

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD
DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. APUNTES
PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS
FUTUROS DE “DESAFUERO”*

Imer B. FLORES**

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. “*Declaración de procedencia*” (léase “*desafuero*”). III. *Causas: cuerpo del delito y probable responsabilidad del indiciado*. IV. *Efectos inmediatos: separación del cargo*. V. *Efectos mediatos: suspensión de derechos políticos*. VI. *¿(In)atacabilidad?* VII. *Epílogo*.

I. PRÓLOGO

Exigir que nada ni nadie deba estar por encima de la ley implica que nada ni nadie se puede escudar en ella para ser pretexto de inmunidad gozar de impunidad, e indica además que nada ni nadie la puede aplicar selectivamente para atacar a sus enemigos. Así, uno de los principios fundamentales de un (verdadero) Estado de derecho es que los primeros en cumplir la ley deben ser aquellos que han de aplicarla y que además han jurado hacerlo.

De tal forma, en esta contribución pretendemos analizar la figura del “desafuero”. Cabe adelantar que su existencia es una garantía no sólo de que los servidores públicos podrán ser perseguidos penalmente una vez realizada la “declaración de procedencia” en su contra, sino también de

* Esta aportación para el merecido homenaje a la doctora Olga Islas de González Mariscal tiene sus antecedentes mediatos en un documento de trabajo que fue enriquecido por sus comentarios: “Algunas lecciones sobre argumentación e interpretación jurídica: a propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de Trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 67, 2005, 20 pp.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

que—debido a la preexistencia del fuero (constitucional)—los servidores públicos no serán perseguidos injustamente en el ejercicio de sus funciones.¹ Aunado a lo anterior, es conveniente advertir que este problema específico se inscribe dentro del tema genérico de la responsabilidad de los servidores públicos, en general, y de la responsabilidad penal, en particular. Al respecto, es más que oportuno mencionar los diferentes tipos de responsabilidad de los servidores públicos, así como su base constitucional:²

1. *Política* (artículos 109, fracción I, y 110, de la Constitución);
2. *Penal* (artículos 109, fracción II, 111 y 112, de la Constitución);
3. *Administrativa* (artículos 109, fracción III, y 113, de la Constitución), y
4. *Civil o patrimonial del Estado* (artículo 113 de la Constitución).

Ciertamente, en la última década el tema de la responsabilidad de los servidores públicos ha adquirido una gran importancia, pero en los años recientes ha sido más precisamente el del “desafuero” el que ha cobrado la mayor relevancia, sobre todo a partir de dos procesos (controvertidos), tales como el de René Juvenal Bejarano Martínez y el de Andrés Manuel López Obrador. En este sentido, el objetivo primordial de este artículo es formular algunas consideraciones sobre la responsabilidad de los servidores públicos para la resolución de casos futuros de desafuero, a la luz de las problemáticas que surgieron en éstos.

¹ Véase Andrade Sánchez, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 211: “El desafuero puede ser un método para asegurar la exigencia de responsabilidades a un servidor público que ha violado la ley o un pretexto para perseguir enemigos políticos infringiendo la propia ley”. *Cfr.* Castillo del Valle, Alberto del, *Aspectos jurídicos del juicio de desafuero contra Andrés Manuel López Obrador*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2004; *López Obrador. Caso el Encino: implicaciones constitucionales, penales y de procedimiento penal*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2005; Cárdenas Gracia, Jaime, “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”, *Documento de Trabajo*, núm. 64, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, abril de 2005; y Flores, Imer B., “Sobre las respuestas (in)correctas en el derecho: a propósito del ‘desafuero’ de Andrés Manuel López Obrador”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 14, enero-junio de 2006, pp. 253-283.

² Véase Castro y Castro, Juventino V., “Responsabilidades de los servidores públicos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 19, 1995; y Castillo del Valle, Alberto del, *Bosquejo sobre responsabilidad oficial*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2004.

II. “DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA” (LÉASE “DESAFUERO”)

Literalmente, la palabra “desafuero” implica “privar del fuero”, y “fuero”, a su vez, indica —en el sentido relevante para este caso— “derechos o privilegios que se conceden a una persona o clase de personas”.³ No obstante, como el término “desafuero” está afectado por la ambigüedad proceso-resultado, puede referirse tanto a la actividad de privar derechos o privilegios como al producto de dicha privación. Por ende, entendemos que es “tanto la acción como el efecto de privar de sus derechos o privilegios a una persona o clase de personas”.

Ahora bien, la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1982 —y en vigor desde el día siguiente— cambió la denominación de “desafuero” por la de “declaración de procedencia”. Sin embargo, conceptualmente, tiene los mismos alcances y limitaciones, al comprender todavía el privar de un fuero al declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra de un servidor público, *i. e.* quitar el fuero constitucional, consistente en la inmunidad procesal concedida a algún servidor público para declarar que se puede proceder penalmente en su contra.⁴

Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 111 de la Constitución:

Artículo 111. Para proceder penalmente contra los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la Comisión de delitos durante

³ El otro significado relevante del término “fuero” corresponde al de “compilación jurídica”, y como se podrá advertir sería un sinsentido hablar de “privar de una compilación jurídica”.

⁴ De aquí en adelante vamos a usar “declaración de procedencia” y “desafuero” como si fueran sinónimos. No obstante, podríamos convenir en utilizar: la primera para la acción, es decir, la actividad o proceso, y la segunda para el efecto, esto es, el producto o resultado.

el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado.

En este sentido, el “desafuero” es una decisión política que debe tomar la Cámara de Diputados por mayoría (absoluta) de sus miembros presentes en la sesión, y como tal no juzga ni puede prejuzgar sobre la culpabilidad del inculpado, lo cual sería una decisión propiamente jurídica y, más precisamente, judicial.

Por un lado, como lo establece el segundo párrafo de dicho artículo: “Si la resolución de la Cámara fuese negativa... no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación”.

Por otro, como lo estipula el tercer párrafo del mismo numeral: “si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley”.

Al no juzgar ni prejuzgar, en uno y otro caso, sobre la culpabilidad del inculpado, la “declaración de procedencia” resulta ser un requisito necesario para poder proceder penalmente en contra de un servidor público por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo.⁵ No obstante, para retirar el fuero constitucional o inmunidad procesal al servidor público, la mayoría (absoluta) de los diputados presentes en la sesión, es decir, al menos el 50% + 1, debe considerar que existen datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Al respecto, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en su segundo párrafo, detalla: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”.

⁵ Aun cuando la Constitución dice de manera explícita “por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo” habría que aclarar que en caso de que se le acusara por delitos cometidos con anterioridad sería necesario desaforarlo para poder proceder penalmente en su contra. Por ende, consideramos que el objeto de la “declaración de procedencia” no es solamente el retirar una inmunidad procesal, sino además —como hemos reiterado— el proteger el ejercicio de sus funciones.

Y, en su tercer párrafo, determina:

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

Cabe reiterar que la “declaración de procedencia” no juzga ni mucho menos prejuzga sobre el fondo del asunto, ya que compete sólo al juez —conforme a lo dispuesto en el artículo 161 de Código Federal de Procedimientos Penales— dictar el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados plenamente dos requisitos: 1) comprobado el cuerpo de delito que tenga señalada sanción privativa de la libertad, y 2) demostrado la probable responsabilidad del inculpado.

El “desafuero”—al implicar la existencia de un fuero—no cumple nada más la función de servir como un requisito necesario para poder proceder en contra de un servidor público, sino que además tiene la misión de protegerlo para que no sean perseguidos en el ejercicio de sus funciones.⁶ Al punto que los diputados, para declarar si ha lugar o no a proceder penalmente, deben considerar no sólo si se acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sino también que no se trata de una persecución indebida a un servidor público. Así, tiene una doble finalidad: evitar que bajo el fuero constitucional o la inmunidad procesal un servidor público pueda gozar de impunidad, por un lado, e impedir que un servidor público sea acusado, destituido, separado de su cargo y hasta inhabilitado infundadamente, por el otro.

⁶ Aunque la Constitución no lo diga de modo expreso, la existencia del fuero implica la protección en el ejercicio de sus funciones a un servidor público. Ahora bien, la pregunta es si es necesario desaforar a un servidor público que se encuentra de licencia (y que aparentemente no está en ejercicio de sus funciones). Al respecto, habría que precisar que si bien el fuero no pertenece a la persona, sino al cargo, en tanto que ésta no renuncie al mismo, persiste el nexo entre ambos, sobre todo porque subsiste un juramento. El hecho de que algún otro servidor público haya asumido el ejercicio de tales funciones e inclusive jurado el cargo no cancela el fuero y por ello la necesidad de desaforarlo.

III. CAUSAS: CUERPO DEL DELITO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO

Para poder proceder penalmente es menester acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. De tal suerte, el delito debe estar tipificado en la ley y contar con una pena aplicable: 1) no hay crimen sin ley, y 2) no hay pena sin ley.

Por una parte, a partir del aforismo latino *nulla crime sine lege*, todo delito debe estar consagrado necesariamente en una ley; es decir, reconocido de manera expresa como tal en un código penal o en alguna otra disposición legislativa. Así, por ejemplo, en el caso de López Obrador, el delito de desacato judicial está tipificado, esto es, especificado como tipo delictivo, no en el Código Penal Federal, sino en el artículo 206 de la Ley de Amparo:

Artículo 206. La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

El hecho de que el delito de desacato judicial no estuviera incluido en el Código Penal, sino en alguna otra ley, no sería un impedimento para considerar que está tipificado. El *sujeto activo* del delito es la “autoridad responsable”; el *hecho delictivo* es una omisión propia, pura o simple —y no una omisión impropia, impura o comisión por omisión—,⁷ consistente en no obedecer o desobedecer una suspensión provisional o definitiva con la condición de que sea debidamente notificado, y el *bien jurídico tutelado* es la suspensión misma concedida en el amparo.

Si la autoridad responsable en un juicio de amparo desobedeció un auto de suspensión definitivo, debidamente notificado, en principio, se tipifica el delito de desacato judicial. Sin embargo, corresponde solamente a un juez determinar si efectivamente hay o no un delito, y si el inculpado es o no responsable, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 14 constitucional:

⁷ Le agradezco a la doctora Olga Islas el acentuarne la relevancia de esta distinción. Véase Islas de González Mariscal, Olga, “Reflexiones sobre la omisión”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. II, pp. 1231-1249.

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

Por otra parte, a partir del aforismo latino *nulla pœna sine lege*, toda pena debe estar consagrada necesariamente en una ley. Esto es, reconocida de modo expreso como tal y corresponder al delito del que se trata, como lo establece el artículo 14 de la Constitución, en su tercer párrafo: “En los juzgados del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Si bien el delito de desacato judicial está tipificado en el artículo 206 de la Ley de Amparo, éste, al afirmar que la autoridad que incurra en el desacato judicial “...será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad...” nos remite forzosamente al libro segundo, título décimo, “Delitos cometidos por servidores públicos”, capítulo III. Abuso de autoridad, artículo 215 del Código Penal Federal, para saber cuál es la pena aplicable a este caso.

El problema es que el delito de abuso de autoridad comprende doce fracciones, y a éstas corresponden dos sanciones diferentes: una aplicable a las fracciones I-V y X-XII y otra para las fracciones VI-IX. La primera —la del penúltimo párrafo— comprende “de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”; y la segunda —la del último párrafo— “de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

Todo ello sin perjuicio de que por estar sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, el culpado perdería sus derechos políticos, según lo dispone la Constitución en su artículo 38, fracción II, pero este punto lo analizaremos más adelante. Por lo pronto baste con señalar la necesidad de revisar nuestra política criminal no sólo para evaluar la congruencia de adoptar tales o cuales penas, o bien incorporar penas alternativas a la prisión, sino también para valorar la conveniencia de declarar a un sujeto penalmente responsable, pero prescindir de la aplicación de la pena, o, lo que es lo mismo, contar con tipos penales sin pena, cuando ésta es “notoriamente innecesaria”.

ria e irracional”, como lo contemplan los artículos 55 del Código Penal Federal y 75 del Código Penal para el Distrito Federal, así como cuando está expresamente previsto con antelación, como en el numeral 139 del código penal capitalino.

Cerrada la digresión, la pregunta sería saber cuál de las dos sanciones constituye la pena “exactamente aplicable al delito de que se trata”. Si el legislador hubiera indicado alguna de las fracciones o supuestos concretos, estaría clarísimo cuál sería la pena exactamente aplicable, pero como no lo hizo, subsiste el problema de saber cuál de las dos lo es. Por supuesto que estamos de acuerdo que contemplar dos penas distintas para un mismo hecho delictivo demuestra una deficiente técnica legislativa.

La deficiencia se puede explicar, que no justificar, si recordamos dos cosas: 1) el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de 1931, en su artículo 213, el cual a partir de la reforma constitucional y legal de 1984 dio lugar al actual 215, contemplaba una sola pena para el delito de abuso de autoridad, y 2) la Ley de Amparo de 1936, en su artículo 206, remitía a un Código Penal, el de 1931, con una única pena, a saber: “De seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco mil pesos y destitución del empleo”.

En este sentido, el juez, para decidir cuál de las dos penas aplicar, la del penúltimo párrafo o la del último, podría: 1) precisar, a partir de una interpretación histórica, cuál de las dos corresponde a la pena prevista en el artículo 213 original y/o cuál de los supuestos contenidos en el numeral 215 actual capture mejor la esencia del numeral 206 de la Ley de Amparo; 2) aplicar la pena dentro del margen en que ambas sanciones coinciden o se sobreponen, y 3) apelar al principio *in dubio pro reo*, *i. e.*, en caso de duda hay que beneficiar al inculpado, al buscar la interpretación más beneficiosa o menos perjudicial.

Aun cuando cualquiera de los tres casos parecería violentar lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución, citado líneas arriba, porque se aplicaría una pena que no es exactamente aplicable al caso de que se trata por haber dos. A partir del principio pro inculpado consideramos que ciertamente sería la primera de las dos penas, la del penúltimo párrafo, la aplicable, por contener las sanciones menores y, por ende, por ser la más beneficiosa o menos perjudicial, además de que al parecer esa pena es la que históricamente corresponde a la original.

No obsta lo anterior para que subsista la posibilidad de que el juez al resolver pudiera decidir que en principio sí hay delito, pero que como no hay pena exactamente aplicable al caso tiene que dejar en libertad al inculpado. Sin embargo, ello violentaría la tesis por contradicción a la que en 1997 arribó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que la garantía de legalidad sí se satisfacía al haber cuando menos una pena expresa, y además previa para el delito de violación de una suspensión *APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA SUSPENSIÓN*⁸ y a partir del principio *in dubio pro reo* optar por la más beneficiosa o menos perjudicial de las dos.

IV. EFECTOS INMEDIATOS: SEPARACIÓN DEL CARGO

El principal efecto jurídico inmediato de la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado será el separar al servidor público de su cargo. El problema es que hay una contradicción entre lo dispuesto por la Constitución y lo previsto por la ley ordinaria, *i. e.* la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, respecto al momento a partir del cual está o queda separado del cargo.

Por un lado, la Constitución establece en el séptimo párrafo del artículo 111:

El efecto de la declaración que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

Así, el efecto será separarlo de su encargo, pero “en tanto esté sujeto a proceso penal”. De forma tal que si luego “la sentencia es absolutoria el inculpado pueda reasumir su función”. Ahora bien, se entiende que una persona está sujeta a proceso criminal o penal solamente a partir del auto de formal prisión emitido por una autoridad judicial.

⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Contradicción de tesis 19/97, México, diciembre de 1997, 9a., t. VI, 217.

Por otro lado, el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidad de Servidores Públicos sugiere que quedará inmediatamente separado: “Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes”.

Si bien, para la Constitución y la Ley el efecto es separarlo, hay un conflicto normativo entre lo dispuesto por ambas: para la primera, la separación no es ni puede ser automática, sino que *será separado en tanto esté sujeto a proceso penal*, mientras que para la segunda *quedará inmediatamente separado y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes*. En nuestra opinión, la norma que debe prevalecer es la constitucional, y para ello apelamos en primera instancia a dos argumentos: el primero es que la norma jerárquicamente superior, sobre todo si es clara en su literalidad, debe derrotar a la norma jerárquicamente inferior, *i. e.* la constitucional por encima de la legal, y el segundo que la norma en beneficio del inculpado o de la persona debe prevalecer sobre aquélla, que es en su perjuicio, en este caso también la constitucional sobre la legal.

Cabe destacar que para algunos, el juez debe aplicar la disposición legal que tiene un dudoso origen y pedigrí constitucional, en tanto que no sea declarada inconstitucional. Aunque la preocupación puede estar fundada en el sentido de que una decisión de un cuerpo colegiado electo, como sería un congreso, pueda quedar sin efecto por el criterio de una sola persona no electa como sería un juez. Sin embargo, la decisión de aplicar o no una norma legal de dudosa constitucionalidad puede ser impugnada, por una u otra parte, ya sea por aplicar una ley inconstitucional o por dejar de aplicarla, por considerarla inconstitucional, con lo que a final de cuentas se tendría que resolver sobre su constitucionalidad.

La cuestión es que en México se ha adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, donde solamente la Suprema Corte de Justicia puede en funciones de tribunal constitucional, declarar la inconstitucionalidad de una ley. No obstante, si el juez se limita a resolver un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, a partir de apelar a la mayor jerarquía de la primera sobre la segunda y sin prejuzgar sobre la constitucionalidad de la última, no debería haber problema.

De hecho, el tercer argumento se funda en lo ordenado por la segunda parte del artículo 133 de la Constitución: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposi-

ciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados”.

Lo anterior sugiere que los jueces están facultados para aplicar no solamente las leyes —e inclusive los tratados—, sino además armonizarlas con la Constitución. Por ello, consideramos que un juez no tiene por qué aplicar una disposición legal de dudosa constitucionalidad cuando tiene un enunciado constitucional claro y preciso, sin que ello implique que se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la ley cuya declaración ha quedado reservada solamente para la Suprema Corte.

Al respecto, ofrecemos un cuarto argumento, uno que podemos caracterizar como consecuencialista o funcionalista, para evidenciar lo incongruente que sería considerar que basta la declaración de procedencia para haber quedado separado inmediatamente, sobre todo si traemos a colación el hecho de que la declaración de procedencia es, en principio, inatacable, conforme al párrafo sexto del propio artículo 111: “Las declaraciones y las resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

Supongamos que una vez que la Cámara ha declarado que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado: 1) el Ministerio Público no ejercita la acción penal; 2) el juez, aun cuando el Ministerio Público ejerció la acción penal, niega la orden de aprehensión, o 3) el juez, aunque otorgó la orden de aprehensión, al final de cuentas no dicta el auto de formal prisión. En estos casos ¿qué pasaría?, ¿o acaso sería congruente afirmar que estaría o quedaría separado de su cargo indefinidamente? Por supuesto que los efectos de la separación inmediata e indefinida del cargo no pueden ser considerados como consistentes, porque dejarían al inculpado en estado de indefensión, y tampoco podría reasumir su función, porque no hay una sentencia absolutoria.

En este sentido, reiteramos que la declaración de que ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado tiene el efecto de separarlo del cargo, pero solamente en tanto esté sujeto a proceso y forzosamente a partir del auto de formal prisión. De hecho, consideramos que se le ha retirado el fuero constitucional o la inmunidad procesal asociada a su cargo, pero exclusivamente para poder ser procesado por la causa penal que dio lugar a la “declaración de procedencia”, y no para cualquier otro asunto.

Con relación a la pregunta de si sería necesario restablecer al servidor público en su cargo y su fuero, y, en su caso, cómo hacerlo, habría que formular sendos comentarios.

Por una parte, en lo referente al cargo, consideramos que si no hubo un auto de sujeción a proceso nunca quedó separado de su encargo; y, por ello, no habría necesidad de restablecerlo en el mismo. Y, respecto al fuen-
ro, estimamos que éste solamente se retira para que puedan proceder penal-
mente en su contra por una causa específica y no para ninguna otra causa,
y; por ende, una vez desaparecida la causa, independientemente de que no
haya sido a partir de una sentencia absolutoria o no condenatoria, gozaría
de su fuero a cabalidad.

Por otra parte, a quienes consideran que sería necesario restituirle el fuen-
ro, y sobre todo a quienes creen que no existe forma de hacerlo, habría que
recordarles que no es estrictamente necesario hacerlo, y reiterarles que el
mismo órgano autorizado para promulgar “x” lo está para derogar “x”, o
aquel facultado para autorizar “y” está para anular “y”. Aunque el supuesto
no esté contemplado de manera expresa, se entiende como si lo estuviera,
al menos de modo tácito. Es más, la Cámara de Diputados que, con funda-
mento expreso en el artículo 111 constitucional, al declarar que ha lugar a
proceder penalmente en contra de tal o cual servidor público, le quitó el
“fuero” se lo puede restituir con el mismo sustento, al atender a lo dispues-
to por el inciso f) del artículo 72 de la Constitución: “En la interpretación,
reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trá-
mites establecidos para su formación”.

V. EFECTOS MEDIATOS: SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS

Si bien el sistema penal ya no se podría caracterizar en su conjunto des-
de hace mucho tiempo por ser inquisitorial, sino acusatorio, subsisten al-
gunas figuras que podrían sugerir lo contrario. Entre ellas, habría que traer
a colación al menos dos. La primera es que a diferencia de la gran mayoría
de los países, la presunción de inocencia no está todavía reconocida explí-
citamente en la Constitución mexicana. La segunda deriva de alguna forma
de la primera, debido a que en lugar de presumirse que la persona es ino-
cente se presupone que es culpable. Por lo cual al inculpado se le suspen-
den sus derechos políticos desde el momento en que está sujeto a proceso, a
partir del auto de formal prisión, sin que haya todavía una sentencia
definitiva y firme en su contra.

Cierto es que la garantía de presunción de inocencia no está todavía re-
conocida explícitamente en la Constitución, pero la Suprema Corte de Jus-

ticia de la Nación ha llegado a la conclusión de que está implícita. Así, a partir de la interpretación de los principios que ya están, como son las garantías consagradas en los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19 párrafo primero; 21, párrafo primero; y 102, apartado A, párrafo segundo, la Suprema Corte ha sostenido: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.⁹

Asimismo, la presunción de inocencia está incorporada a la Constitución a través de los tratados ratificados por México, en 1981, a saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los cuales en sus artículos XXVI, 14, fracción 2, y 8o., respectivamente, consagran que toda persona acusada tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que no sea declarada culpable, y en caso de duda hay que atenerse no sólo a lo más beneficioso para el inculpado o la persona sino también a su libertad: *in dubio pro libertatis*.

Aun cuando somos de la opinión de que no es estrictamente necesario que la presunción de inocencia sea explicitada a través de una reforma constitucional, coincidimos en que es mejor que esté incluida a no estarlo. Al respecto, habría que recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo consagra en su artículo 8o. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, sino también impone en su artículo 2o. el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este orden de ideas, lo recomendable sería consagrar la presunción de inocencia expresamente tal y como lo proponía la iniciativa de Reforma Integral de Justicia y Seguridad presentada en el 2004. No obstante, insistimos en que el *texto* constitucional en este aspecto todavía no se ha reforma-

⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, agosto de 2002, 9a., t. XVI, 14, p. XXXV/2002.

do, pero que se puede afirmar sin temor a equivocarse que en su *contexto* ya había mutado.

De hecho, se puede decir que la presunción de inocencia sería no solamente la respuesta correcta, sino la única respuesta correcta. En especial, después de que la presunción de dolo fue derogada del propio Código Penal por un decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1984.¹⁰ Cabe recordar que el artículo 9o. —al igual que el 9o. del Código de 1871 y el 14 del Código de 1929— presumía el dolo, al disponer en su letra: “La intención dolosa se presume, salvo prueba en contrario”. Hoy en día, dicho numeral se limita a definir, en su párrafo primero: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

No obstante, el artículo 38 de la Constitución prescribe en qué casos “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden”, y entre ellos menciona en la segunda fracción: “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”. Aunque resulta contraintuitivo hablar de un artículo de la Constitución que sea inconstitucional, no es admisible una interpretación a la letra o literal para sugerir que desde la fecha del auto de formal prisión se suspenden los derechos o prerrogativas de un ciudadano, entre ellas a votar y a ser votado.

Decimos que dicha interpretación es inadmisible porque México ha ratificado la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos instrumentos consagran entre otros los derechos de todo individuo a formar parte del gobierno de su país, directa o indirectamente a través de sus representantes, en general, y, a votar y a ser votado, en elecciones libres y periódicas, en particular, como lo disponen el inciso b) de la fracción I del artículo 23 y el inciso b) del artículo 25, respectivamente. Si bien, el Estado mexicano expresó su reserva sobre este punto, pero lo hizo solamente para efectos de que los ministros de cultos no pudieran desempeñar cargos públicos ni ser votados, como lo prevé el inciso c) del artículo 130 de la Constitución.

Así, salvo los ministros de cultos, todo ciudadano tiene la oportunidad de ejercer estos derechos sin “restricciones irrazonables” como sería la de

¹⁰ Véase Islas de González Mariscal, Olga, “El dolo en el derecho penal”, *Jus Semper*, núm. 7, 1990.

suspender los derechos políticos de una persona sujeta a proceso penal, a partir de un auto de formal prisión, cuando las convenciones, declaraciones y pactos de derechos humanos consagran explícitamente la presunción de inocencia. Lo anterior implica que la restricción razonable no podría ser estar sujeto a un proceso criminal o penal, a partir de un auto de formal prisión, sino únicamente a través de una condena o sentencia definitiva y firme, la cual da lugar al supuesto previsto en la fracción III del mismo numeral 38 de la Constitución: “Durante la extinción de una pena corporal”.

La aparente contradicción entre estas dos interpretaciones: la literal, que parte del *texto* constitucional, y la sistemática, que apela a su *contexto* —esto es, a la incorporación o recepción directa de los tratados en materia de derechos humanos que estén de acuerdo con la Constitución, al ampliar las garantías— no se puede resolver nada más al apelar a un criterio jerárquico, como lo hicimos antes, donde la norma superior derrota a la inferior. Al respecto, la Constitución dispone en la primera parte de su artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma... serán la Ley Suprema de toda la Unión”, pero la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resultante del amparo en revisión 1475/98 sostiene TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.¹¹

Ahora bien, para resolver esta contradicción habría que apelar a la primacía de los derechos humanos, como las “cartas que dan un triunfo indiscutible” al ser “el juego que mata a todos los demás” (*rights as trumps*) —como diría el mismo Dworkin— para apoyar que la interpretación que debe prevalecer en caso de duda es la más beneficiosa para la persona: *in dubio pro homine*.¹² O sea, la que deriva de los tratados debe derrotar a la de la Constitución, porque se presume que éstos están de acuerdo con ella, en su conjunto. Por más curioso que puede parecer, en caso de que haya una contradicción con relación a los derechos humanos entre la Constitu-

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, noviembre de 1999, 9a., t. X, núm. 192867, 46, p. LXXVII/1999. Cfr. Flores, Imer B., “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 235-249.

¹² Véase Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167.

ción y un tratado, o bien, entre dos o más tratados entre sí, debe prevalecer, conforme al principio de progresividad, aquella que sea más beneficiosa al ampliar de manera progresiva los contenidos y el reconocimiento de los derechos humanos.

Para reforzar este punto es imperativo ofrecer un argumento adicional. Resulta que el artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es uno de los pocos que mantiene su formulación y redacción originales desde 1917, al no haber sido reformado hasta la fecha. Lo anterior es relevante, porque de un gran total de 161 decretos que han adicionado o modificado en 428 ocasiones el *texto* de los 136 artículos constitucionales, incluidas las 9 veces que se han reformado sus transitorios, solamente 36 artículos no han sufrido al menos formalmente ninguna alteración. Sin embargo, desde su promulgación a la fecha, el sistema jurídico mexicano ha cambiado mucho en todo su *contexto* y muy en especial en materia de derechos humanos, al grado de poder sostener que por el principio de progresividad la fracción segunda ha quedado sin efecto, tal como el cuarto párrafo del artículo 22, que contempla todavía la pena de muerte.

Es más: el hecho de que a un inculpado se le suspendan sus derechos políticos desde el momento en que está sujeto a proceso, a partir del auto de formal prisión, sin que haya todavía una sentencia definitiva y firme en su contra, es contrario a la propia Constitución, y más concretamente a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, ya citado.

En este sentido, la segunda fracción del artículo 38 constitucional está en conflicto no nada más con los tratados internacionales, sino con la Constitución misma, al privar a una persona de sus derechos políticos sin que medie un juicio. Cabe recordar que la contradicción entre las dos normas de igual jerarquía se resuelve a favor de la que es más beneficiosa, coherente con el contexto lógico-sistemático y su evolución histórica, así como progresiva en la protección y reconocimiento de los derechos humanos. Por todo lo anterior, en definitiva, no se pueden suspender los derechos políticos automáticamente por estar sujeto a proceso a partir de un auto de formal prisión, sino hasta que no se dicte una sentencia definitiva y firme que sea resultado de un juicio, según lo previsto en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional.¹³

Es conveniente recordar que en el caso de una sentencia absolutoria no procedería el indulto —como lo señala la parte final del séptimo párrafo

¹³ Le agradezco a Marcos Celis Quintal el ayudarme a fortalecer este argumento.

del artículo 111 constitucional—, y que incluso en los casos en que se admite el perdón hay una tesis del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el sentido de que éste no eliminaría la causa de inelegibilidad.¹⁴

VI. ¿(IN)ATACABILIDAD?

Si bien es cierto que la Constitución dispone, como ya vimos, en el sexto párrafo del artículo 111 que las declaraciones o resoluciones de la Cámara de Diputados son inatacables, habría que preguntarse si efectivamente no se puede admitir recurso ni medio de defensa alguno, y en caso contrario bajo qué condiciones.¹⁵ Así, se supone que, en principio, no procede el amparo en contra de la declaración de procedencia, que es un acto eminentemente político, pero cabría la posibilidad de impugnar no el “desafuero” en sí, sino la violación a alguna garantía consagrada en la Constitución durante la “declaración de procedencia”, como serían: la garantía de audiencia, el debido proceso legal, y el derecho de defensa y/o a aportar pruebas en su descargo, entre muchas otras.

No obstante, la Corte, al resolver por unanimidad de diez votos (al estar pendiente el nombramiento del undécimo ministro) la contradicción de tesis 32/2004, estableció que ninguno de los actos de la Cámara de Diputados emitidos dentro de un procedimiento de “declaración de procedencia” es impugnable en amparo, y que por ello se actualiza un motivo manifiesto e indudable de improcedencia:

[L]a resolución de declaración de procedencia no vincula a la autoridad jurisdiccional que debe instruir el proceso penal, por lo que el servidor público inculpado puede reasumir su función si obtiene resolución favorable, de ello se sigue que la determinación de la Cámara de Diputados es eminentemente política, en tanto retira el privilegio que aquél tiene en razón de su encargo y cualquier probable violación al procedimiento relativo deviene inatendible para efectos de la procedencia del amparo, ya que la

¹⁴ “Inellegibilidad. El perdón de la pena otorgado por el Ejecutivo, es insuficiente para dejar sin efecto la causa de (legislación del estado de Chiapas)”, Sala Superior, Tesis S3EL 042/98, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002*, p. 502.

¹⁵ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, *El desafuero...*, cit. en la nota 1, pp. 211 y 212.

propia resolución final no prejuzga respecto del fondo de la cuestión planteada, sino que únicamente determina la conveniencia de someter al servidor público a la potestad de la autoridad jurisdiccional competente, cuando se reúnan los requisitos de ley.

Lo anterior es recogido en sendas tesis de jurisprudencia: DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA. LOS ACTOS EMITIDOS POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y LA SECCIÓN INSTRUCTORA DURANTE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO SON INATACABLES, INCLUSO A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO,¹⁶ y DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA. SE ACTUALIZA UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO, RESPECTO DE LOS ACTOS EMITIDOS POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y LA SECCIÓN INSTRUCTORA, DURANTE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO.¹⁷

De igual forma, parecería que tampoco procede la controversia constitucional, tal como la misma Corte —al extender los alcances de las dos tesis anteriores al resolver el recurso de reclamación 208/2004-PL derivado de la controversia constitucional 70/2004— estipuló en la tesis aislada: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. ES NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN REALIZADOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA (DESAFUERO).¹⁸

Sin embargo, del hecho de que no proceda el amparo ni la controversia constitucional contra *actos* de la Cámara de Diputados dentro de la “declaración de procedencia” no se sigue que esta última vía sea del todo improcedente. Cabe recordar que las controversias constitucionales tienen la finalidad de dirimir una disputa entre dos o más poderes, ya sean federales y/o locales, por supuestas invasiones a sus respectivas competencias. En este sentido, claro está que no procedería en contra de los actos ni del sentido de la resolución, pero sí en cuanto a cuáles son los alcances o efectos de la misma —quedar (inmediatamente) separado del cargo, o bien, quedará separado o será separado del mismo en tanto esté sujeto a proceso penal— y cuál es el procedimiento que se debía seguir —el del primer o el del quinto párrafo del artículo 111 constitucional—.

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P./J 100/2004, México, octubre de 2004, 9a., t. XX, 6.

¹⁷ *Ibidem*, 7.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P. LXVII/2004, México, diciembre de 2004, 9a., t. XX, 1118.

Así, en la controversia constitucional 23/2005 interpuesta por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, ésta alegó básicamente que la Cámara de Diputados se excedió en sus facultades constitucionales al considerar —en el punto segundo de su declaratoria del 7 de abril del 2005— que por el hecho de declarar que ha lugar a proceder penalmente en contra del jefe de gobierno, éste “queda separado del encargo”; y al estimar —en su segundo transitorio— que la Asamblea Legislativa no está facultada para participar en el procedimiento de declaración de procedencia, al comunicarle el contenido de la declaratoria, pero nada más para su conocimiento.

A final de cuentas, por una mayoría de seis votos contra cinco, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el recurso de reclamación 137/2005 resolvió el 19 de mayo de 2005: primero, revocar el auto de admisión fechado el 13 de abril de 2005, dictado por la ministra instructora dentro de la controversia constitucional referida, y segundo, desechar por notoriamente improcedente dicha controversia.

Al respecto, la ministra instructora había admitido la demanda no sin antes advertir que la tesis aislada referida líneas arriba —en el sentido de que la controversia constitucional era improcedente— “no resulta aplicable, ya que, en la especie, en un acto soberano, dos legislaturas constitucionalmente establecidas, una en el ámbito federal y otra en el ámbito local —Distrito Federal—, en uso de sus facultades soberanas, interpretaron en forma diversa el artículo 111 constitucional”. De forma tal, estima que la controversia constitucional procede no contra la declaración de procedencia en sí, sino en contra de la interpretación hecha por la Cámara de Diputados, al ser contradictoria de la realizada por la Asamblea Legislativa.

Por su parte, la mayoría compra el argumento de la Cámara de Diputados en el sentido de que no había dos interpretaciones contradictorias, porque “la Cámara no interpretó el artículo 111, sino que se limitó a aplicarlo”. De tal suerte, coincide con ésta “cuando afirma que no entró en interpretaciones acerca del contenido o alcance del artículo 111” y “que se concretó a ejercer la competencia que le atribuye la Constitución literalmente en esta materia”.

Por supuesto que dicha aplicación no es sino el producto de una interpretación: una interpretación literal del primer párrafo del artículo 111, pero interpretación al fin. En cambio, la Asamblea Legislativa parte del quinto párrafo del mismo numeral y por medio de una interpretación extensiva e integración analógica pretende incluir al jefe de gobierno del Distrito Federal dentro del género gobernador de un estado.

Asimismo, tanto la Cámara como la Asamblea interpretan de manera diferente el alcance de la primera parte del párrafo séptimo del artículo 111 constitucional: “El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal”. Cuando la primera declaró “quedá separado”, parecería sugerir que ya estaba sujeto a proceso penal, y que queda inmediatamente separado, en tanto que la segunda entendía “será separado” o “quedará separado” en tanto esté sujeto a proceso, pero que todavía no lo estaba y que, en consecuencia, tampoco quedaba separado automáticamente.¹⁹

Cabe adelantar que consideramos que la Cámara de Diputados sí se excedió en sus atribuciones constitucionales, porque debía limitarse a declarar “si ha o no lugar a proceder contra del inculpado” y dejar que los efectos corrieran por sí solos. Así, al señalar que el jefe de gobierno “quedá separado del encargo” —aunque no dice que lo hace con fundamento en el artículo 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos— la Cámara parece sugerir que queda inmediatamente separado y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes, en lugar de “será separado” o “quedará separado” en tanto esté sujeto a proceso, como lo dispone el artículo 111 de la Constitución, con lo cual ciertamente se excedió en sus atribuciones.

Está claro que el servidor público no quedaría separado del cargo sino hasta que fuera sujetado a proceso, a partir de un auto de formal prisión. Por ello podría permanecer legal y legítimamente en su cargo en tanto no se girara una orden de aprehensión y como consecuencia hasta que se le dictara el auto de formal prisión y quedara ya sujeto a proceso penal. En ese sentido, en caso de presentarse en sus oficinas e incluso firmar cualquier documento no se le podría imputar el haber cometido un ilícito.

Mucho menos el de usurpación de funciones, el cual —por definición— implica que alguien, a quien llamamos “usurpador” despoja de y/o se apodera de la función pública que le compete desempeñar a alguien más, a quien llamamos “usurpado”. Sin embargo, en este caso, al menos en tanto que no se le haya separado del cargo ni nombrado un sustituto para acabar

¹⁹ Aun cuando, como adelantamos, la mayoría de la Suprema Corte resolvió desechar por notoriamente improcedente dicha controversia, coincidimos con la minoría en el sentido de que no existían elementos jurídicos suficientes para desechar de plano la controversia constitucional y, en consecuencia, procedemos a analizar a continuación los dos puntos controvertidos: la separación (inmediata) o no del cargo; y, la participación o no de la Asamblea Legislativa.

el periodo, parecería que el “usurpador” y el “usurpado” serían la misma persona.

Aunado a lo anterior, el artículo 111 de la Constitución consagra dos procedimientos diferentes para la declaración de procedencia: uno, en el primer párrafo, incluye en su listado a “el Jefe de Gobierno del Distrito Federal” con la participación exclusiva de “la Cámara de Diputados”; y, otro, en el quinto párrafo, incorpora en su enumeración a “los Gobernadores de los Estados” con la participación además de la Cámara de Diputados de “las Legislaturas locales” para que éstas en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda, conforme a lo previsto por este párrafo:

Para proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

El problema es que en apariencia el jefe de gobierno podría encajar en cualquiera de los dos supuestos. Dentro del primer párrafo, por estar enlistado expresamente, y en el quinto párrafo, por haber sido considerado, en casos anteriores, como perteneciente a la clase o grupo “Gobernador de un Estado”.²⁰ Cabe aclarar que en las circunstancias pasadas no estaba incluido explícitamente como jefe de gobierno, pero que a partir de una interpretación extensiva y de una integración analógica *ad simile*, por las semejanzas entre las facultades y las funciones ejercidas con las de un gobernador de un estado se le consideró *como si* fuera tal.

El hecho de que en otros contextos se le haya comprendido como un gobernador de una entidad federativa no implica que en este caso tuviera que ser considerado nuevamente como tal. En especial, si tomamos en cuenta que el supuesto del primer párrafo regula de manera explícita el caso del jefe de gobierno, a diferencia de las otras coyunturas, en las cuales la

²⁰ DISTRITO FEDERAL. EL JEFE DE GOBIERNO TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EJERZA LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE ARTÍCULO 97, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, diciembre de 2003, 9a., t. XVIII, 11, p. XXVII/2003.

discusión era precisamente si estaba contemplado aunque fuera tan sólo de modo tácito, al no estar mencionado expresamente.

No obstante, se podría formular un argumento para sugerir que las reformas constitucionales que gradual o progresivamente le han conferido mayores facultades o funciones al jefe de gobierno lo han transformado materialmente en gobernador de un estado, por la identidad entre las facultades o funciones de ambos, además de ser cargos de elección popular. De tal forma, la mención en el primer párrafo parecería haber sido derogada, a partir de alguna de las cláusulas derogatorias, incluidas en los artículos transitorios de las reformas, las cuales indican que todas las disposiciones que estén en contradicción con la reforma de referencia quedan derogadas, para ser contemplado en exclusiva por el supuesto contenido en el quinto párrafo.

Pese a que este último argumento tiene alguna plausibilidad, se presume que en dado caso el propio órgano o poder revisor de la Constitución habría incluido al jefe de gobierno del Distrito Federal junto a los gobernadores de los estados, en el párrafo quinto, o al menos habría mencionado que ésa era su intención o voluntad en la exposición de motivos, lo cual no fue el caso.

En el supuesto, sin conceder, de que para este caso se pudiera considerar al jefe de gobierno como si fuera gobernador de un estado o entidad federativa, sería necesario considerar también a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como una Legislatura local. Asumimos que tampoco habría problema para equipararla, en especial, porque el artículo 111 de la Constitución alude a una expresión más amplia como “Legislaturas locales” en lugar de una más estrecha como “Legislaturas de los Estados”.²¹

²¹ La primera locución, al ser más amplia, resulta ser menos problemática que la segunda, porque puede abarcar o comprender todas las “Legislaturas locales”, con independencia de su denominación. En cambio, la segunda, a partir de una interpretación literal y restrictiva, parecería sugerir que únicamente incluye a las “Legislaturas de los Estados” que integran la Federación, pero no a la del Distrito Federal, el cual no es propiamente un estado, sino una entidad federativa. No obstante, somos de la opinión de que a partir de una interpretación extensiva de la palabra “Estados”, así como histórica y sistemática, pero sobre todo funcional, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es —y debe ser— considerada no sólo como una de las “Legislaturas locales”, sino también como una de las “Legislaturas de los Estados”, por realizar las funciones legislativas —aunque limitadas— en el ámbito local e independientemente de su denominación. Cabe advertir que este no sería el caso cuando era “Asamblea de Representantes del Distrito Federal”, porque no realizaba este tipo de funciones.

Sin embargo, habría una cuestión imposible de sortear: a diferencia de lo que sí sucede en el caso de las Constituciones estatales que prevén cuál sería la participación de la Legislatura local en el procedimiento de declaración de procedencia, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal no regula este supuesto. Por lo tanto, está clarísimo que debe prevalecer o privilegiarse una mención explícita con un procedimiento expreso, a una interpretación extensiva y una integración analógica para incluir al jefe de gobierno dentro del grupo de gobernador de un estado, cuando no hay un procedimiento previsto para tal caso, con lo cual la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tendría ninguna directriz de cómo proceder en ejercicio de sus atribuciones.

VII. EPÍLOGO

A pesar de cambiar la denominación de “desafuero” por la de “declaración de procedencia”, tanto la actividad o proceso como el producto o resultado son los mismos y mantienen la doble función de garantizar no sólo que los servidores públicos podrán ser perseguidos penalmente, sino también que no lo serán injustamente. En otras palabras, el “desafuero”—al implicar la privación de un fuero—debe garantizar que nada ni nadie usen la ley como escudo para gozar de impunidad, pero además que nada ni nadie la utilicen como arma para atacar a sus enemigos.

En este orden de ideas, la “declaración de procedencia” no juzga ni prejuzga sobre el fondo del asunto, sino que simplemente se limita a retirar una inmunidad procesal cuando no se trata de una persecución injusta. De igual forma, deben estar acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como la tipificación del delito en una ley y la pena (exactamente) aplicable al mismo también en una ley, conforme a sendos aforismos latinos: *nulla crime sine lege* y *nulla pena sine lege*.

El principal efecto inmediato del “desafuero” es el separar del cargo al servidor público, pero solamente en tanto esté sujeto a proceso penal, a partir de un auto formal de prisión, como lo establece el artículo 111 de la Constitución federal, y no de manera automática ni indefinida, como (al parecer) lo estipula el numeral 28 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Pùblicos. Ahora bien, dentro de los efectos mediatos está el suspender los derechos políticos del servidor público conforme a la fracción II del artículo 38 constitucional. Sin embargo, lo anterior resulta con-

tradictorio del principio de presunción de inocencia, mismo que está reconocido de modo implícito en nuestra Constitución conforme a la interpretación de la Suprema Corte.

En lo referente a la atacabilidad o no de la “declaración de procedencia”, habría que decir que el sentido de la declaración o resolución es inatacable en sí, como lo consagra el párrafo sexto del artículo 111 constitucional, porque se trata de una decisión política que no juzga ni prejuzga sobre el fondo del asunto. Sin embargo, ello no quiere decir que no se pueda atacar algún vicio de competencia o de procedimiento, así como los alcances de los efectos de la misma. En este sentido, consideramos que no existen elementos jurídicos suficientes al menos para desechar de plano una controversia constitucional si se impugna que quien realizó el desafuero no tenía competencia para hacerlo, que no se siguió el procedimiento previsto, o que los alcances y las limitaciones de los efectos fueron violentados.

En resumidas cuentas, uno de los principios fundamentales de un (verdadero) Estado de derecho es que los primeros en cumplir la ley deben ser aquellos que han de aplicarla. De esta forma, reiteramos que nada ni nadie debe ni puede estar por encima de la ley, en especial, los servidores públicos, quienes además han jurado protegerla.