

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO
RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ.**

El suscrito disiente, respetuosamente, del criterio sustentado por mis compañeros magistrados respecto del sentido que rige el expediente directo penal *****/****, interpuesto por el quejoso *********, contra la sentencia reclamada de la Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en atención a las consideraciones siguientes:

Mis compañeros magistrados conceden el amparo y protección de la Justicia de la Unión al quejoso mencionado, para que se deje sin efectos la sentencia reclamada, se emita otra en la que se reitere lo relativo a la acreditación del delito de **ROBO CALIFICADO** en agravio del ofendido *********, así como su plena responsabilidad y con libertad de jurisdicción ante la insuficiencia probatoria absuelva al peticionario de amparo del delito de **ROBO CALIFICADO** cometido en agravio de ********* y proceda a determinar el grado de culpabilidad que le corresponda por uno sólo de los delitos e imponga las penas aplicables las que no podrán ser mayores a las que fueron determinadas inicialmente; lo anterior, en virtud de que el reconocimiento que se realizó del entonces detenido por parte del denunciante ********* y la testigo *********, en cámara de Gésell, sin la asistencia técnica de un defensor de oficio o particular, fue considerado inválido, en atención a la

jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro:

"RECONOCIMIENTO O IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO DE MANERA PRESENCIAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. LA AUSENCIA DEL DEFENSOR GENERA COMO CONSECUENCIA LA INVALIDEZ DE LAS DILIGENCIAS RESPECTIVAS"

La cual se encuentra vigente a partir de su publicación el seis de febrero de dos mil quince, y obligatoria a partir del nueve siguiente, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013, del Máximo Tribunal.

Sin embargo, el suscrito no comparte el criterio mayoritario en virtud de lo siguiente:

Los artículos 1º y 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado el dieciocho de junio de dos mil ocho, aplicable al caso concreto, establecen los supuestos mediante los cuales todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En ese sentido, el propio ordinal 20 constitucional, anterior y posterior a dicha reforma de 2008, establece los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, entre otros, a recibir asesoría jurídica, a ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del

desarrollo del procedimiento penal; a coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso; a que se desahoguen las diligencias correspondientes; a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley; y a que se le repare el daño.

Ahora bien, dentro de estas prerrogativas de la víctima o sus familiares se encuentra subsumido el “derecho a la verdad”, que consiste en obtener de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos ocurridos y las responsabilidades correspondientes a través de la investigación y el juzgamiento de los autores.

Derechos que si bien no se encuentra explícitamente recogido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, lo cierto es que desde sus inicios tanto la Comisión Internacional de Derechos Humanos como la Corte Interamericana han determinado que el contenido del “derecho a la verdad” y las consecuentes obligaciones de los Estados, se manifiesta a través del análisis integral sobre derechos establecidos tanto en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y muy concretamente en los numerales 1º y 25 de este último ordenamiento, bajo el principio de progresividad en la protección de derechos humanos.

Por lo que hoy podemos decir, que de acuerdo con los artículos 1° y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los ordenamientos internacionales, se coloca en un mismo plano de igualdad los derechos del acusado y los de la víctima u ofendido del delito, por ello, debe velarse no sólo por los derechos de aquél, sino también por los de ésta.

Es ilustrativa al tema, la contradicción de tesis 229/2011, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 21/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en 1084, libro VIII, correspondiente a mayo de dos mil doce, tomo 1, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro: 2000942, Materias: Constitucional y Común, que es de rubro y texto siguientes:

“VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE ABSUELVE AL ACUSADO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que constitucionalmente se han reconocido derechos a la víctima u ofendido del delito -entre ellos la legitimación procesal activa a fin de acreditar su derecho a la reparación del daño-, al grado de equipararlo prácticamente a una parte procesal, y que una resolución puede, de facto, afectar su derecho fundamental a la reparación del daño proveniente de la comisión de un delito, cuando no ocurra por afectarse la pretensión reparatoria. De ahí que si el juicio de amparo directo es el medio procesal idóneo para reclamar la constitucionalidad de una sentencia

definitiva o las resoluciones que ponen fin al juicio, es evidente que el ofendido o víctima legalmente reconocidos en el proceso natural están legitimados para promoverlo contra la sentencia definitiva que absuelve al acusado, ya que ésta afecta el nacimiento de su derecho fundamental previsto en el artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con lo anterior se hace efectivo el derecho de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 constitucional, al permitir que la víctima u ofendido reclame la constitucionalidad de la resolución de la cual depende el nacimiento del derecho fundamental a la reparación del daño, favoreciendo sus derechos al permitírsele reclamar la correcta aplicación de la ley a través del juicio de amparo.”

Así como la diversa contradicción de tesis 371/2012, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 40/2013 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 123, libro XXII, correspondiente a julio de dos mil trece, tomo 1, Décima Época, Registro: 2003918, Materias: Constitucional y Común, que es de epígrafe y texto siguientes:

“AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO CUANDO SE IMPUGNAN APARTADOS JURÍDICOS DIVERSOS AL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA. Conforme al principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, entre ellos, los derechos de acceso a la justicia y recurso efectivo, garantizados en los

artículos 1o., 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la víctima u ofendido del delito tiene legitimación para impugnar, a través del juicio de amparo directo, la constitucionalidad de todos los apartados que conforman la sentencia definitiva condenatoria. De ahí que no se actualice la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el numeral 10, ambos de la Ley de Amparo, por el hecho de que la víctima u ofendido impugne apartados jurídicos diversos al de reparación del daño de la sentencia definitiva; lo anterior es así, toda vez que la legitimación para promover un juicio constitucional no se constriñe a los supuestos establecidos expresamente en el referido artículo 10, sino que debe atenderse con la amplitud de protección establecida en el artículo 20 constitucional y analizar cuando se reclama la afectación personal y directa de algunos de los derechos humanos ahí reconocidos. Dicha legitimación es acorde con el principio de equilibrio de las partes procesales en materia penal y con el reconocimiento de la calidad de parte activa en el sistema procesal a favor de la víctima u ofendido del delito, ya que permite exigir el derecho a conocer la verdad; solicitar que el delito no quede impune; que se sancione al culpable y se obtenga la reparación del daño, mediante la impugnación no sólo de la eventual ilegalidad del apartado concreto de reparación del daño, sino también de los pronunciamientos judiciales relacionados con los presupuestos de acreditación del delito, la demostración de la plena responsabilidad penal del sentenciado y la individualización de

sanciones. Consecuentemente, la legitimación de la víctima u ofendido del delito para promover juicio de amparo directo debe interpretarse en sentido amplio y protector como instrumento legal y eficaz que garantice la protección de sus derechos humanos, en franca oposición al delineamiento de acciones regresivas.”

En tal orden de ideas, el artículo 5° de la Ley de Amparo, vigente a partir del tres de abril de dos mil trece, reconoce como parte del juicio constitucional a la víctima u ofendido como quejoso o tercero interesado, a quien también este órgano jurisdiccional, debe salvaguardar sus derechos humanos, con independencia de que promueva amparo adhesivo, pues dicho aspecto no es condicionante para que se protejan sus prerrogativas.

Bajo este contexto de protección y hablando de la “jurisprudencia”, es claro que de conformidad con el numeral 217 de la citada ley reglamentaria en vigor, la que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales; mientras que la que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios

de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente; finalmente, la que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

Sin embargo, el suscrito magistrado considera que en el tema de la “aplicación de la jurisprudencia”, ésta debe ser a partir de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, o antes, si de ella tuvieron conocimiento por otra de las vías previstas en la Ley de Amparo, tal como lo establece la tesis LXXXVI/2000, emitida por la referida Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 200, tomo XII, correspondiente a agosto de dos mil, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Materia Común, que es de epígrafe y texto siguientes:

“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO PUEDE EXIGIRSE SU APLICACIÓN A LOS TRIBUNALES, SINO A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, O ANTES, SI DE ELLA TUVIERON CONOCIMIENTO POR OTRA DE LAS VÍAS PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO. De la interpretación adminiculada y armónica de los

artículos 192 y 195 de la Ley de Amparo, se obtiene que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para los tribunales y que aprobado el texto de la tesis jurisprudencial, se remitirá al Semanario Judicial de la Federación y a los tribunales de amparo, para su publicidad y difusión. Por tanto, aunque la jurisprudencia es obligatoria en cuanto se integra, sólo puede exigirse de los tribunales su aplicación a partir de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, o antes si tuvieron conocimiento de ella por otros medios, entre ellos, los previstos por los artículos 195, fracciones III y IV, y 197-B, de la Ley de Amparo. Por lo tanto, si al momento de resolver una cuestión jurídica aún no se había dado a una jurisprudencia aplicable al caso concreto la debida difusión por los medios señalados, ni existen datos que demuestren su conocimiento previo por los tribunales de amparo, no puede, válidamente, imputárseles su inaplicación.”

Es decir, no debe tener un efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, como actualmente acontece con la aplicación de criterios, en tanto ello constituye una violación al principio de retroactividad, contemplado en el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues se le da el tratamiento de una ley, cuando cabe recordar que sólo es una fuente de la misma.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los

aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta "conformación o integración judicial" no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del Juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional.

Por lo que, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no debe tener efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, conforme lo indica el artículo 14 constitucional; Incluso, sobre el particular la legislación de amparo en vigor, establece en el referido ordinal 217, último párrafo, que:

"La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Bajo ese orden de ideas, estimó que si en el ámbito del derecho penal, las partes que intervienen son el inculpado y la víctima u ofendido del delito, y la Constitución, Tratados

Internacionales, Ley de Amparo y demás legislaciones secundarias, protegen los derechos fundamentales de ambos, como quedó expresado, entonces, si al momento de resolver una cuestión jurídica aún no existía la jurisprudencia o no se había dado la aplicable al caso concreto la debida difusión por los medios señalados, ni existen datos que demuestren su conocimiento previo por los tribunales, entonces no puede aplicarse en el futuro retroactivamente.

De ahí que no es posible adoptar el criterio que se establece en este asunto, pues al hacerlo se está desprotegiendo a una de esas partes, en el caso, la víctima u ofendido o sus familiares, quienes tiene el derecho de conocer la “verdad” y que el autor del delito, sea sancionado, esto al aplicar retroactivamente la jurisprudencia que al momento de resolver no se encontraba vigente.

Por lo que, el suscrito Magistrado insiste en considerar que, en el caso, no se está ponderando esa salvaguarda a los derechos de los ofendidos o víctimas del delito ante la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, pues a la fecha de la emisión de la sentencia reclamada que fue el diecisiete de mayo de dos mil doce, no se encontraban vigentes los criterios de rubros: **"DEFENSA ADECUADA DEL INCULPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN**

DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS" y "RECONOCIMIENTO O IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO DE MANERA PRESENCIAL EN EL PROCEDIMIENTOS PENAL, LA AUSENCIA DEL DEFENSOR GENERA COMO CONSECUENCIA LA INVALIDEZ DE LAS DILIGENCIAS RESPECTIVAS", toda vez que dichas tesis se publicaron el once de abril de dos mil catorce y el seis de febrero de dos mil quince.

De ahí que en estricto apego a derecho y a la justicia, por existir pruebas suficientes con valor pleno, conforme a una valoración lógica y jurídica, debió negarse el amparo solicitado.

Firma el ciudadano magistrado **RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ**, ante el secretario de tribunal Arturo Valle Castro, que autoriza y da fe.

MAGISTRADO DISIDENTE.

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ.

SECRETARIO DE TRIBUNAL.

ARTURO VALLE CASTRO.