari, 2009, p. 68.

preciso determinar sus alcances precisos en situaciones específicas e imprevistas por el Constituyente.

3. *Legislación modelo*

La creación de un “código modelo” cuyas disposiciones pudieran adoptar los órdenes federal y locales, es una de las alternativas que junto a la reforma constitucional para tal efecto, se contemplaron para lograr una legislación uniforme en materia procesal, no solamente limitada al ámbito penal. Esta cuestión formó parte de la Consulta Nacional¹⁴¹ que auspició la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2003.¹⁴²

En los últimos años, sobre todo a raíz de la reforma constitucional de 2008 hemos visto proyectos de “legislación modelo” de diversa procedencia:

- La propuesta de “códigos tipo” para los aspectos sustantivo y adjetivo de la materia penal, formulada en 2004 por integrantes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México;¹⁴³
- El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, avalado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRI);¹⁴⁴ y finalmente
- La iniciativa para un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales que formuló el Presidente de la República el 21 de septiembre de

¹⁴¹ Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano.

¹⁴² Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, pp. 94 y 178.

¹⁴³ Véase Adato Green, Victoria, *et al.*, *Código penal y código de procedimientos penales modelo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. XXIV y XXV.

¹⁴⁴ <<http://bit.ly/uS09tm>>.

2011,¹⁴⁵ producto de la labor conjunta de diversas instancias del Gobierno Federal y que consideró “las buenas prácticas y resultados” de las legislaciones existentes en la materia,¹⁴⁶ la cual podría emplearse como “tipo” para la legislación local.¹⁴⁷

La opción de un “código modelo” posee la indudable ventaja de que sortea la necesidad de una reforma constitucional para armonizar las legislaciones procesales penales, puesto que el legislador federal y sobre todo los de las entidades federativas, en ejercicio de su propia autonomía, adoptarían las disposiciones que el proyecto correspondiente sugiere. Tal es a nuestro parecer la desventaja de esta solución: para las legislaturas es *meramente optativa*, no vinculante.

Los “códigos modelo” son una mera propuesta que se somete a la voluntad de los legisladores; por tal razón, ellos no garantizan una adecuada armonización entre los ordenamientos, y ni siquiera asegura que ésta se produzca en algún grado. Las asambleas parlamentarias pueden o no adherirse al proyecto de que se trate, también pueden hacerlo de modo parcial e incluso modificando sus términos de manera más o menos significativa; todo queda al libre arbitrio de las legislaturas. Esta situación de incertidumbre no sólo es probable sino que la muestra la experiencia norteamericana: ha carecido de plena aceptación el código penal modelo que el *American Law Institute* publicó en 1962.¹⁴⁸

Este problema no significa que tales empeños sean vanos. Los “códigos modelo” y los comentarios que se vierten a su respecto inspiran muchas reformas, tienen una gran utilidad académica y pueden incluso llegar a ser judicialmente decisivos.¹⁴⁹ Su inconveniente es que su adopción no es obligatoria, y por consiguiente no asegura la uniformidad de las legislaciones correspondientes,

¹⁴⁵ <<http://www.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFPP.pdf>>.

¹⁴⁶ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, núm. 3353-II, 22 de septiembre de 2011, p. 4; consultable en <<http://bit.ly/yz9ag>>.

¹⁴⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2011, p. 174.

¹⁴⁸ Robinson, Paul H., y Dubber, Markus Dirk, *An introduction to the Model Penal Code*, 12 de marzo de 1999, <<http://bit.ly/eTfYcO>>, p. 1.

¹⁴⁹ Véase *ibidem*, pp. 5-8.

tampoco el grado en que ella se daría ni su corrección. La armonización legislativa no es buscada gratuitamente, sino porque se estima valiosa y sobre todo indispensable —atento el esfuerzo que implica alterar el *statu quo*—; el riesgo de que ese objetivo no se logre, conlleva la posibilidad de que no se satisfagan las necesidades que dieron lugar a su planteamiento, o no sean resueltas a cabalidad.

4. “Bases” de “coordinación”

Otra alternativa hipotética con que podría buscarse la uniformidad legislativa en materia procesal penal, es usar la facultad que otorgan al Congreso de la Unión el artículo 73, fracción XXIII, constitucional. Según este precepto, el Congreso de la Unión puede “expedir leyes que establezcan las bases de coordinación [en materia de seguridad pública] entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios”.

La “seguridad pública” es un concepto vago que tiene múltiples facetas y especies que se subsumen en él. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación se trata de una

*actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, [que] incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad de custodia del bien jurídico así definido.*¹⁵⁰

La “seguridad pública” tiene una íntima relación con derecho penal; muchas de las disposiciones de esta materia tienen por objeto proteger bienes correspondientes a las personas y sus bienes. El orden jurídico mexicano va más allá y considera que dicha función “comprende la prevención de los delitos”, al

¹⁵⁰ Controversia constitucional 132/2006, *cit.*, nota 114, considerando sexto, p. 52 (énfasis añadido). Esencialmente en el mismo sentido: Serra Rojas, Andrés, *Diccionario de ciencia política*, 2a. ed., México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, t. II, voz: “seguridad pública”; y Orozco Henríquez, José de Jesús, “Seguridad nacional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2009, t. II, p. 1252.

igual que “la investigación y persecución para hacerla efectiva”;¹⁵¹ sin distinguir entre especies delictivas, todas las cuales de una u otra manera tienden a salvaguardar “la tranquilidad y el orden ciudadano”.

Podría pensarse entonces que la referida facultad legislativa autorizaría al Congreso de la Unión, a emitir disposiciones que tiendan a la armonización de los procesos penales, toda vez que la “seguridad pública” es una materia en que hay “conurrencia”.¹⁵² Según este punto de vista, lo anterior podría hacerse prescribiendo a través de una ley “general” o “marco” determinados procedimientos, que desarrollen y completen las normas constitucionales correspondientes; que se pretendería que fueran vinculantes para todas las entidades federativas, y por supuesto también para las autoridades federales.

Este razonamiento no es nuevo. Fue empleado en el dictamen que la Comisión de Equidad y Género de la Cámara de Senadores elaboró el 28 de abril de 2005 en el procedimiento legislativo del que resultó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuyo artículo 33 obliga a las “autoridades jurisdiccionales” a valorar y determinar diversas medidas “con motivo de los juicios o procesos [...] en materia civil, familiar o penal”. Dicho dictamen sugiere que la facultad del Congreso de la Unión para expedir “leyes que establezcan las bases de coordinación [...] en materia de seguridad pública”, autoriza a dicha legislatura a crear “un marco normativo que establezca las bases para la coordinación de la federación, Estados y Municipios en materia de [...] violencia contra las mujeres y las niñas”.¹⁵³

Sin embargo, la competencia que el artículo 73, fracción XXIII, constitucional otorga al legislador federal, no parece bastar para uniformar y ni siquiera para armonizar en grado suficiente la legislación procesal penal de nuestro país. Dicha atribución está acotada por dos importantes conceptos, que limitan los alcances de la facultad legislativa federal: (1) el dictado de “bases” y (2) su inmediata relación con la “*coordinación*” en materia de seguridad pública.

¹⁵¹ Artículos 21, párrafo noveno, constitucional; y 2o., párrafo primero, de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública

¹⁵² “SEGURIDAD PÚBLICA...”, *cit.*, nota 112.

¹⁵³ Página 61 (correspondiente al documento relativo al procedimiento legislativo de la indicada ley, consultable en <<http://bit.ly/vmL5MH>>).

Las leyes generales que organizan las facultades concurrentes como la que nos ocupa, sientan “bases para [la] regulación” de su objeto, de ahí que sólo sean una “plataforma mínima” y que deban “no pretende[r] agotar la regulación de la materia respectiva”.¹⁵⁴ Los límites de las “leyes marco” han sido estudiados en diversas ocasiones por la Suprema Corte, con relación a las leyes estatales que determinan las “bases” —mismo término que el usado por el texto constitucional que ahora examinamos— de la administración municipal. Al pronunciarse sobre este último tema, el Máximo Tribunal emitió opiniones —que consideramos esencialmente aplicables a nuestra actual materia— en el sentido de que dichas bases deben regular “funciones esenciales” y no “cuestiones específicas” que ya competen a los respectivos ayuntamientos,¹⁵⁵ y de que pese a que dichas leyes están “destinadas a conferir un marco normativo homogéneo”, no les corresponde determinar “funciones en particular”.¹⁵⁶

Excepcionalmente, las “leyes generales” como las que puede dictar el Congreso federal en materia de seguridad pública, deben aportar *sólo un “marco” y no el “detalle”* de su objeto, pues de lo contrario dicha legislatura ya haría suyas atribuciones de otros órdenes.¹⁵⁷ El problema de lo anterior para la uniformidad de la legislación penal, es que la correspondiente “ley general” requería un grado de concretización que muchas veces se adentrará en el prohibido “detalle”, o que por lo menos levantaría dudas sobre su naturaleza de “marco”. Es casi imperceptible la línea que demarca las atribuciones del Congreso de la Unión para tal efecto, y

¹⁵⁴ “LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXI, febrero de 2010, jurisprudencia P./J. 5/2010, p. 2322.

¹⁵⁵ “LEYES ESTATALES EN MATERIA MUNICIPAL. OBJETIVO Y ALCANCES DE LAS BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, octubre de 2005, jurisprudencia P./J. 129/2005, p. 2067.

¹⁵⁶ “BASES GENERALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL. UNA NORMA ESTATAL QUE DISTRIBUYE LAS FUNCIONES DE LOS SÍNDICOS MUNICIPALES ENTRE LOS EXISTENTES Y ESTABLECE SI SON DE EJERCICIO SEPARADO O INDISTINTO REBASA SU ÁMBITO LEGÍTIMO E INVADE LO RESERVADO CONSTITUCIONALMENTE A LOS REGLAMENTOS MUNICIPALES”, Pleno, *idem*, 10a. época, lib. I, octubre de 2011, tesis P. XXXII/2011 (9a.), p. 597.

¹⁵⁷ Como sucedió en Alemania, situación detonante de que en 2006 ese país aboliera la “legislación marco (*Rahmengesetzgebung*)”, según sugieren Sturm y Zimmermann-Steinhart, *op. cit.*, nota 11, p. 192; Schlüter, *op. cit.*, nota 12, p. 64; y Martín Vida, María Ángeles, “La reforma del federalismo alemán. Una visión general”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 28, 2006, p. 344.

así sostenerlas puede resultar embarazoso si no es que jurídicamente imposible,¹⁵⁸ lo que haría sumamente impugnables las disposiciones respectivas. Tal vaguedad sobre la “delimitación” de las facultades concurrentes de los distintos órdenes de gobierno, que se supondría inmanente en la Constitución, es uno de los problemas de este tipo de distribución de facultades, y su “ejemplo quizá más cotidiano” sería precisamente la “seguridad pública”.¹⁵⁹

En nuestro concepto, sería imprudente que el Congreso de la Unión buscase unilateralmente dicha homogeneidad del proceso penal (íntegramente considerado, y no limitado a un ámbito relativamente específico, como fue el caso de la legislación tutelar femenina). Esto porque corre un gran riesgo de incurrir aun inadvertidamente en la inconstitucionalidad, y se expone a múltiples *demandas ante la Suprema Corte que tendrían probabilidad de prosperar* —incluso por la tradición del federalismo mexicano—, dado que dicha legislación incidiría en un importante y sensible ámbito competencial de las entidades federativas.¹⁶⁰

Los argumentos anteriores bastarían para colocarnos en una posición atenta a los límites constitucionales y al principio de lealtad federal,¹⁶¹ para desaconsejar la homogeneización procesal penal con base en las facultades del Congreso de la Unión para dar bases para la coordinación en materia de seguridad pública. Pero no está de más considerar otras perspectivas adyacentes, y a este último propósito sirve reflexionar sobre los alcances de la “coordinación” a que se refiere el artículo 73, fracción XXIII, constitucional.

A este término se le pueden dar dos diferentes interpretaciones: una amplia y otra estricta. La primera consideraría que parte de la “coordinación” para lograr una “política coherente” en materia de seguridad pública, comportaría que el Congreso de la Unión expidiera una legislación procesal penal aplicable a todo orden estatal. La segunda lectura, apegada por cierto al concepto natural del término, va en el sentido de que las atribuciones del Congreso federal sólo alcanzan a sentar bases para “[c]oncertar medios, esfuerzos, etc., para una acción

¹⁵⁸ Véase *supra*, nota 46.

¹⁵⁹ Hernández Chong Cuy, *op. cit.*, nota 117, p. 173.

¹⁶⁰ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, pp. 26 y 27.

¹⁶¹ Véase *infra*, nota 209.

común”;¹⁶² y no todos los actos y procedimientos penales son “comunes” para la autoridad federal y las locales, sino sólo aquellos en que se exigiría la participación conjunta de varias entidades; no puede estimarse “común”, por ejemplo, la persecución de delitos cuya realización y efectos se circunscribe a un solo territorio o ámbito competencial.

La exposición de motivos que originó la reforma constitucional que estableció esta competencia del Congreso de la Unión, arroja muy poca luz pues sus términos son ambiguos al ser aplicables a favor de ambas opciones, aunque su énfasis en el “federalismo” insinúa mantener y reforzar la autonomía legislativa de las entidades federativas.¹⁶³ Pero lo decisivo para este problema interpretativo, en nuestro concepto, es la opinión que emitió la Suprema Corte en el sentido de que

al inscribirse la seguridad pública en el federalismo cooperativo, la coordinación que establezca la ley emitida al efecto por el Congreso de la Unión no puede limitarse a una coordinación de autoridades policiales o administrativas, sino que también incluye a las *autoridades legislativas*.¹⁶⁴

Aparte de lo expresado sobre la naturaleza de las “leyes generales”, este último pasaje jurisprudencial nos indica que el artículo 73, fracción XXIII, constitucional de manera precisa no autoriza al Congreso de la Unión a sustituir a los locales. La “coordinación” en materia de “seguridad pública”, de acuerdo a lo que implica dicho precepto de la ley fundamental, exige un ámbito que corresponde a las legislaturas de las entidades federativas, y el cual por cierto debe ser muy amplio pues la legislatura federal sólo puede establecer “bases” para el objeto indicado.

La facultad del Congreso de la Unión para emitir una “ley marco” que sienta las “bases” de la “coordinación” de todos los ámbitos de gobierno en materia de “seguridad pública”, no basta para armonizar y menos uniformar la legislación

¹⁶² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, voz: “coordinar” (énfasis añadido).

¹⁶³ Una sección relevante de dicha iniciativa se transcribió en la controversia constitucional 132/2006, *cit.*, nota 114, considerando sexto, pp. 49-51.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 51-52.

penal adjetiva. Los alcances de esta atribución son oscuros y en su ejercicio se corre un elevado riesgo de que la legislatura federal invada la esfera competencial de las entidades federativas.

IV. LEGISLACIÓN PENAL UNIFICADA

1. *Una añeja propuesta*

De ninguna manera es nueva la idea de que México debe tener un solo *corpus iuris* que regule el proceso penal. Tampoco es innovadora la misma iniciativa para el ámbito sustantivo del derecho penal, ni su extensión a otras materias como la civil. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹⁶⁵ y Salvador Valencia Carmona¹⁶⁶ reportan que son varios los estudios que se pronuncian en esta dirección, y asimismo diverso su enfoque sobre la extensión de dicha unificación. Las fechas en que aparecieron los trabajos que refieren los mencionados autores, indican que este planteamiento se hizo por primera vez al menos hace setenta años aproximadamente, sin considerar la propuesta formulada en 1936 por el Presidente Cárdenas específicamente relativa a la materia procesal penal.¹⁶⁷

Por su perspectiva específica es importante para el campo penal, la opinión que al menos desde 1940 sostuvo Raúl Carrancá y Trujillo sobre la necesidad de unificar la legislación penal mexicana.¹⁶⁸ Para este autor, sobre cuya postura abundaremos posteriormente, una síntesis adecuada de la “tesis unitaria colonial” que México vivió hasta 1869 y “la antítesis pluralista contemporánea” es resolverse por “una y la misma legislación penal aplicable a toda la República

¹⁶⁵ “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 280, n. 54.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, nota 63, p. 369, n. 18.

¹⁶⁷ Vizcaíno Zamora, Álvaro, *Hacia la unificación de la legislación penal en México*, <<http://bit.ly/uYECu5>>.

¹⁶⁸ De acuerdo con el año de publicación de su estudio dedicado especialmente a este tema, indicado *supra*, nota 165: “La unificación de la legislación penal mexicana”, México, *Criminalia*, año VII, núm. 4, 1o. de diciembre de 1940 (se cita por la transcripción parcial y su referencia en Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, p. 37).

Mexicana, pero elaborada con técnica moderna”.¹⁶⁹ No es claro si esta propuesta se refiere sólo al aspecto sustantivo de esta materia jurídica, o si en el concepto de “legislación penal” su autor comprende asimismo el lado adjetivo; pero aun si solamente aludiera a la primera faceta, sus argumentos serían esencialmente válidos para el problema que actualmente nos ocupa, pues ambos aspectos del derecho penal enfrentan para su unificación la misma causa de rechazo: una visión tradicional de nuestro federalismo, que preconiza la diversidad (cuantitativa y cualitativa) en la materia por sendos ordenamientos que expidan las legislaturas que integran el Estado mexicano.

Aparte del indicado autor, otros penalistas de renombre han defendido la tesis de la unificación legislativa penal. Entre éstos se cuentan Ricardo Franco Guzmán y Luis Jiménez de Asúa.¹⁷⁰

La cuestión fue puesta de relieve en los últimos años, en el contexto de una amplia reflexión sobre el proceso penal en México, cuya vía más representativa es la que culminó con la reforma constitucional de 2008. El origen de estas recientes propuestas es diverso; a continuación las referiremos en orden cronológico:

- (1) El 4 de noviembre de 2003, el grupo parlamentario Convergencia de la Cámara de Diputados presentó iniciativas tendientes a la instauración de códigos únicos en materia penal “sustantiva y procesal”, y a implementar otras reformas que las mismas consideraron adecuadas;¹⁷¹
- (2) En 2006 la Consulta Nacional para una Reforma del Sistema de Justicia dio como resultado un “amplio consenso” sobre la necesidad de unificar la legislación procesal e incluso la sustantiva, no sólo en materia penal sino también en otros campos jurídicos;¹⁷²

¹⁶⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 17a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 147 y 148.

¹⁷⁰ Ozuna Solsona, *op. cit.*, nota 140, pp. 70 y 71.

¹⁷¹ Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria*, año VI, núm. 1367, 5 de noviembre de 2003, anexos II y III; consultable en <<http://gaceta.diputados.gob.mx>>.

¹⁷² Caballero Juárez *et al.*, *op. cit.*, nota 142, pp. 94 y 177.

- (3) En marzo de 2007 el Presidente de la República presentó a la Cámara de Senadores una iniciativa que proponía una amplia modificación en materia procesal penal, principalmente para establecer los “juicios orales”, que junto con otras desembocaría en la reforma constitucional de 2008.¹⁷³ Entre otros aspectos, esta iniciativa se pronunció por una necesaria reforma a la fracción XXI del artículo 73 constitucional, con el fin de otorgar facultades al Congreso de la Unión para “crear un solo ordenamiento en materia penal y procedimental penal”.

En la sección siguiente analizaremos los argumentos favorables a dicha propuesta; enseguida nos ocuparemos de la que llamamos “objeción tradicionalista” que siempre se ha opuesto a la unificación legislativa. Con este procedimiento intentamos una dialéctica que diera objetividad a nuestro análisis, por contar los elementos que respectivamente apoyan dichas posturas, para comprobar o rechazar la hipótesis que nos planteamos al inicio de esta investigación.

2. *Argumentos favorables*

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien tal vez sea el académico más empeñado en la unificación legislativa, las siguientes son razones suficientes para abandonar la diversidad de leyes procesales, mismas que consideramos según su relieve y posible validez actual:¹⁷⁴

- (1) Aparte de los inconvenientes desde el punto de vista interno, la pluralidad procesal ocasiona dificultades para las *relaciones*

¹⁷³ *Gaceta del Senado de la República*, 13 de marzo de 2007, núm. 77, <<http://bit.ly/uPyPU0>>. También puede consultarse el texto de dicha iniciativa en la compilación del proceso legislativo de la indicada reforma constitucional (pp. 82-79), consultable en <<http://bit.ly/duCh9Z>>.

¹⁷⁴ Para evitar una prolija cantidad de notas, referiremos en el texto principal las páginas correspondientes al trabajo de este autor, que hemos citado en la nota 165 anterior.

internacionales, pues propicia que se adopten “soluciones dispares” o se desconozcan los tratados correspondientes (pp. 274 y 275);

- (2) La diversidad legislativa *complica la impartición de justicia*, dado el número ingente de disposiciones que la misma ha de tomar en cuenta; la unificación reduciría a “sólo 5” las casi dos centenas de cuerpos normativos existentes, y a unos pocos los muchos millares de disposiciones que contienen. Esta multiplicidad es capaz de ocasionar “*desigualdades manifiestas*” en los diversos ordenamientos y “*dificulta[r] su acertada renovación*”, considerando que “lo interesante [...] no es soportar muchos códigos malos, sino disponer de uno bueno para cada sector jurídico” (cfr. pp. 277-279, 297-298 y 302-303);
- (3) La unificación legislativa puede llevar —como en Brasil¹⁷⁵— a un “progreso extraordinario de [la] doctrina científica”, puesto que de la manera contraria difícilmente se producirán análisis académicos de calidad en torno a códigos locales, además de que difícilmente se conocerá a fondo la materia correspondiente (cfr. 298-299 y 302);¹⁷⁶
- (4) La “simplificación” es una tendencia general en materia procesal (p. 299);
- (5) Si la legislación procesal mercantil y laboral son nacionales en México, “no se comprende” por qué la civil que se vincula con ellas no pudiera serlo (pp. 301 y 302);¹⁷⁷

¹⁷⁵ País en el que no obstante ser federalista “existe sólo un Código Penal”, según Franco Guzmán, Ricardo, “La necesidad de unificar la legislación penal en toda la República”, en Peñaloza, Pedro José, y Garza Salinas, Mario A. (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, UNAM-UIA-PGR, 2002, p. 79.

¹⁷⁶ Como se recordará, esencialmente éste fue uno de los motivos más llamativos por los que Suiza resolvió unificar su legislación procesal penal, luego de siglos de reticencia. Véase *Bundesblatt*, núm. 5, 7 de febrero de 2006, <<http://bit.ly/ruEekt>>, p. 1098.

¹⁷⁷ Esta opinión es similar a la sostenida en la referida iniciativa presidencial correspondiente a la materia penal, a la cual remite Vizcaíno Zamora, *op. cit.*, nota 167.

- (6) Una razón que abona particularmente a favor de la unificación de la legislación *procesal*, es que se dirige a un sector *profesional* muy específico (abogados, jueces y otras autoridades), no a la población en general; ésta no vive cotidianamente el sentido de las disposiciones adjetivas (p. 302);
- (7) La coincidencia por su “común raíz hispánica” entre los códigos procesales mexicanos es una “razón de más” para su unificación, pues nada se gana con que un mismo concepto sea referido con diversos términos en varias legislaciones, hablando en particular para la calidad federal del Estado mexicano (*cfr.* pp. 302 y 303);
- (8) La “unificación jurisprudencial” se dificultaría “sobremanera” por las divergente orientaciones entre las legislaciones existentes (p. 304); y
- (9) La organización judicial y la legislación procesal que ésta aplica son aspectos “escindibles”, pues un mismo código puede ser aplicado por jurisdicciones diferentes, lo que permitiría a las entidades federativas retener su jurisdicción (*cfr.* pp. 304 y 305).

Hablando ya propiamente dentro del ámbito penal, Carrancá y Trujillo propuso la unificación legislativa basado en las siguientes razones, con la idea general de que “el aislamiento territorial, que otrora hizo fácil la idea federalista, puede decirse que ha desaparecido”:¹⁷⁸

- (1) Considerando que “el delito traspasa fronteras”, el “juego contradictorio de instituciones jurídico-penales” sirve a la impunidad de la delincuencia;

¹⁷⁸ *Cfr.* Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *op. cit.*, nota 169, pp. 145-149.

- (2) El estudio comparativo de la legislación penal aparece a veces como una “teratología jurídica” por la precipitación y el desconocimiento de la técnica legislativa penal con que se elaboran algunos códigos;
- (3) Haciendo caso de Luis Jiménez de Asúa, reconocer a los Estados la competencia legislativa en materia de delitos y penas da lugar a un “extremoso federalismo”. Una misma legislación penal “aplicable a toda la República Mexicana, pero elaborada con técnica moderna”, constituye una síntesis entre el unitarismo colonial y la gran diversidad actual, pues la “legislación unitaria no está reñida con las particularidades ofrecidas por las diversas regiones de la República, sino que puede recogerlas todas mediante fórmulas generales, de amplio valor normativo”; y
- (4) Toda vez que (entonces) muchas entidades federativas habían adoptado “en lo esencial” el Código Penal del Distrito Federal de 1931, se ha trazado el camino para la “relativa unificación”, el cual incluso se encuentra “hasta largamente recorrido”.

Resumiendo, los motivos que se tienen para propugnar la unificación legislativa, sea sustantiva o procesal, es que se le considera la solución de los problemas de la diversidad de los ordenamientos jurídicos, a la cual se atribuye que

dificulta la coordinación entre autoridades, motiva criterios de interpretación judicial contradictorios, posibilita que conductas idénticas sean tipificadas de forma diversa, permite criterios de punibilidad que establecen mínimos y máximos divergentes para un mismo tipo penal en distintas entidades federativas y, en suma, contribuye a la impunidad.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Vizcaíno Zamora, *op. cit.*, nota 167.

3. *La objeción tradicionalista*

A. *Exposición*

Al parecer, el único reparo que se ha hecho a la alternativa de unificar la legislación procesal penal, y en su caso la sustantiva, se basa en la preservación del federalismo que establece la Constitución. La premisa en que se basa este rechazo es la siguiente: “si la unificación de las leyes (procesales) reduce la competencia de los órdenes locales, es contraria al federalismo y por tanto no puede adoptarse sin desnaturalizar una “decisión política fundamental” de la Constitución”. Se trata de una réplica de orden *político* y no jurídico,¹⁸⁰ pues comporta la adecuada reforma de las normas fundamentales correspondientes.

Generalmente, esta objeción ha bastado para clausurar la discusión sobre la unificación legislativa de materias tradicionalmente otorgadas a las entidades federativas, como la penal y la civil. Esto ha impedido una amplia discusión de fondo sobre los fundamentos materiales de la unificación legislativa y las ventajas con que se relaciona, o sea sobre si en verdad dicha unificación posee las virtudes que se le atribuyen y si vale la pena alcanzarlas. Más aún: pese a la convicción que en ocasiones se ha tenido sobre las bondades de la unificación legislativa, la idea de mantener intacta la esfera competencial de las entidades locales y supuestamente con ello al federalismo; ha llevado a rechazarla y buscar alternativas a ella como los “códigos modelo”.¹⁸¹

Ejemplo claro de esto último fue el debate que siguió a la presentación de la referida ponencia de Alcalá-Zamora y Castillo. Los participantes del congreso en que se analizó dicha propuesta, votaron unánimemente o casi: (1) a favor de la conveniencia de “que existan códigos procesales *únicos*, tanto [en materia] civil como penal”; (2) contra una “reforma constitucional que faculte al Congreso General [...] para expedir tales códigos únicos”; (3) a favor de la conveniencia de “llegar a la uniformidad de los códigos procesales por la expedición que haga cada

¹⁸⁰ Véase Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 165, pp. 296 y 297.

¹⁸¹ *Cfr.* Caballero Juárez *et al.*, *loc. cit.*, nota 172.

entidad federativa de códigos procesales *iguales*"; y (4) a favor de "recom[endar] que profesores y profesionales del Derecho creen un clima favorable para el medio de unificación aprobado".¹⁸² Bajo el antepenúltimo epígrafe de este trabajo comentaremos las implicaciones de este consenso.

Es evidente que esta objeción se ubica en una perspectiva *dualista tradicional* sobre esta forma estatal. A partir de este punto de vista, la misma se desarrolla en dos vertientes acerca de mantener dentro de la esfera competencial de las entidades federativas la facultad para legislar en materia penal, y específicamente en su aspecto procesal:

- (1) Importa "reconocer las particularidades de cada región y la soberanía de los Estados";¹⁸³ y especialmente
- (2) Evitar la merma de la competencia de las entidades federativas, y además en relación con una materia que les resulta significativa.¹⁸⁴

Con base en lo anterior, generalmente se opina que la unificación legislativa en materia penal u otras corresponde a una "tendencia centralista" que hasta "prostituir[ía] el concepto *prístino y auténtico* del federalismo, empujándolo lenta y mañosamente al terreno del centralismo".¹⁸⁵

En la siguiente sección plantearemos las consideraciones que responden a estas vertientes, a la luz del análisis que efectuamos sobre el federalismo mexicano en secciones anteriores. Con ellas intentaremos responder la hipótesis central de que partió esta investigación.

¹⁸² VV.AA., "Debate sobre la unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 345 (énfasis añadido).

¹⁸³ Caballero Juárez *et al.*, *op. cit.*, nota 142, p. 177.

¹⁸⁴ *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 165, p. 297; Matos Escobedo, *op. cit.*, nota 113, p. 114; y Armenta López, *op. cit.*, nota 13, p. 118.

¹⁸⁵ *Cfr.* Matos Escobedo, *op. cit.*, nota 113, pp. 96 y 121.

B. Valoración

a. ¿Qué es el federalismo?

El concepto de “Estado federal” es el primer elemento a considerar para determinar si la “objeción tradicionalista” tiene fundamento. Arrojará luz sobre la calificación que merece la unificación legislativa en relación con este principio constitucional, la respuesta a “muy simples” preguntas: *¿qué es el federalismo? ¿cuáles son las particularidades esenciales de la forma federal de Estado que integran su “concepto prístino y auténtico”?* No obstante la importancia fundamental de responder el cuestionamiento anterior, este argumento de rechazo exige su análisis desde diversas perspectivas, incluso de corte filosófico.

Pese a las críticas contra la distinción entre federalismo y unitarismo,¹⁸⁶ nuestro presente estudio toma como válida esta clasificación de formas estatales. Lo anterior por tener, a partir de nuestro análisis previo, la convicción de que el Estado federal posee *rasgos esenciales* que lo distinguen de alguna otra posible forma estatal, no obstante sus múltiples variables. Además, desde una postura *pragmática* hemos de postular dicha proposición, ya que es indispensable para nuestra discusión actual: si el federalismo fuera sólo una entelequia, carecería de sentido debatir que la unificación legislativa del proceso penal lo desnaturaliza, y su adopción o denegación habrá de resolverse por mero decisionismo o a lo mejor valorando sólo factores de eficiencia.

Los rasgos distintivos de la forma federal de Estado son únicamente los que hemos mencionado: (1) la *división vertical* del poder estatal entre el plano nacional y los locales, por lo menos, con su respectiva autonomía en el ámbito que les corresponda; y especialmente (2) la *participación de las entidades federativas* en la formación de la voluntad federal.¹⁸⁷ Por simples que puedan ser estos elementos, son los únicos que comparten todos los ordenamientos federales y que por ende determinan su pertenencia a este género; a ellos se reduce el

¹⁸⁶ Véase *supra*, nota 23.

¹⁸⁷ *Supra*, nota 12.

“federalismo” esencialmente considerado, mientras que cualquier otro elemento resulta contingente a esta forma de Estado.

No es inherente al calificativo “federal” la tendencia centrífuga o la centrípeta. Asimismo, no impone que determinadas materias necesariamente pertenezcan a cierto plano estatal, sino que éstas pueden gozar de una configuración y distribución variable, que se determinará por circunstancias históricas y materiales que hagan conveniente en un momento dado su depósito en uno u otro orden. El federalismo tampoco importa de suyo el origen histórico disperso o consolidado del Estado que lo adopta; igualmente, ni siquiera supone una forma “dual” o “cooperativa”, según la tradición norteamericana o europea; así como tampoco impide amalgamar estas corrientes.

La unificación *legislativa* en materia penal, por sí sola, no supone el tránsito de la forma federal de Estado a la unitaria. Como sucede con la materia laboral y poco menos con la mercantil —en la que formalmente hay sólo una concurrencia judicial—, en tal supuesto ya no correspondería la competencia legislativa en la materia a las entidades federativas, pero sí la aplicación de las normas legales que emita el Congreso de la Unión, la cual podrían efectuar con total independencia del orden federal; precisamente esto último conservaría la autonomía del plano local estatal, en que radica uno de los elementos esenciales del federalismo, en especial considerando las funciones de los tribunales locales cuya existencia nos mantendría alejados incluso del llamado “Estado regional” que carece de ellos.¹⁸⁸ Reiteramos que lo connatural a esta configuración es el ejercicio emancipado de la esfera competencial de los planos en que se configura el Estado, y aun la presunción de una competencia residual a favor de alguno de ellos; mas no que dicho ámbito haya de tener una extensión determinada, ya que ésta puede variar y aun inclinarse notoriamente hacia uno u otro extremo.

¹⁸⁸ Véase *supra*, cap. primero, nota 43. La importancia de la función jurisdiccional ordinaria se debe a que constituye una “actuación irrevocable del derecho” (véase Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 120 y 121) y cuando menos adopta decisiones jurídicas con mayor discrecionalidad, con criterio que la jurisdicción constitucional no debería sustituir (“TRIBUNALES FEDERALES DE AMPARO, ATRIBUCIONES DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, jurisprudencia 538, p. 353).

Tampoco la unificación legislativa que indicamos ocasiona la destrucción del segundo elemento característico del federalismo, que además es su signo específico: la participación de las entidades federativas en la voluntad nacional. Según hemos dicho y además resulta evidente, la atribución al Congreso de la Unión de facultades legislativas “generales” en materia penal, sea en el aspecto sustantivo o procesal, requiere de la correspondiente reforma constitucional; y por ello de la aquiescencia de las entidades federativas a través de la Cámara de Senadores y de la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales, de acuerdo con el artículo 135 constitucional; de este modo participarían los ámbitos locales en la formación de la voluntad federal. Asimismo, las entidades federativas también realizarían lo anterior por conducto de la Cámara de Senadores, con la cual participarían en la determinación concreta de la legislación ordinaria que el Congreso de la Unión expidiera en materia penal, siendo tal el modo en que precisamente se superaría la preocupación por salvaguardar las “peculiaridades regionales”; esta cuestión amerita un tratamiento más profundo.

Coincidimos con Carrancá y Trujillo en que la “legislación unitaria no está reñida con las particularidades ofrecidas por las diversas regiones de la República”,¹⁸⁹ por la participación que tendrían las entidades federativas en la legislación federal relativa a través de la Cámara de Senadores. Esta sede es la más llamada a poner de relieve los intereses y las perspectivas regionales en el procedimiento respectivo —sin perjuicio de que pudiera hacerlo también la Cámara de Diputados—, y así éstos podrían integrarse de algún manera en la ley, aunque no podemos afirmar que dicha integración sólo hubiera de darse por “fórmulas generales” como sugiere el citado autor.

Ante la probabilidad de que algunas de dichas “peculiaridades” fueran rechazadas, es preciso recordar la función del derecho penal. Si el uso de la facultad punitiva estatal debe darse sólo en casos indispensables, con subsidiariedad y como *ultima ratio*, para salvaguardar “aquellos bienes jurídicos que la sociedad tiene *en más alta estima e interés*”;¹⁹⁰ cabe preguntarnos de qué

¹⁸⁹ Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *op. cit.*, nota 169, p. 148.

¹⁹⁰ Primera Sala, amparo directo en revisión 1063/2005, 7 de septiembre de 2005, considerando quinto, pp. 53-54 (énfasis añadido). Véanse también “LEYES PENALES. AL

tan “elevada importancia” será un determinado bien jurídico o “peculiaridad” que sólo es relevante para una entidad federativa, y si no podría tutelarse por otras sanciones —multa, clausura, etc.— que pese a su intensidad no intervengan gravemente en un derecho fundamental tan significativo como la libertad personal. Y de cualquier modo, la importancia de la atención de las necesidades regionales es más grande con relación al ámbito penal *sustantivo*, próximo a vivencia de la población de las entidades federativas, que con el procesal que es un mero instrumento técnico dirigido a un grupo profesional específico y limitado como notó Alcalá-Zamora y Castillo.¹⁹¹

b. Tradición federalista mexicana

La unificación legislativa de la materia penal —sobre todo si se limita a su faceta adjetiva— no se aparta de los elementos *verdaderamente esenciales* del federalismo, y por ende *no desnaturalizaría el relativo principio constitucional* por el cual el Estado mexicano adopta esa forma. La objeción tradicionalista que se le opone se conduce entonces por vertientes referidas exclusivamente a nuestra *concepción histórica del federalismo*, una ideología que puede resumirse en las siguientes tesis:¹⁹²

- (1) El federalismo “dual” norteamericano es la única configuración posible de esa forma estatal, e impone el paralelismo de funciones entre los ordenes federal y local;
- (2) Con o sin influencia norteamericana, desde 1824 el Constituyente ha determinado que el mexicano sea un federalismo “dual”, formado por

EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, jurisprudencia P./J. 102/2008, p. 599; y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 464-467.

¹⁹¹ *Op. cit.*, nota 165, p. 302.

¹⁹² *Cfr.* Matos Escobedo, *op. cit.*, nota 113, pp. 96, 112-117 y 121. Véase también *supra*, nota 118.

entidades “libres y soberanas en su régimen interior, [...] sin más [n]exo de unión, que una Entidad central representativa de la voluntad común de presentar un solo frente y una sola masa ante el mundo exterior”; y las competencias ajenas a estos fines son “notoriamente ajenas” al poder federal;

- (3) Entre este federalismo dual y el centralismo no hay términos medios, ni salida diferente a la alternativa entre “un nuevo Congreso Constituyente” o “la fuerza de las armas”; y
- (4) La “federalización” de una materia no sólo es “centralista” sino hasta una “subv[ersión] del significado de las palabras”.

Analizaremos a continuación dichas tesis en relación con la unificación legislativa que nos ocupa en este momento.

El federalismo dual de corte norteamericano *no es la única modalidad* dentro del amplio espectro de esa forma estatal; y *ni siquiera es su caso “modelo” en abstracto —inexistente en la actualidad—*, sino en el mejor escenario sólo sería el de su propia especie. La tradición europea hoy está representada por el federalismo cooperativo alemán, aunque tiene otras expresiones como la suiza. Lo único cierto en relación con esta forma estatal es que fuera de los rasgos esenciales que indicamos, muy difícilmente puede hablarse de modalidades que le sean “típicas”, sino de *distintos federalismos* que comparten dichos rasgos fundamentales.¹⁹³ De esto concluimos la incorrección de la tesis (1) anterior.

La tesis (2) anterior no es imposible de superar, pero es difícil hacerlo porque se encuentra muy arraigada en el imaginario jurídico mexicano. Según ella, la voluntad del Constituyente no sólo quiso que seamos una república federal, sino precisamente una de tipo “dual” que siga el modelo norteamericano y no cualquier otra; para este problema es irrelevante si ello fue producto de una “imitación extralógica” o no, pues dicha “decisión política fundamental” es la que adoptó y ha

¹⁹³ *Supra*, nota 36.

mantenido históricamente el autor de la ley suprema. Esta tesis tradicional plantea cuestionamientos de muy diversa naturaleza, todos de gran calado, vinculados con (1) los posibles alcances de las reformas constitucionales y (2) la ideología que subyace a la teoría e interpretación de la ley fundamental.

Tratar el tema de los límites de la reforma constitucional excede el objetivo del presente estudio, y mucho más lo haría pretender concluir a su respecto. No obstante, es posible comentarlo a la luz de la doctrina de la extrema rigidez que impone la cláusula pétrea del artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana, el más llamativo ejemplo de una Constitución que prohíbe (siempre parcialmente) su modificación textual. De acuerdo con quienes sostienen la absoluta rigidez de ciertos sectores constitucionales, sólo podrían ser inmutables las “decisiones políticas fundamentales” que forman el “núcleo esencial” de la Constitución, integrado por sus principios “identificadores” que la caracterizan.¹⁹⁴ Si el “federalismo” fuera una “decisión política fundamental” irreformable, los alcances de los cambios constitucionales a su respecto se determinan por la respuesta a la pregunta con que iniciamos esta sección: *¿qué es el federalismo?* Y ya vimos que el sistema “dual” norteamericano no es “el” federalismo sino sólo una especie de este género; dicha manifestación no es esencial a esta forma de Estado sino que le resulta *contingente*.

Si la Constitución mexicana contuviera una “cláusula pétrea” similar a la germana, o incluso si ésta se hallara implícita en su texto, la inmutabilidad que impondría no iría más allá de las *características esenciales* del federalismo: la división vertical y la participación política nacional de las entidades federativas. En tal caso sería jurídicamente imposible una reforma constitucional que, para decirlo con pocas palabras, suprimiera el calificativo “federal” del artículo 40 constitucional, y eliminando los órdenes estatales o su mencionada participación política; para esto último sólo quedaría el “pronunciamiento de la historia” a que alude Hesse, expresado por un “nuevo Congreso Constituyente” o la “fuerza de las

¹⁹⁴ Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 292 y 293; y Herdegen, Matthias, “La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, año 12, 2006, t. I, pp. 134 y 135.

armas” según Matos Escobedo. Pero la “dualidad” del federalismo *no es un rasgo esencial* de esta forma de Estado, y mucho menos la sola competencia legislativa en materia penal u otra, aun considerándola con todas sus facetas legislativas y aplicativas; por tal razón dicha competencia no se hallaría bajo el amparo de una “cláusula pétrea” explícita o implícita. Con esto evidentemente se responde también la tesis (3) anterior.

Los alcances del federalismo mexicano han dependido de *cómo los hemos percibido* quienes leemos la Constitución. Si nos ponemos del lado del “Constituyente histórico”, no tendremos más remedio que ver nuestra forma de Estado con las características de la dual norteamericana en que indudablemente se inspiró; en cambio, de plantearlo en un contexto actualizado, considerando especialmente las disposiciones constitucionales que hoy textualmente establecen facultades “concurrentes”, nuestra perspectiva será distinta.¹⁹⁵ Lo anterior no es más que otra manifestación, en palestra novedosa, de la oposición entre las ideologías estática y dinámica de la interpretación constitucional, que en los Estados Unidos representan las corrientes del “originalismo” y de la “Constitución viviente (*living Constitution*)”; es decir entre pensamientos que consideran válidas e imperativas las concepciones que el autor de la Constitución supuestamente adoptó en su tiempo, o que contrariamente hacen prevalecer sobre ellas las que mantienen sus lectores actuales cuando son divergentes.¹⁹⁶

No nos adentraremos a concluir sobre el complejo debate entre el originalismo y su contrario. Para resolver las cuestiones que ahora nos ocupan basta considerar los aspectos que expondremos seguidamente.

La tradición no es decisiva en la interpretación pues es factible originar nuevas lecturas que vayan por derrotero diferente, pese a cimentarse ineluctablemente en ella; por lo mismo, tampoco es inmutable ya que puede cambiar a través de nuevas interpretaciones. El bagaje de conocimientos en que la tradición consiste, sirve de base a la interpretación —en este caso del texto

¹⁹⁵ *Supra*, nota 117.

¹⁹⁶ Sobre estos temas véanse los ensayos de Néstor Pedro Sagüés y Salvador O. Nava Gomar que se incluyen en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 795-817 y 1017-1032, respectivamente.

constitucional—; pero ésta puede atribuir al texto un significado diferente al tradicional, atendiendo al “horizonte vital personal” del intérprete y el “problema concreto” que tiene ante sí.¹⁹⁷ El mundo del Constituyente de 1824, 1857 ó 1917, e incluso el que enfrentó Matos Escobedo en 1944, *no es el mismo que vivimos hoy*; los problemas son distintos, las circunstancias diferentes y, sobre todo, mucho más amplio el conocimiento de las ciencias política y jurídica.

Nada obliga a los mexicanos del presente a mantenerse atados a la concepción de generaciones pretéritas —que además no puede reconstruirse fiel y cabalmente—; tal atavismo además sería inconveniente porque nos impediría atender y valorar a plenitud la realidad actual. Si dichos Constituyentes en su oportunidad estimaron adecuado organizar el Estado conforme al modelo norteamericano, habrá sido porque respondía a sus necesidades, y hoy nuestros propios requerimientos podrían hacer que cambiemos de camino; la tradición mexicana sobre el federalismo es *sólo un referente*, no una directriz interpretativa obligatoria. En este sentido se pronuncia con vehemencia Ricardo Franco Guzmán, quien para hacer un llamado a que “[d]ejemos de imitar a Estados Unidos”, subraya que

La casi totalidad de los países tiene sólo un código penal en la actualidad. Así ocurre en todos los países europeos y en América. Las dos únicas excepciones en [este continente] son Estados Unidos de América y nuestro país.¹⁹⁸

Además, *la tradición mexicana efectivamente ha cambiado*, pues ya no somos un Estado federal “dual” extremo, sino que nuestra organización tiene una importante proporción de rasgos ajenos a esta modalidad e inscritos en una *diferente cultura federalista*: la europea de tipo “cooperativo”.¹⁹⁹ La existencia de disposiciones constitucionales que establecen facultades “concurrentes” es señal objetiva de este cambio; ella impide que continuemos viendo nuestra forma estatal

¹⁹⁷ Véase *supra*, nota 122.

¹⁹⁸ *Op. cit.*, nota 175, pp. 78 y 79.

¹⁹⁹ *Supra*, nota 116.

con los ojos de una radical corriente dualista que acentúa el paralelismo y rechaza la cooperación.

A casi nadie se le ocurriría impugnar la validez de dichos preceptos de la ley fundamental,²⁰⁰ y ella corrobora dicho cambio de tradición, muy independientemente de la idea que tengamos sobre los límites de la reforma constitucional. Si pensásemos que ésta se restringe a aspectos no esenciales del orden fundamental, dichas normas impedirían tener el extremo dualismo federal como “decisión política fundamental”, y comportarían excluirlo del “núcleo esencial” de esa forma estatal, junto con su precisa distribución material de competencias, considerándolo integrante de su periferia contingente; pues de lo contrario habríamos de llegar a la hoy difícilmente aceptable conclusión de la invalidez de todas esas disposiciones. Y si tuviéramos la convicción de que es posible reformar irrestrictamente la Constitución, aunque se afectase el mencionado “núcleo esencial”, al que supuestamente se integraría el “dualismo”; esos mismos preceptos corroborarían de modo más que suficiente este cambio de tradición en el federalismo mexicano. El corolario de lo anterior es que incluso bajo la idea de que las “decisiones políticas fundamentales” son inmutables a través de una reforma constitucional “ordinaria”, es decir hecha por el llamado “Constituyente permanente”, la tradición federalista mexicana ha de alejarse del dualismo extremo por considerar las actuales facultades “concurrentes” que existen en nuestro ordenamiento.

La enunciada tesis (2) es ya por tanto insostenible: hoy no tenemos un paradigma federalista que conservadoramente se incline por el dualismo, sino una que admite importantes ámbitos “cooperativos”. Este cambio en nuestra tradición llega al grado de que sin problema podamos considerar *híbrido* el federalismo mexicano.

Finalmente y al hilo de las ideas anteriores, la tesis (4) enunciada con antelación representa un problema menor y fácilmente superable. Hablando desde el terreno exclusivamente jurídico, la desnaturalización del federalismo sólo puede

²⁰⁰ Como quien se inclinase por que corresponda a un Congreso Constituyente, no al “poder reformador”, modificar la distribución competencial de la Constitución. Véase Barragán Barragán, *op. cit.*, nota 1, p. 97.

provenir de una distribución competencial tan inclinada hacia uno de los planos en que se divide el Estado, que sea tan *extensa e intensa* como para hacer normativamente nugatoria dicha división y volverla meramente formal.

Una golondrina no hace verano, y la “federalización” de una competencia legislativa —por importante que sea— tampoco lleva al “centralismo”. La mayor o menor extensión de la esfera competencial de uno de los órdenes estatales, puede ser un elemento cuantitativo para hablar de una “desnaturalización” del federalismo, de modo que apuntaría hacia ella la acumulación por uno de los órdenes estatales de un mayor número de campos de acción política entre sus facultades. Pero este catálogo no puede tenerse como criterio definitivo, pues habría que ver la medida en que dicha acumulación se realizaría.

Un área política se desenvuelve en las clásicas funciones *legislativa, ejecutiva y judicial*, de manera que una materia sólo puede tenerse por plenamente “federalizada” o “estatalizada”, cuando las tres funciones corresponden a uno solo de estos órdenes. La materia en cuestión no tendrá una u otra calidad cuando alguna de sus funciones corresponda a un plano y las restantes al otro, muy especialmente si dicha función se trata de la jurisdiccional.²⁰¹ Tienen cualidades diferentes una distribución competencial absoluta a favor de uno de los órdenes estatales, y otra en que las señaladas funciones se reparten entre ellos de algún modo; la intensidad con que dichos casos afectan el ámbito estatal que menoscaban es diferente, pudiendo ser grave como en el primero o media y leve en el segundo —usando la escala ponderativa de Robert Alexy—. ²⁰²

Poniendo como ejemplo concreto el problema que estudiamos, atendiendo las razones anteriores, la “federalización” legislativa de una materia no supone quebrantar el federalismo. Aun considerando que ella comprendiera toda faceta legislativa de la materia, se referiría a sólo uno de los tres ámbitos funcionales de la materia de que se trate, que puede acompañarse de la reserva de sus aspectos administrativo y judicial a favor de las entidades federativas. Con ello se

²⁰¹ Véase *supra*, nota 188.

²⁰² Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 68, p. 50.

preservaría la dicotomía federal-local inherente a esta forma de Estado, manteniéndose intacta la participación de las entidades federativas en la voluntad legislativa nacional; guardándose de esta suerte los elementos esenciales del federalismo.

De cualquier manera, es vaga la ubicación de la línea que separa la “desnaturalización” del federalismo y una tendencia centrípeta o centrífuga que aún se halla dentro de sus márgenes, y *a priori* ignoramos los límites precisos de tales conceptos que se especificarán casuística y progresivamente; un criterio influyente para resolver dichas precisiones es una tradición que aporta determinadas coordenadas culturales que contribuyen a definir lo “razonable” de su contrario, a admitir el primer término y rechazar el segundo.²⁰³ Si nuestra tradición federal se ha alejado de la configuración dualista y aproximado a una cooperativa, lo que antes se habría considerado un “atentado centralista”, hoy podría verse como un ámbito más de “entrelazamiento” de los planos federal y local; o a lo peor como un refuerzo del poder central ante los retos de un mundo internacionalizado y aceleradamente móvil, para atender intereses comunes de las entidades federativas. No obstante, la centralización de una facultad legislativa bien podría hallarse acompañada por la descentralización de otros rubros, en el marco de diversas posibilidades “técnico-jurídicas”.²⁰⁴

Más que defender en abstracto uno u otro plano del Estado federal, lo más apropiado sería analizar casuísticamente cómo se distribuye (potencial o actualmente, según el análisis que se lleve a cabo) la competencia de un determinado ámbito,²⁰⁵ y si dicha manera es un medio adecuado y necesario para sus fines.²⁰⁶ Usando como ejemplo una facultad cuya pertenencia al poder central es poco discutible, incluso con base en un federalismo dual; sería desproporcionado otorgar a las entidades federativas la competencia para regular el comercio, porque ello no es idóneo para la prosperidad que dicha regulación

²⁰³ Cfr. Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 109-110, 116-117, 121-125 y 130.

²⁰⁴ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, pp. 94 y ss.

²⁰⁵ Cfr. Braun, *op. cit.*, nota 21, p. 105.

²⁰⁶ *Supra*, nota 68.

está llamada a conseguir, un objetivo de mayor peso que la salvaguarda de las particularidades regionales.²⁰⁷ Este mismo examen de proporcionalidad habría de llevarse a cabo en relación con los fines constitucionales relevantes a una determinada competencia legislativa, y cuyo sacrificio habría de ponderarse frente a la promoción de la unidad o diversidad federales.

La concepción tradicional que históricamente se ha mantenido en México sobre el federalismo, resulta entonces superada. Los argumentos expuestos demuestran que sus tesis angulares carecen actualmente de validez porque las desbordó nuestra evolución constitucional, a la luz de un conocimiento más amplio y moderno del federalismo. Ya es inaplicable dicho paradigma histórico, aunque todavía no lo haya sustituido otro con “bases teóricas sólidas”, de cuya construcción nos hallamos precisamente en camino para “reformular” nuestra tradición federal,²⁰⁸ aunque una de dichas bases habrá de ser el “principio de lealtad federal” o de “colaboración”, del cual derivan diversos deberes de buena fe entre los integrantes de una federación.²⁰⁹

C. *Nota conclusiva*

Una visión más amplia y moderna sobre el federalismo alcanza a remover la objeción siempre opuesta en principio a la unificación legislativa de materias tradicionalmente locales como la penal, y rechazar la hipótesis de la que partimos para realizar esta investigación; haciéndonos concluir que la unificación legislativa penal (procesal) no desnaturalizaría el principio federal que consagra nuestro orden constitucional. Esto a partir de un conocimiento más preciso sobre lo que esencialmente importa el federalismo, sus rasgos distintivos compartidos por todos

²⁰⁷ Véanse las consideraciones de Hamilton, Alexander, “Núm. XI” y “Núm. XXI”, en *idem et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 41-46 y 85-86.

²⁰⁸ Cfr. Hernández Chong Cuy, *op. cit.*, nota 117, p. 172; Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, p. 97; y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 63, p. 376.

²⁰⁹ Cfr. Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, pp. 39-41. Véase “PRINCIPIOS DE FIDELIDAD FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL. DEBEN ENTENDERSE CONFORME AL RÉGIMEN DE COMPETENCIAS PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a, época, t. XXIX, abril de 2009, jurisprudencia P./J. 38/2009, p. 1294.

los Estados que lo han adoptado; y la actualización de la tradición mexicana relativa a dicha forma estatal, por su apertura a concepciones más adecuadas a nuestro propio texto constitucional —en especial sus facultades “concurrentes”—, a las cuales ya no responde el dualismo extremo.

La unificación de la legislación penal no afectaría la esencia del federalismo mexicano. Las entidades federativas aún conservarían importantes ámbitos de competencia en los rubros administrativo y sobre todo judicial, lo que mantendría los diferentes planos federal y local del Estado en que se basa aquél. Además, la participación de dichas entidades en el Senado de la República aseguraría su intervención en dicha legislación federal única, y con ello su posibilidad de hacer que responda de alguna manera a las necesidades regionales, mas hallándose los aspectos comunes regulados de una misma manera. Mucho menos habría tal supuesto perjuicio cuando la mencionada unificación tuviera que ver sólo con el aspecto procesal del derecho penal.

Los indefectibles márgenes de discrecionalidad interpretativa que con dicha unificación legislativa mantendrían las autoridades administrativas y judiciales locales, también son ocasión para que hagan valer sus propias perspectivas, y atiendan las peculiaridades regionales. El lenguaje siempre tiene una “textura abierta” que permite en mayor o menor grado dichos márgenes,²¹⁰ de modo que por precisa que pudiera ser la legislación correspondiente, ésta no sería tan minuciosa como para impedir que su intérprete introduzca en su aplicación los elementos “locales” que inevitablemente existen en procedimientos de renovación.²¹¹ Además, las disposiciones correspondientes podrían tener ciertas cláusulas generales, como sugirió Carrancá y Trujillo, que incrementen dicha discrecionalidad en ciertos aspectos, para que los intérpretes locales puedan llevarlas a su realidad concreta.

En estas condiciones, nos parece que la unificación legislativa penal además contribuiría a profundizar sobre el aspecto regional del federalismo. Esta situación

²¹⁰ Véase Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 159-163.

²¹¹ Véase Fix-Fierro, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 260.

que se antojaría paradójica, resultaría de que el “regionalismo” ya no estaría afincado *superficialmente* en la mera facultad legislativa. No se es “localista” por el simple hecho de que cada entidad federativa pueda expedir a su modo un mismo código, punto en el que dicha ideología se había detenido; será entonces preciso ver con más detenimiento la realidad local, reflexionar más intensamente sobre ella y concluir con más seriedad sobre sus necesidades propias. Por tener como consecuencia este análisis más amplio de los ámbitos de las entidades federativas, la unificación legislativa también podrá reforzar el federalismo gracias al mejor conocimiento que se tendrá de las particularidades regionales.

“[L]a solución federal responde esencialmente al propósito de borrar divergencias y no al de crearlas de manera artificial y perturbadora”.²¹² Sin importar su modalidad, el federalismo siempre tiene el objetivo de unificar los propósitos comunes de las entidades que lo han adoptado. De acuerdo con una más detenida reflexión sobre las implicaciones de este concepto, no es menos federalista la unidad que la diversidad legislativa penal,²¹³ habida cuenta de que es previsible que sean mínimas las diferencias entre las necesidades de cada entidad.

4. *Adecuaciones constitucionales*

La unificación legislativa de la materia procesal penal requeriría indudablemente una reforma constitucional. Tal fue la premisa de la que partió esta investigación, misma que corroboramos con la exégesis del presente régimen competencial de la Constitución. En la actualidad, el Congreso de la Unión sólo puede legislar en materia penal en relación con los delitos que afectan bienes jurídicos vinculados con las facultades que le han sido otorgadas. Carece de atribuciones para normar los ilícitos que no corresponden a ese ámbito, y los procedimientos que aplican las normas sustantivas que les corresponden, salvo

²¹² Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 165, p. 297.

²¹³ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, pp. 27 y 28.

por su muy limitada competencia para establecer “bases” para la “coordinación” en materia de seguridad pública.

En nuestro concepto, las modificaciones constitucionales necesarias a dicha unificación legislativa, son las siguientes que presentamos en un cuadro comparativo con la redacción actual de los preceptos relativos, y que explicaremos seguidamente:

REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
<p>Artículo 73. El Congreso tiene facultad: [...] XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada. Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales; 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; [...]</p>	<p>Artículo 73. El Congreso tiene facultad: [...] XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; legislar en materia de delincuencia organizada; y <i>expedir la legislación aplicable a los procedimientos penales a cargo de las autoridades federales y locales en los ámbitos de su competencia</i>; Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales; 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; [...]</p>
<p>Artículo 122. Definida... [...] C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases: [...] BASE PRIMERA.- Respecto a la Asamblea Legislativa: [...] V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades: [...] h) Legislar en las materias civil y</p>	<p>Artículo 122. Definida... [...] C. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases: [...] BASE PRIMERA.- Respecto a la Asamblea Legislativa: [...] V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades: [...] h) Legislar en las materias civil y</p>

penal; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio;	penal <i>sustantiva</i> ; normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio;
--	---

La reforma sugerida importa una simple modificación textual, que otorgue expresamente al Congreso de la Unión la facultad para regular los procedimientos penales tanto del ámbito federal como local. Dado el sentido del artículo 124 constitucional, en lo relativo a las entidades federativas esta atribución explícita conlleva sin más la transportación de dicha facultad legislativa del ámbito local al federal. Esto no acontecería con el Distrito Federal dados los términos del actual artículo 122 constitucional;²¹⁴ por lo que para este orden jurídico se requeriría además reformar este último precepto en los términos que indicamos.

5. *Reflexiones finales*

A. *La unificación legislativa y sus alternativas*

Desde hace más de medio siglo, ha habido en México un consenso acerca de la conveniencia de uniformar la legislación penal, en especial en su ámbito adjetivo. Esta postura ha sido suscrita incluso por juristas muy reconocidos a nivel nacional e internacional. Sin embargo, nunca se ha producido un acuerdo sobre la manera en que dicha uniformidad debe lograrse.

Las alternativas a este respecto siempre han estado claras: (1) unificación por medio del Congreso de la Unión, mediante la reforma constitucional adecuada; (2) elaboración y adopción de un “código modelo”; y (3) determinación constitucional de principios básicos mínimos. De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, sólo la primera opción garantiza la buscada unificación; las demás propician una armonización de las disposiciones legales procesales penales, que

²¹⁴ Apartado C, base primera, fracción V, inciso h).

es buena aunque insuficiente para lograr los fines que se intenta lograr con aquélla.

Si hay discrecionalidad en la adopción de las disposiciones de un “código modelo”, o en la concretización de determinados principios constitucionales que rigen el proceso penal —que por su naturaleza nunca podrán ser tan específicos como las disposiciones legales—; es casi seguro que más o menos persistirá el actual nivel de divergencia entre las legislaciones de la materia.²¹⁵ Por esta razón es ilusa la conclusión a que arribó el debate posterior a la presentación de la citada ponencia de Alcalá-Zamora y Castillo, en el sentido de que la “uniformidad” habría de alcanzarse mediante “la expedición que haga cada entidad federativa de códigos procesales iguales”.²¹⁶

Sea mediante bases constitucionales o por la referencia a un “código modelo”, es improbable que cada uno de los 33 legisladores mexicanos, coincidan en cada término y frase de un cuerpo legal con centenas de disposiciones, aun cuando sea en relación con aspectos fundamentales. Las variaciones que pudiera haber en sus respectivos criterios, aun las que fueran más o menos sutiles, podrían ser tan trascendentes que impidan la concentración de esfuerzos que busca la uniformidad legislativa; y con ello el logro de los importantes objetivos que constitucionalmente tiene por cometido el proceso penal. El objetivo de dicha uniformidad, que sólo podría alcanzarse óptimamente a través de la unidad legislativa, sirve para “desvanecer la incertidumbre que existe cuando se pasa de una entidad a otra, [...] en el tratamiento de problemas legales que básicamente son semejantes”, y puede contribuir para que “el régimen federal funcione más eficazmente”.²¹⁷

La solución para alcanzar la uniformidad legislativa del proceso penal mexicano con el grado óptimo para todos los efectos, podría darse por dos vías: la reforma constitucional que en los términos señalados faculte al Congreso de la Unión a expedir una sola legislación procesal penal para toda la República y todo ámbito jurídico (reforma al actual artículo 73 de la Constitución federal); o la

²¹⁵ Véase Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 12, p. 27.

²¹⁶ *Supra*, nota 182.

²¹⁷ *Cfr.* Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 63, p. 369.

“sugerencia” presidencial a que aludió Alcalá-Zamora y Castillo de la adhesión a un “código modelo”,²¹⁸ para la cual además hoy no existen las circunstancias políticas que había cuando dicho autor mencionó esta posibilidad. Indudablemente, la primera solución es más jurídica y sobre todo conforme al federalismo, al ser respetuosa de la dignidad de las entidades federativas, sin cuyo consentimiento no podría lograrse.

B. *Fundamento material*

Superar la objeción tradicionalista allana el camino para la unificación legislativa de la materia procesal penal, y conduce a discutir el tema con una perspectiva diferente. Aparte de la existencia de una voluntad política favorable, el problema ahora sería el fundamento material de los argumentos que abonan a la unificación legislativa penal, es decir si efectivamente tiene las bondades que se le atribuyen.

Abordar estos pormenores supera los límites que planteamos para el presente estudio. Sin embargo, nuestras reflexiones en el curso del mismo nos permiten opinar que *prima facie* tendrían base material los argumentos favorables a dicha unificación legislativa, afirmados por distinguidos autores desde hace muchas décadas. Esto sobre todo a la luz del caso suizo y las similitudes que guarda con el mexicano, especialmente en relación con la reticencia tradicional de otorgar al poder central la facultad legislativa penal y su gran diversidad cultural.

A nuestro parecer, la conveniencia material de la unificación legislativa se basaría en las siguientes razones:

- El principio constitucional de igualdad y la seguridad jurídica suponen que las reglas procesales penales sean lo más parecido posible en el ámbito territorial de la República Mexicana, especialmente cuando se trate de disposiciones vinculadas con *derechos fundamentales sustantivos*. Por ejemplo: los supuestos legales de exclusión de prueba

²¹⁸ Cfr. *op. cit.*, nota 165, p. 307.

ilícita, y en buena medida la procedencia de la prisión preventiva, actualmente se hallan bajo el arbitrio de cada legislador; pero importan intervenciones más o menos graves en una esfera de libertad constitucionalmente protegida, sobre las cuales debería haber un minucioso y amplio consenso en relación con sus límites;

- La considerable reducción de disposiciones penales ocasionaría la *concentración de esfuerzos académicos*, mismos que recaerían sólo sobre ellas. No obstante que en México hay un buen grado de coincidencia dogmática en la materia, debido a la influencia de la tradición procesal penal y el recurso a fuentes más o menos parecidas en relación con el sistema acusatorio; las divergencias entre los distintos sistemas legislativos, podría propiciar que el análisis de un cuerpo normativo no sea aplicable al otro, y el conocimiento de la materia tenga una validez limitada. La ciencia jurídica es un elemento fundamental para la práctica del derecho, porque ella aporta postulados y bases que son indispensables y aun decisivas en la resolución de casos particulares;
- Otra de las ventajas que percibimos en la unificación legislativa es que *dificulta la improvisación legislativa* en la materia procesal penal. Aunque sea de carácter adjetivo, la ley siempre tiene una pretensión de permanencia y por lo mismo debe ser resultado de una amplia y profunda reflexión, van en ello la adecuada regulación de la vida social y la seguridad jurídica de los ciudadanos. Prevenir presiones coyunturales o regulaciones irreflexivas en el procedimiento penal, el cual interviene de manera particularmente intensa en derechos fundamentales sumamente importantes, nos parece un fin superior a la mera experimentación que además no sería absolutamente proscrita: el legislador federal podría dado el caso admitir transitoriamente la vigencia de algún régimen novedoso para territorios restringidos, con el objeto de verificar sus resultados. Pero la complejidad del procedimiento legislativo federal

evitaría las innovaciones que fueran producto de una tendencia improvisada, y evitaría perjuicios desproporcionados a los derechos fundamentales; y por último aunque no en importancia,

- Como sugiere el caso suizo, la unificación legislativa del procedimiento penal serviría para combatir más eficientemente las *nuevas formas de criminalidad*, no necesariamente vinculadas a la delincuencia organizada; para cuyo combate hace falta una mayor precisión normativa que favorezca la coordinación de las entidades encargadas de dicha función, ante la nada remota posibilidad de que trasciendan fronteras nacionales e internacionales.

C. *Unificación sustantiva y adjetiva*

La investigación que realizamos se centró en la unificación legislativa del campo penal en su aspecto procesal. Sin embargo, consideramos que también sería conveniente que esa misma unificación se diera en el ámbito sustantivo de dicha materia. El análisis comparado muestra que en los Estados federales es realmente excepcional la separación entre ambas facetas de una materia. Por lo general, al orden al que toca regular el derecho penal sustantivo corresponde también normar el adjetivo en su aspecto específicamente procedimental. Es insólito el caso argentino en que la legislación penal sustantiva corresponde al Congreso nacional y la adjetiva a las entidades federativas. También algo diferente, pero muy próxima a la imagen que tenemos de esta eventual unificación, es el ejemplo canadiense en que la autoridad central regula el derecho penal sustantivo y adjetivo, y las provincias la organización de las instituciones encargadas de aplicarlos en su ámbito. Esta última es la distribución competencial que barruntamos para la referida unificación legislativa.

El derecho procesal es accesorio del sustantivo y por ello se relacionan íntimamente.²¹⁹ Los conceptos e instituciones que usa el primero se hallan al

²¹⁹ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 165, pp. 277 y 299, n. 126.

servicio del último, y sus referencias dependen de los términos de la legislación material.

Si esto es así en general, el vínculo entre ambas parcelas jurídicas es mucho más fuerte en el campo penal,²²⁰ gracias principalmente a que el significado de las normas de los códigos procesales en muchos casos depende absolutamente de los *precisos* términos de la legislación sustantiva. Por ejemplo: el catálogo de delitos que admiten prisión preventiva se halla establecido estrictamente para las precisas conductas que como tales definen las normas sustantivas; y si éstas tuvieran términos diferentes, el legislador procesal estaría aludiendo *involuntariamente* a conductas punibles que pueden ser significativamente diferentes. En tal hipótesis habría un importante problema porque se propiciaría una situación de incertidumbre y de afectación al principio de determinación de las leyes penales,²²¹ la cual implicaría una *falta de promoción y protección de los derechos fundamentales* que contravendría el principio de seguridad jurídica, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, y los artículos 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Una parte importante del éxito de la reforma penal de 2008 dependerá también de si el derecho penal sustantivo se “construy[e] bajo esquemas de racionalidad, sensatez y uso limitado del *ius puniendi* del Estado”.²²²

Asimismo, la unificación legislativa sustantiva en materia penal sería útil para el mejor cumplimiento de tratados internacionales que imponen al Estado mexicano la obligación de tipificar ciertos delitos, o que en una (discutible)

²²⁰ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 190, pp. 537 y 538; Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, *idem* (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea-Porrúa, 2000, p. 5; Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 96 y 97; Díaz de León, Marco Antonio, “Juicio oral en el proceso penal”, en *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2a. ed., México, INACIPE, 2008, pp. 364 y 366; y Guidon, Patrick, “Die schweizerische Strafprozessordnung”, en *Jusletter*, 15 de septiembre de 2008, <<http://bit.ly/sy9Pj1>>, p. 3.

²²¹ Véanse Inzunza Cázares, Enrique, *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM-Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, 2009, pp. 111-118; “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, marzo de 2006, jurisprudencia 1a./J. 10/2006, p. 84; y “GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. SUS ALCANCES”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, jurisprudencia 2a./J. 144/2006, p. 351.

²²² Cfr. Carbonell y Ochoa Reza, *op. cit.*, nota 135, p. 85.

vertiente más moderna conducen a “la lisa adopción de una ley penal que no es producto del proceso constitucional ordinario”. Ejemplo de dichos instrumentos son los artículos 6o., párrafo segundo, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 7o., inciso c), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”); y 5o. y siguientes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La unificada legislación penal sustantiva prevendría las dificultades a que puede dar lugar que cada legislador mexicano diera una redacción diferente a delitos de fuente internacional, que por virtud del mandato de exacta aplicación de la ley y el principio de *lex certa* deben expresarse con términos sumamente precisos y ser aplicados muy estrictamente.²²³

Evidentemente la unificación legislativa de la materia penal sustantiva, al igual que la procesal, requiere modificar la Constitución. En primer lugar, dicha unificación precisa que se adecue el artículo 73, fracción XXI, constitucional para facultar al Congreso de la Unión a expedir la regulación *sustantiva* con que se implementaría. A esta reforma habría de ser concomitante la que corresponda al artículo 122 constitucional²²⁴ en el sentido de privar a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal también de la facultad para legislar en materia penal sustantiva, análogamente a lo que señalamos líneas arriba cuando hablamos del ámbito procesal exclusivamente. En segundo término, creemos conveniente modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para adecuar la competencia de los tribunales federales en materia penal a este posible cambio constitucional.

La redacción actual del artículo 104, fracción I, de la ley fundamental, derivada de su reforma publicada el 6 de junio de 2011, es bastante clara en el sentido de que el Poder Judicial de la Federación conocerá de los “procedimientos relacionados con delitos del orden federal”. Nos parece que los términos anteriores permiten que dichos delitos sean aquellos a los cuales la ley atribuya esa calidad, de manera que si la ley penal única, sustantiva o adjetiva, determina

²²³ Véanse *idem*; e Inzunza Cázares, *op. cit.*, nota 221, pp. 74 y 75.

²²⁴ Apartado C, base primera, fracción V, inciso h).

que un ilícito tiene esa calidad, corresponderá a los jueces federales enjuiciar los hechos correspondientes.

Sin embargo, toda vez que dichas legislaciones unificadas tendrían formalmente el carácter de “ley federal” por haber sido expedidas por el Congreso de la Unión —y no faltará quien así lo considere—, estimamos conveniente revisar la nómina de delitos federales que contiene el artículo 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; particularmente su inciso a) que posee términos similares a los del artículo 104, fracción I, constitucional, antes de su indicada reforma de 2011. Esto con el objeto de evitar que se use tal argumento en detrimento de la seguridad jurídica y la pronta impartición de justicia.

El referido inciso de dicha ley orgánica dispone que, entre otros, son “delitos del orden federal” los que se encuentran “previstos en las leyes *federales* y en los tratados internacionales”. En el contexto de una legislación penal unificada, también los ilícitos del orden común se hallarían previstos en una ley “federal”,²²⁵ por lo que dicha expresión legal habría de adecuarse a esas nuevas circunstancias e indicar que serán “federales” los delitos a los cuales la ley atribuya *expresamente* dicha calidad.

El Congreso de la Unión sería el competente para legislar en materia procesal penal, incluso para aquellos procedimientos que corresponda tramitar a las autoridades locales. La distribución de competencias procesales entre la Federación y los Estados sería establecida por la “ley” que expida dicho órgano, es decir por el código “único” (sustantivo o procesal) que llegare a expedirse, o incluso por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación como sucede actualmente.

Al indicar la modificación que sugerimos al artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, o al que llegare a hacer sus veces, que los jueces federales resolverán las controversias penales que “les atribuya expresamente la ley”, seguimos el artículo 124 constitucional; como este último, aquel precepto

²²⁵ Aunque en realidad tendría un sentido muy parecido a la legislación “común” argentina que se impone tanto al orden federal como al local.

también impondría una *presunción a favor de la competencia de las entidades federativas y sus autoridades*.²²⁶ En tal virtud, en caso de duda en la interpretación de las disposiciones legales correspondientes, debería atribuirse al orden local la facultad de conocer de un delito determinado. Y la misma presunción favorecería a dichas entidades, en cuanto a la distribución explícita de facultades que haga el legislador federal, como veremos enseguida.

No obstante que textualmente la distribución competencial de que hablamos se remite a la “ley” federal correspondiente, ésta *no podría obrar en términos discrecionales absolutos* y, por ejemplo, conceder a los tribunales federales atribuciones para conocer de robos ordinarios; sino que deberá tener razones suficientes para privar a los Estados de ese conocimiento,²²⁷ máxime cuando haya un fundamento constitucional que apoye la competencia de éstas como sucede con el delito de robo.²²⁸ El legislador federal deberá establecer *ponderadamente* dicho reparto, bajo la influencia de la mencionada presunción y del principio de lealtad federal,²²⁹ y le correspondería la carga de argumentar por qué atribuye al orden federal cierto ilícito. Esto para que sus disposiciones de distribución competencial “no sean arbitrarias, irracionales, desproporcionadas o hagan nugatorio el contenido esencial de la posibilidad normativa que tienen...” las entidades federativas para conocer de ciertos delitos.²³⁰

A este fin limitativo también sirve el requisito de que los delitos cuyo conocimiento se atribuya a los tribunales federales sean precisamente los de dicho orden. De esta manera, también textualmente se salvaguardaría la necesidad de

²²⁶ Cfr. Mouskheli, *op. cit.*, nota 44, p. 333.

²²⁷ Mismas que incluso habrían de estar bajo el deber de una “motivación reforzada” que obligue al Congreso a expresarlas en el procedimiento legislativo correspondiente. Véase “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIII, enero de 2011, jurisprudencia 1a./J. 114/2010, p. 340.

²²⁸ Artículo 121, fracción II, constitucional.

²²⁹ Considerando el “carácter local relevante” de un delito, que restringiría su arbitrio según el criterio de la jurisprudencia alemana. Véase BVerfGE 79, 127 (152-155).

²³⁰ Véase “COALICIONES PARTIDARIAS. EL ARTÍCULO 95, PÁRRAFOS 9 Y 10, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES NO TRANSGREDE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXX, julio de 2009, jurisprudencia P./J. 54/2009, p. 1426.

que el bien jurídico tutelado de los delitos “federales” cuyo enjuiciamiento tocaría a los tribunales de esta índole, corresponda efectivamente a las competencias propias del ámbito federal.

Estos parámetros, serían plenamente justiciables ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad o juicio de amparo; y así las entidades federativas, los gobernados u otros sujetos como los senadores integrantes de una minoría legitimada, podrían defender el debido reparto competencial en materia penal. Evidentemente, ante la indeterminación inicial de la regularidad de tal distribución, es previsible que en algunos casos el Alto Tribunal otorgaría la razón y en otros no; pero su jurisprudencia servirá para delimitar, cada vez más precisamente, los alcances legislativos que tendría el Congreso de la Unión en este rubro.²³¹ En todo caso, la impugnabilidad de las disposiciones correspondientes dependerá en buena medida de que el legislador federal atienda al principio de lealtad federal, y considere adecuadamente los intereses de las entidades federativas.

²³¹ *Supra*, nota 203.

CONCLUSIONES

1. La competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal deriva del artículo 73, fracción XXI, y 104, fracción I, constitucionales. Estos preceptos respectivamente facultan al Congreso de la Unión para determinar los delitos contra la Federación, y autorizan a los tribunales federales a conocer de los procesos relativos a los mismos. Para la efectividad de dichas atribuciones es necesario que dicha legislatura tenga facultades para expedir un código penal adjetivo federal, las cuales han de considerarse “implícitas” ante el silencio del texto constitucional.
2. La competencia del legislador federal para expedir disposiciones penales adjetivas, está limitada a que su regulación recaiga sobre procesos atinentes a delitos *federales*, entendiendo por tales aquellos cuyo bien jurídico tutelado se relacione directamente con las facultades que le han sido otorgadas. Dicha atribución legislativa no puede referirse a delitos y procesos de índole local, sobre los cuales el legislador federal a lo más y muy limitadamente podría disponer “bases” para la “coordinación” en materia de seguridad pública. En el ámbito estatal y del Distrito Federal, corresponde a las legislaturas locales emitir la regulación correspondiente a los procedimientos penales.
3. La dispersión legislativa que ocasiona la actual distribución de competencias para regular la materia procesal penal entre la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal, ocasionan diversas dificultades. Éstas se traducen en una mayor complejidad del sistema jurídico, que dificulta la aplicación de las normas correspondientes debido a la multiplicidad de elementos que debe atenderse para ello, y a la confusión y contradicción que podría tener lugar entre ellos.
4. Tal complejidad tiene como eje el juicio de amparo. En este proceso constitucional se concentran los problemas interpretativos y aplicativos de las

normas procesales penales, al ser impugnables por su conducto las más importantes decisiones jurisdiccionales que las aplican; teniéndose que resolver en sede constitucional dichos problemas que atañerían a ordenamientos muy diversos, para los cuales no siempre será adecuada la solución que se brinde. Asimismo, del resultado de los juicios de amparo pueden surgir criterios jurisprudenciales que deben seguir los tribunales ordinarios, y los cuales no siempre se aplicarán debidamente pues cabe la posibilidad de que no se tome en cuenta el contexto jurídico para el cual fueron creados, llevándose a otro de una manera técnicamente incorrecta.

5. A grandes rasgos, existen dos maneras de homogenizar las normas procesales penales mexicanas, integralmente consideradas. La primera de ellas es la “unificación” que consiste en la expedición de un único texto legal en materia procesal penal, que sea aplicable en todos los órdenes del Estado. La segunda es la “armonización” que a su vez puede producirse por la implantación de bases constitucionales, mínimas y comunes a todos los ordenamientos procesales penales, situación que guarda en este momento la cuestión de dicha uniformidad en el sistema jurídico mexicano; y la propuesta de un “código modelo” que para cada legislatura sería potestativo adoptar total o parcialmente.
6. De un análisis comparado sobre la situación que guarda el régimen legislativo penal en diversos Estados reconocidos con carácter federal, podemos obtener las siguientes conclusiones:
 - (a) Los *Estados Unidos de América*, el país federalista por antonomasia, en realidad ha sufrido paulatinamente un proceso de centralización, mediante el cual se han incrementado las atribuciones de la Unión para adecuarlas a las circunstancias históricas; proceso que ha tenido como eje la interpretación constitucional de la Suprema Corte mediante la cual se han extendido los alcances de las facultades expresas del ámbito

federal. No obstante, este proceso sólo ha permitido que la Unión se haga con competencias mínimas que tradicionalmente corresponderían a los Estados, aun en materia penal en la cual ha permitido que aquélla regule ciertos aspectos, pero bajo el reconocimiento de que ese ámbito toca a grandes rasgos a las entidades federativas.

- (b) *Canadá* posee un federalismo distinto al que estamos habituados: las facultades residuales corresponden al gobierno federal, en tanto que los provinciales solamente pueden actuar en el marco de las atribuciones que se le han conferido explícitamente. En este país se produce una situación inversa a la que priva en los Estados Unidos de América, producto de su diferente origen histórico: el gobierno federal tiene la facultad para legislar en materia penal tanto sustantiva como adjetiva, mientras que el provincial solamente tiene atribuciones para expedir leyes relativas a la organización de los tribunales y la tipificación de delitos relativos a materias de su competencia, los cuales habrán de juzgarse por las autoridades locales bajo el procedimiento que haya prescrito la legislatura federal.

- (c) La distribución competencial en *Argentina* es compleja, dado que su sistema federal pretendió por peculiaridades históricas mantener un importante grado de centralización. En este país subsisten tres clases diferentes de legislación: (i) la *federal* relativa a las atribuciones delegadas a la autoridad nacional, (ii) la *común* que corresponde a materias sobre las cuales legisla el Congreso Federal pero que corresponde aplicar a los órdenes federal y provincial, y (iii) la *local* que toca expedir a las legislaturas provinciales y a la federal para los territorios sobre los que ejerce jurisdicción particular, en la cual se incluyen los códigos procesales. En dicho país sudamericano existe un solo código penal sustantivo que aplican la autoridad federal y las

provinciales con base en sus respectivos ordenamientos procesales para la materia.

- (d) En *Alemania* impera un federalismo cooperativo, altamente centralizado no obstante los recientes esfuerzos para dotar a los *Länder* de mayores atribuciones legislativas. La materia penal, tanto en su aspecto sustantivo como en el adjetivo, pertenece a la clase de legislación que la doctrina germana denomina “concurrente y firmemente condicionada”; lo cual significa que se trata de un ámbito jurídico que las entidades federadas pueden regular, en la medida en que no lo haya hecho la Federación. Sin embargo, en la práctica esta atribución local es nugatoria puesto que existen códigos federales aplicables al rubro indicado; lo cual “centraliza” casi en su totalidad esta rama jurídica, y las asimila a las materias concurrentes que tocan a la competencia de la legislatura federal, en aras de que se establezcan las normas indispensables para “la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica”, según el artículo 72.2 de la Ley Fundamental.
- (e) *Suiza* posee un ordenamiento constitucional sumamente particular, que impone una forma de Estado federal de índole cooperativa, en el cual históricamente se ha dado una paulatina cesión de facultades a la Confederación —como se denomina su entidad nacional—, y en consecuencia ésta ha engrosado crecientemente su esfera competencial. Su ordenamiento está basado en la gran diversidad social que presenta al mantener en su seno a cuatro diferentes grupos étnicos con sus respectivas lenguas; y esta diversidad explica no sólo la adopción del régimen federal, sino también una gran adhesión hacia los cantones que componen la Confederación Suiza. En materia procesal penal durante siglos hubo malogrados intentos para imponer una sola legislación —en el aspecto sustantivo penal ésta se dio desde el primer tercio del siglo

XX—; ensayos fracasados porque se consideró que no valía la pena sacrificar la diversidad federal frente al riesgo de la inseguridad jurídica que planteaba la existencia de numerosos códigos en la materia. Esta postura varió en el año 2000, no obstante el persistente rechazo que tuvo durante mucho tiempo, cuando se otorgó a la Confederación la facultad de expedir un único Código Procesal Penal, lo que se hizo en 2007; esta variación se debió primordialmente a la necesidad de: (i) enfrentar más eficazmente a las nuevas formas de delincuencia que surgieron en las últimas décadas, y (ii) otorgar mayor igualdad y seguridad jurídicas que podrían favorecer la inversión.

- (f) La *Unión Europea* constituye una nueva especie de confederación: se trata de un “organismo internacional de integración” o “supranacional”. La distribución de competencias entre esta organización y sus Estados miembros es compleja, y carece de una línea divisoria clara; sin embargo, las atribuciones de la Unión Europea se extienden cada vez más hacia ámbitos que tradicionalmente han correspondido a la jurisdicción doméstica, entre ellos el derecho penal sustantivo y adjetivo. La Unión Europea se encuentra en un proceso de armonización en materia penal, aunque parece improbable que llegue a una completa unificación de la misma, especialmente en las difíciles circunstancias que actualmente atraviesa; en particular este fenómeno se produce en materia procesal, atento el efecto de diversos principios convencionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ejerce una importante influencia a pesar de ser ajeno a la Unión Europea. Resulta urgente la mayor armonización en materia procesal penal, debido a: (i) los riesgos que existen frente a las crecientes atribuciones de la organización en la materia, (ii) la disparidad entre los parámetros relativos a los derechos fundamentales entre los Estados miembros, (iii) la poca certeza que brinda la estructura de textos convencionales sobre

derechos fundamentales, y (iv) el grado de ineficiencia que mantienen las instituciones europeas de protección de estos derechos.

(g) En términos generales, del anterior recuento pueden deducirse las siguientes *resultados generales*, que no atienden a algún rasgo específico de los ejemplos particulares que se refirieron en los incisos anteriores: (i) se ha producido una ampliación de las facultades de los poderes centrales, incluso en Estados federales que se han esforzado por fortalecer la autonomía de las entidades que los integran, aunque en ocasiones y en rubros económicos se han reforzado las atribuciones de las entidades federativas; (ii) en cuanto a la competencia para regularlas, conviene que sean inescindibles las materias penales sustantiva y procesal; y (iii) las nuevas formas de criminalidad han determinado una mayor concentración de atribuciones legislativas a favor de las autoridades nacionales.

7. La “federal” es una de las formas en que el Estado configura su composición, la cual implica una determinada distribución del poder. Se basa en dos elementos esenciales: (a) la existencia de por lo menos *dos planos estatales* que constituyen la “Unión” y sus “entidades federativas”; y (b) la *participación de éstas en la formación de la voluntad de la Unión*, sea en relación con la aprobación de reformas constitucionales o en el procedimiento legislativo ordinario. El último de estos elementos se ha considerado definitivo para establecer si un Estado es “federal”.

8. Las manifestaciones del federalismo varían considerablemente entre los extremos de centralización y descentralización que permiten los elementos esenciales de esta forma de Estado, de acuerdo a una tradición que en cada caso particular responde a su contexto histórico. Sin embargo, ésta y cualquier otro elemento que contribuya a la formación del Estado federal, no es por sí solo definitivo para determinar el curso de su desarrollo o bien sus

implicaciones, sino que se requiere una compleja interpretación de todos estos factores.

9. Entre otras clasificaciones, existen dos diferentes vertientes federalistas interesantes para nuestro tema de estudio, que respectivamente responden a las tradiciones norteamericana y europea: (a) la dual y (b) la cooperativa. La primera se caracteriza por una rígida separación entre la unión y las entidades federadas, así como el paralelismo de las funciones que tienen ambos planos estatales; el modelo de esta clase federal son los Estados Unidos de América. La segunda clase “entrelaza” en distintos grados las funciones de los órdenes federal y local, de manera que no haya una separación rigurosa entre ellos, sino una colaboración para el cumplimiento de las funciones del Estado.
10. Aunque también se han reforzado en diversos aspectos las atribuciones de las entidades federativas, sobre todo en relación con la Unión Europea, los Estados federales han vivido en las últimas décadas un proceso a través del cual el poder central ha incrementado sus facultades. Este proceso se trata en realidad de una adaptación del sistema federal a nuevas circunstancias históricas, derivadas del incremento de las funciones estatales a partir del Estado de bienestar.
11. El federalismo mexicano se inspiró en el norteamericano dual. Sin embargo, en el curso de la historia se incrementaron las funciones del poder central, y además crecientemente ha adquirido rasgos del federalismo cooperativo, de los cuales es signo inequívoco la existencia de facultades “coexistentes” o “concurrentes” entre la Federación, las entidades federativas y aun los municipios. La configuración actual del federalismo mexicano podría explicarse diciendo que se sobrepuso a la base (histórica y normativa) de su dualidad que aún se mantiene en diversos aspectos, un sistema cooperativo

de distribución de competencias entre Federación y ámbitos locales, basado en la coordinación.

12. Para la uniformidad de la legislación procesal penal en México existen cuatro diferentes opciones concretas: (a) la unificación legislativa de la materia, sobre la que volveremos adelante; (b) la determinación de bases constitucionales que no alcanza más que a armonizar en cierto grado dicha regulación; (c) la adopción de un “código modelo”, cuyo carácter potestativo no garantiza ni siquiera parcialmente dicha armonización; y (d) la determinación legislativa federal de “bases para la coordinación” en materia de seguridad pública, cuyos alcances son insignificantes y propicios para la invasión de la esfera competencial de las entidades federativas, razón esta última por la que resulta desaconsejable.

13. La unificación legislativa penal procesal, e incluso la sustantiva, es una propuesta que ha sido planteada en México desde hace casi un siglo. Las ventajas que se le han atribuido son primordialmente: favorecer la precisión legislativa para facilitar el combate a la delincuencia que trasciende fronteras; un mejor conocimiento del ámbito jurídico en que se produzca; y una mejor administración de justicia que se deberá a la menor complejidad normativa y jurisprudencial.

14. A dicha unificación legislativa se ha opuesto una “objeción tradicionalista”, a cuyo parecer transportar de las legislaturas locales al Congreso de la Unión la facultad legislativa del orden común, así sea sólo en su aspecto procesal, importa atentar contra el principio constitucional federal. Esta objeción no es procedente en la actualidad, bajo un análisis más amplio y detenido de los elementos verdaderamente esenciales del federalismo y del cambio que ha sufrido constitucionalmente el federalismo mexicano y su tradición.

15. La unificación de la legislación penal no afectaría la esencia del federalismo mexicano. Las entidades federativas aún conservarían ámbitos de competencia en sus rubros administrativo y judicial, lo que mantendría los diferentes planos (federal y local) en que se basa dicha forma estatal. Además, la participación de dichas entidades en el Senado de la República aseguraría su intervención en dicha legislación federal única, y con ello su posibilidad de hacer que responda de alguna manera a las necesidades regionales, mas hallándose los aspectos comunes regulados de una misma manera. Menos habría tal supuesto perjuicio cuando la mencionada unificación tuviera que ver sólo con el aspecto procesal del derecho penal.

16. La unificación legislativa de la materia procesal penal requiere modificar el artículo 73, fracción XXI, y 122 constitucionales, con el propósito de facultar al Congreso de la Unión para expedir las normas penales adjetivas que correspondan. El último de los mencionados preceptos habría de reformarse a fin de que el Congreso de la Unión tenga la indicada facultad legislativa en relación con delitos del orden común para el Distrito Federal.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y OTRAS*

- ADATO GREEN, Victoria, *et al.*, *Código penal y código de procedimientos penales modelo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 265-309.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ANÓNIMO, “Se agota el tiempo para el euro”, *Reforma*, México, 29 de noviembre de 2011, sección internacional, p. 21.
- ARIZPE NARRO, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN, 2006.
- ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La forma federal de Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2003.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *et al.*, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *El federalismo mexicano. Visión histórico constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- BAYTELMAN, Andrés, y DUCE, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- BENDA, Ernst, “Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Probleme des Föderalismus*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, pp. 71-83.
- BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho parlamentario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

* Con ciertas limitaciones se puede consultar algunas de las obras incluidas en este listado en <<http://www.bibliojuridica.org>> o <<http://books.google.com>>.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Buenos Aires, Ediar-UNAM, 2007.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BOLAÑOS, Alejandro, “La increíble vuelta de la peseta”, *El País*, Madrid, 26 de noviembre de 2011, <<http://bit.ly/skPvnc>>.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- BRAUN, Dietmar, “Hat die vergleichende Föderalismusforschung eine Zukunft?”, *Jahrbuch des Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, vol. 3, 2002, pp. 97-116.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997.
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio et al., *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006.
- CANCELLERÍA FEDERAL, *La Confédération en bref*, 33a. ed., Berna, 2011, <<http://bit.ly/rC9FZG>>.
- CARBONELL, Miguel, *Los juicios orales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2011.
- y OCHOA REZA, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM-Renace, 2010.
- CARNOTA, Walter F. (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grün, 2005.
- CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 12a. ed., México, Porrúa, 2000.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 17a. ed., México, Porrúa, 1991.
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000.
- CATTANEO, Mario A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 15a. ed., México, Porrúa, 1995.
- CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.
- DEPARTAMENTO CONFEDERAL DE JUSTICIA Y POLICÍA, *Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (Auszüge aus dem Begleitbericht)*, Berna, 27 de junio de 2001, <<http://bit.ly/rrwPEY>>.
- DETTERBECK, Klaus *et al.* (eds.), *Föderalismus in Deutschland*, Múnich, Oldenbourg, 2010.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Hacia la unificación de las leyes procesales”, *Problemas actuales de derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 69-127.
- FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal*, México, Porrúa, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel, y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 339-429.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006.
- (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo, “La necesidad de unificar la legislación penal en toda la República”, en Peñaloza, Pedro José, y Garza Salinas, Mario A. (coords.), *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, UNAM-UIA-PGR, 2002, pp. 75-79.

- FREY, René L., “La réforme du fédéralisme suisse”, en *idem* (dir.), *Le fédéralisme suisse. La réforme engagée. Ce qui reste à faire*, trad. de Marianne Enckell, Lausana, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2006, <https://www.ppur.org/Resources/1233_1.pdf>.
- GARCÍA GESTOSO, Noemi, *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución)*, Barcelona, Escola Galega de Administración Pública-Atelier, 2004.
- GRIMM, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 161-176.
- GUIDON, Patrick, “Die schweizerische Strafprozessordnung”, en *Jusletter*, 15 de septiembre de 2008, <<http://bit.ly/sy9Pj1>>.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “La explicación de la fecha del bicentenario ante el derecho internacional. México y la doctrina *uti possidetis*”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 254, julio-diciembre de 2010, pp. 11-28.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- HARO, Ricardo, “La competencia de los tribunales federales en el sistema constitucional argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 14, julio-diciembre de 2010, pp. 105-139.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- HERDEGEN, Matthias, “La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, Fundación Konrad Adenauer, año 12, 2006, t. I, pp. 131-136.

- HERNÁNDEZ, Antonio María, y VALADÉS, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- HERNÁNDEZ CHONG CUY, María Amparo, “De conflictos competenciales a controversias constitucionales. Avances y pendientes en la resolución de conflictos de competencias”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Danés Rojas, Édgar (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM-IMDPC-Congreso de Tamaulipas, 2011, pp. 149-173.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999.
- HOYOS, Arturo, “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. III, pp. 2797-2818.
- INZUNZA CÁZARES, Enrique, *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM-Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, 2009.
- KIRSCH, Stefan, *Schluss mit lustig! Verfahrensrechte im Europäischen Strafrecht*, ponencia en el Primer Día del Derecho Penal Europeo (Asociaciones de Abogados Defensores), 2008, <<http://bit.ly/rIN3ku>>.
- KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, “La reforma del federalismo alemán. Una visión general”, *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 28, 2006, pp. 337-350.
- MARTINES, Temistocle, *Diritto Costituzionale. Edizione per i corsi universitari di base*, Milán, Giuffrè, 2007.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “Federalismo mexicano. Situación constitucional de los Estados”, *Obras*, México, UNAM, 1994, t. I, pp. 285-297.

- MATOS ESCOBEDO, Rafael, *La crisis política y jurídica del federalismo*, Xalapa, Editorial Veracruzana, 1944.
- MEDINA PEÑA, Luis, *Invención del sistema político mexicano. Forma de gobierno y gobernabilidad en México en el siglo XIX*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “La reciente política legislativa penal en México (Los vaivenes de la política legislativa penal mexicana)”, en Díez Ripollés, José Luis, y García Pérez, Octavio (coords.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Buenos Aires, Edisofer-B de F, 2008, pp. 283-323.
- MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MOUSKHELI, Michel, *Teoría jurídica del Estado federal*, trad. de Armando Lázaro y Ros, México, Editora Nacional, 1981.
- NOWAK, John E., y ROTUNDA, Ronald D., *Constitutional law*, 8a. ed., St. Paul, West, 2010.
- OGG, Frederic Austin, y RAY, Perley Orman, *Introduction to american government*, 10a. ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1951.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Seguridad nacional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2009, t. II, pp. 1249-1252.
- OZUNA SOLSONA, Rodrigo Arturo, “Por una política criminal coherente, unificada e integral: Codificación penal única”, en Fundación Miguel Estrada Iturbide, *Investigar para legislar*, México, Tatevari, 2009, pp. 63-79.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano (coord.), *Federalismo y relaciones intergubernamentales*, México, Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996.

- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- ROBINSON, Paul H., y DUBBER, Markus Dirk, *An introduction to the Model Penal Code*, 12 de marzo de 1999, <<http://bit.ly/eTfYcO>>.
- ROSAS, Allan, y ARMATI, Lorna, *EU constitutional law. An introduction*, Oxford, Hart, 2010.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- SERNA, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en *idem* (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, pp. 211-247.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993.
- , *Diccionario de ciencia política*, 2a. ed., México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SIEGISMUND, Eberhard, *Europa bauen, ohne den Rechtsstaat zu schleifen Mindeststandards – unverzichtbar*, ponencia en el Primer Día del Derecho Penal Europeo (Asociaciones de Abogados Defensores), 20 de septiembre de 2008, <<http://bit.ly/tlvu2E>>.
- STARCK, Christian, “Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert”, *Juristenzeitung*, Tubinga, Mohr Siebeck, año 54, núm. 10, 21 de mayo de 1999, pp. 473-485.
- STURM, Roland, y ZIMMERMANN-STEINHART, Petra, *Föderalismus. Eine Einführung*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2010.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

- TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2000.
- TUSHNET, Mark, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Oxford, Hart, 2009.
- VELASCO, Guillermo, "Notas esenciales sobre el sistema constitucional alemán. Especial consideración a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 319-333.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004.
- VON BEYME, Klaus, *Fö und regionale Bewusstsein. Ein internationaler Vergleich*, Múnich, C.H. Beck, 2007.
- VV.AA., *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, 2a. ed., México, INACIPE, 2008.
- , "Debate sobre la unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 335-345.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea-Porrúa, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

GRUPO DE TRABAJO

CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

PODER EJECUTIVO FEDERAL

Lic. Alejandro Alfonso Poiré Romero

Secretario de Gobernación

Ing. Genaro García Luna

Secretario de Seguridad Pública

Lic. Miguel Alessio Robles Landa

Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal

PODER LEGISLATIVO FEDERAL

Senador Ricardo Fidel Pacheco Rodríguez

Diputado Francisco Javier Ramírez Acuña

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Consejero Óscar Vázquez Marín

Consejo de la Judicatura Federal

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Mtra. Marisela Morales Ibáñez

CONFERENCIA NACIONAL DE SECRETARIOS DE SEGURIDAD PÚBLICA

Lic. Marco Tulio López Escamilla

CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA

Lic. Renato Sales Heredia

COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Mtro. Baruch Delgado Carbajal

ORGANIZACIONES ACADÉMICAS

Mtro. Miguel Sarre Iguíniz

ORGANIZACIONES DE SOCIEDAD CIVIL RECONOCIDAS

Lic. Alejandro Joaquín Martí García

SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE
COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN
DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Lic. Felipe Borrego Estrada

Secretario Técnico

Mtro. Rodrigo A. Ozuna Solsona

Director General de Estudios y Proyectos Normativos

Mtra. María del Carmen Novoa Cancela

Directora General de Coordinación Interinstitucional

Mtro. Jorge Nader Kuri

Director General de Planeación, Capacitación y Difusión

C.P. Guillermo Casas

Director General de Administración y Finanzas

Dr. Mtro. Rogelio Rueda de León Ordoñez

Director General de Asistencia Técnica