

**S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 68**

**O R D I N A R I A**

**SEGMENTO MATUTINO**

**MARTES 15 DE JUNIO DE 2010**

En la ciudad de México, Distrito Federal, siendo las once horas del martes quince de junio de dos mil diez, se reunieron en el Salón de Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar Sesión Pública Ordinaria, los señores Ministros Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José de Jesús Gudiño Pelayo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza.

El señor Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia abrió la sesión y el secretario general de acuerdos dio cuenta de lo siguiente:

**I. APROBACIÓN DE ACTA**

Proyecto de acta de la sesión pública número sesenta y siete en sus segmentos matutino y vespertino, celebrada el lunes catorce de junio de dos mil diez.

Por unanimidad de once votos el Tribunal Pleno se aprobó dicho proyecto.

## II. VISTA Y RESOLUCIÓN DE ASUNTO

Asuntos de la Lista Oficial para la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el martes quince de junio de dos mil diez.

### II.1 1/2009

Facultad de investigación 1/2009 respecto de los hechos ocurridos el cinco de junio de dos mil nueve en la Guardería ABC, del esquema vecinal comunitario del Instituto Mexicano del Seguro Social, ubicada en la ciudad de Hermosillo, Sonora. En el Dictamen del señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea se propone: *“PRIMERO. En los hechos del incendio de la Guardería ABC, ocurrido el día cinco de junio de dos mil nueve en el municipio de Hermosillo, del Estado de Sonora, se incurrió en violaciones graves de garantías individuales, en los términos señalados en los considerandos séptimo y noveno de este dictamen. SEGUNDO. Las autoridades responsables de las violaciones graves de garantías individuales se precisan en el considerando décimo primero de este dictamen. TERCERO. Remítase el presente dictamen a las autoridades precisadas en los considerandos décimo primero y décimo segundo, en los términos y para los efectos ahí establecidos. CUARTO. Publíquese en el Diario Oficial de la Federación, en la Gaceta del Gobierno del Estado de Sonora y en el*

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en los términos establecidos en la parte final de esta resolución.”*

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea indicó que en la sesión del día de ayer se dieron diversos argumentos en contra de la propuesta que sometió a consideración sobre la naturaleza de la facultad de investigación prevista en el párrafo segundo del artículo 97 constitucional, señalando que a continuación abordará de manera temática las referidas objeciones.

Como primer bloque, se refirió al argumento relativo a que ya está fijada la naturaleza de la atribución en comento, considerando que al haberse incorporado recientemente a este Alto Tribunal resultaba necesario que fijara su postura sobre el alcance de la facultad de mérito. Agregó que las modificaciones de integración de un Tribunal Constitucional dan lugar a los cambios de criterio, especialmente cuando la votación es estrecha sobre un tema específico, debiendo reconocerse que también genera nuevos procedimientos o nuevos aspectos de reflexión, lo que sucedió en la sesión de ayer sobre nuevas perspectivas que no se habían tomado en cuenta. Por ende, consideró incorrecto sostener que el criterio respectivo está acabado pues la reflexión jurisdiccional debe ser permanente. Lo anterior, sin afectar la consistencia de este Alto Tribunal, respecto de la cual se ha preocupado de manera permanente, siendo importante reconocer que la consistencia no implica congelar los

critérios, pues es posible modificarlos dando las razones que lo justifiquen y precisó que en el caso de la atribución prevista en el artículo 97 constitucional se trata de una institución que está en permanente evolución y que se ha venido adaptando a los diferentes asuntos.

En ese tenor, señaló que reiterará su posición en cada ocasión en que se presente el ejercicio de esta atribución, sin menoscabo de respetar los razonamientos de los demás señores Ministros, por lo que solicitó respeto a la posibilidad de plantear un punto de vista diferente, señalando que su compromiso es con el acatamiento a los derechos fundamentales, pudiendo equivocarse en cuanto a la forma pero no en cuanto al fondo o a la intención.

Agregó que las objeciones al proyecto se dieron tomando partes aisladas de éste, incluso fuera de su contexto o con un sentido diferente al que se proponía, quizá por errores de redacción, o haciendo referencia a aspectos que no están mencionados en aquél.

Por lo que se refiere a las menciones a la ética y a la moral, consideró que se partió de una visión reduccionista del fenómeno jurídico constitucional.

En cuanto a la autoridad moral precisó las objeciones que se realizaron, señalando que no se utilizó en ninguno de los sentidos que se le atribuyeron.

Mencionó que no hizo referencia a la moral como religión, ya que existen distintos tipos de moral: pública, laica y privada.

Precisó que cuando en el proyecto se hace mención a la moralidad o a la ética se hace referencia a principios que subyacen a las normas constitucionales, particularmente a principios como libertad, igualdad, dignidad y solidaridad, los que han sido juridificados a través de su incorporación al texto constitucional; la ética privada defendida por una corriente o una iglesia no puede considerarse como una ética pública, la cual es el conjunto de objetivos o fines que se considera debe realizar el poder político a través del derecho; como moralidad política su vocación, es la de configurar y organizar la vida social y establecer objetivos y responsabilidades del poder a través del derecho, por lo que citando a Robert Alexy sostuvo que no es ajeno a la función de un tribunal hacer referencia a la moral.

En relación con la autoridad moral desde un punto de vista de prestigio o de legitimidad social de un tribunal, precisó que ésta se construye con las decisiones de cada día, a lo cual no se refiere en el proyecto, pues cuando se habla de la autoridad moral se refiere a lo señalado por el señor Ministro Silva Meza, lo que indicó que suscribiría en sus términos. Además, señaló que dicha autoridad deriva de la función constitucional que le asiste para velar por los principios, valores y derechos fundamentales de la

Constitución, lo que no es ajeno al derecho ni siquiera a una corriente positivista, por lo que no se trata de un autoelogio sino del reconocimiento de una responsabilidad y que se tiene de ser digno a ésta.

En cuanto a la autoridad política precisó que no se refiere a la política partidista ya que este Alto Tribunal es un órgano político al ser el órgano terminal del Poder Judicial de la Federación y atendiendo a sus funciones que tienen una trascendencia política que es sin duda, la declaración de invalidez de una ley con efectos generales.

Incluso, este Alto Tribunal ha sostenido que es inconstitucional la omisión legislativa parcial, lo que revela una importante autoridad política que deriva de la propia Constitución por la jerarquía que le da a la Suprema Corte.

Por lo que se refiere a la responsabilidad constitucional, política y ética precisó que no se trata de tres tipos de responsabilidad sino de una responsabilidad institucional que emana de una declaración de la Suprema Corte en el sentido de que determinadas autoridades violaron gravemente garantías individuales, siendo necesario permear en el servicio público una ética diversa a la que actualmente rige.

Señaló que la censura no se refiere al régimen parlamentario, sino que la palabra puede tener diversos

significados, dependiendo de cómo se emplea, por lo que una declaratoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece violación a derechos fundamentales de manera grave es una censura, una llamada de atención y un extrañamiento de mayor nivel que no se puede evitar.

Por otra parte, si se sostiene que el artículo 97 constitucional no permite determinar responsabilidades, la referida facultad de investigación no tendría sentido, por lo que no sería necesario ejercerla; sin embargo, si se ha de ejercer, debe dársele un sentido.

Agregó que la Constitución no es un libro de texto, ni debe interpretarse de manera literal sino funcional, pues faculta a la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación para señalar violaciones graves a derechos fundamentales.

Señaló que no pretende se impongan sanciones de algún tipo a los servidores públicos responsables, sino que se trata de una facultad para señalar a los responsables de dichas violaciones.

Indicó que la facultad en comento es extraordinaria desde el momento en que se trata del quinto asunto que se resuelve en los últimos quince años.

Manifestó que el ejercicio de esta facultad puede darse cuando las autoridades han fallado al haber sido superadas,

destacando que en el caso desde que habían pasado tres meses ya se advertía esa situación, lo que se corrobora por el hecho de que al haber pasado un año, no se han determinado las responsabilidades de las autoridades responsables, siendo que las cosas continúan tal como se encontraban al inicio de la investigación.

Indicó que con el ejercicio de esta atribución no habría invasión a la esfera de otros Poderes a diferencia de lo que anteriormente se sostenía respecto de una declaración de invalidez, sin que advierta la razón para no ejercerla en los términos propuestos.

Mencionó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí manda mensajes al resolver cada uno de los asuntos de su competencia en el sentido de que la resolución de este Alto Tribunal tiene una especial trascendencia, en la inteligencia de que en el caso concreto el mensaje será en pro o en contra de los derechos humanos que puede cambiar la cultura política y las prácticas judiciales, además de que se puede fortalecer el estado de las cosas para señalar lineamientos a las autoridades responsables.

Precisó que en el proyecto se propone que si al momento en que se elabora éste se advierte una diversa violación de derechos fundamentales podrá realizar el análisis correspondiente recordando que en un proceso

jurisdiccional como es el caso de la controversia constitucional y de la acción de inconstitucionalidad se suple la deficiencia de la queja para declarar incluso la invalidez de actos sin que se escuche sobre ese punto preciso a las autoridades demandadas, por lo que por mayoría de razón en un procedimiento de investigación no debe existir algún obstáculo para analizar las diversas violaciones percibidas al momento de la elaboración del proyecto.

Recordó que en el caso de presentarse alguna duda respecto de la aplicación de las reglas relativas al Acuerdo General Plenario 16/2007, se debe estar a lo previsto en la Constitución. Asimismo, aclaró que no sostuvo que se tratara de un proceso atípico, pues no se trata de un proceso ni de un procedimiento judicial, sino de un procedimiento de investigación similar al que llevan a cabo los ombudsmen.

Estimó que si bien no se trata de un medio de control de la constitucionalidad con efectos de nulidad o de sanción concreta, lo cierto es que en la doctrina de derecho procesal constitucional, e incluso en México los autores más prestigiados le han reconocido su carácter de medio de control de la constitucionalidad.

En cuanto al uso de los términos de derechos fundamentales y de garantías individuales recordó que la doctrina ha considerado como fundamentales a los previstos en la Constitución General, derechos humanos a los

consagrados en tratados internacionales y garantías individuales a las garantías jurisdiccionales que permiten tutelar derechos fundamentales, estimando que en todo caso se trata de un problema de términos que pudiera resultar secundario.

Agregó que desde su óptica no hay inconveniente en cuanto a referirse a derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos, al existir una tradición en este Alto Tribunal para emplear los citados conceptos indistintamente, agregando que la mayoría de los Tribunales Constitucionales del mundo dedican aproximadamente el noventa por ciento de sus asuntos a su protección.

Indicó que el órgano límite del sistema jurídico mexicano es la Suprema Corte como Tribunal Constitucional, extrañándole que ahora no se asuman las consecuencias de ser un tribunal de esa naturaleza, precisando que en su propuesta se hace eficaz la facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional.

Agregó que no ha cambiado sus convicciones con motivo de las objeciones realizadas en la sesión anterior, reconociendo que se cuenta con distintas significaciones de los conceptos, por lo que en aras de lograr un avance en la solución del proyecto planteó una nueva propuesta consistente en que en los términos propuestos por el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia se haga referencia

únicamente a una responsabilidad constitucional, precisando en qué consiste ésta; explicar a qué se refiere con autoridad política y moral de este Alto Tribunal e indicando en qué términos se da la vinculación a las autoridades responsables.

El señor Ministro Aguirre Anguiano felicitó al señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea pues estimó que con lo expresado el día de hoy dio lectura a un diverso proyecto, para lo cual ejemplificó con lo señalado en la foja dieciocho de éste, ante lo cual el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea precisó que se trata de una errata.

Agregó que en el nudo de la cuestión no ha habido una modificación pues se habla de un reproche moral a las autoridades y se refiere a la responsabilidad de éstas, sin que haya cambios de esencia en la nueva propuesta.

Precisó que existe una moral constitucional y una moral entre los constituyentes, para lo cual citó a Voltaire como hombre religioso y con profundas convicciones morales, lo que no lo hacía coincidir con la jerarquía católica, sin que por ello desconociera sus valores, señalando que se podría mencionar a enciclopedistas, a jacobinos o a liberales como Benito Juárez quien tenía relevantes convicciones morales.

Agregó que sostuvo que el Tribunal Constitucional no puede ahorrarse el camino de la norma para referirse a principios morales o éticos, al no encontrar distinción entre ambos. Señaló que los principios morales y las normas tienen una conjunción, pues éstas siempre tienen un para qué, señalando que los valores respectivos no se aplican directamente sino mediante la aplicación del derecho.

En cuanto a lo señalado por Alexy no hizo objeción alguna. Indicó que la responsabilidad solamente puede derivar de un juicio en el que se determine ésta, lo que solamente se logra a través de una sentencia y si bien al ejercer la facultad de investigación en comento se han realizado diversos esfuerzos, lo cierto es que esta atribución ha servido para meter en el congelador las responsabilidades de otros, cuestionando si en el caso concreto pudiera sostenerse que las autoridades no han actuado precisamente por estar pendiente de resolverse este asunto, señalando que su convicción es no ejercer esta atribución.

Mencionó que no pueden establecerse responsabilidades sin que se haya desahogado un juicio en el que se escuche a los servidores públicos respectivos.

El señor Ministro Cossío Díaz señaló que efectivamente la nueva explicación que dio el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea es diversa a la propuesta del

proyecto, para lo cual refirió a la consideración relativa a que se trata de un medio de control cuando únicamente se trata de una defensa de la Constitución, toda vez que no se trata de un elemento técnico en este sentido.

Además, recordó que cuestionó el origen de la autoridad moral de este Alto Tribunal indicando que en la sesión anterior lo sostuvo a raíz de la participación del señor Ministro Silva Meza, por lo que se tendría que hacer referencia a que el sujeto, objeto o método tienen una condición moral, surgiendo la interrogante de por qué esta Suprema Corte de Justicia de la Nación tendría una autoridad moral como sujeto interpretativo de la propia Constitución, considerando que la Constitución tiene un carácter moral, al ser un conjunto de reglas, principios y valores. En cuanto a los métodos interpretativos señaló que si el propósito de la Constitución es moral también lo serán los métodos respectivos, siendo necesario precisar que el carácter moral de este Alto Tribunal deriva del objeto que interpreta y no asignarse una condición moral.

Agregó que comparte muchas de las ideas que ahora explicitó el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, señalando que podría votar con las dos precisiones que se han realizado, restando únicamente considerar que la atribución puede ejercerse no solamente cuando los demás medios y autoridades han fallado, pues si en esos términos se entendiera por qué este Alto Tribunal cuenta con autoridad

moral no tendría problema en votar a favor del proyecto en este sentido. Agregó que la corrección señalada por el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia en la sesión anterior, quedó precisada en el proyecto por el señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea.

Indicó que lo único que le generaría inquietud sería lo relativo a sostener que quienes voten en contra del proyecto, consideren que no existen responsables por la tragedia, pues en el considerando que se analiza en este momento, únicamente se identifica la naturaleza de la facultad de investigación.

Por ende, indicó que votará a favor del proyecto modificado salvo por lo que se refiere a que se puede ejercer la atribución únicamente cuando las autoridades han sido rebasadas y los medios procedentes se han agotado pues en ocasiones anteriores se llevó a cabo de manera paralela con las investigaciones de los otros órganos del Estado, debido a la magnitud de las violaciones a los derechos fundamentales.

El señor Ministro Aguirre Anguiano señaló que el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea solicitó respeto a sus opiniones indicando que no sólo tiene respeto por sus opiniones sino aprecio, consideración y afecto.

La señora Ministra Luna Ramos reconoció la defensa realizada por el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea y precisó que lo señalado el día de hoy sobre la autoridad política no se contiene en el proyecto aunado a que al hablarse de política en la sesión del día de ayer indicó las diversas acepciones de la palabra política sin comprenderla desde un punto de vista partidista.

También señaló que ha votado en contra del criterio relativo a la procedencia de los medios de control de la constitucionalidad contra las omisiones legislativas relativas.

Agregó que la palabra responsabilidad no es referida en el artículo 97 constitucional y el constituyente no tuvo temor en sí establecerla en el capítulo correspondiente a responsabilidades de la propia Norma Fundamental.

En cuanto al sentido de la facultad de investigación en comento señaló que se le da el sentido que se ha extraído de la Constitución y de las demás disposiciones legales, extraído incluso de los debates realizados por el constituyente, siendo discutible ir más allá de lo que determina el texto constitucional. Coincidió en que este Alto Tribunal no debe mantener de manera permanente sus criterios, aun cuando el cambio de éstos se debe dar cuando el Pleno está convencido de los argumentos que se han presentado, lo que no ha sucedido en el presente asunto, señalando que no encuentra bajo su convicción un cambio

de paradigma para considerar esta facultad de una manera distinta.

Agregó que es una facultad de uso limitado pues se trata del séptimo asunto en el que se ejerce, siendo éstos: León, Veracruz, Aguas Blancas, \*\*\*\*\*, Atenco, Oaxaca y la Guardería ABC.

Estimó que este Alto Tribunal sí envía mensajes al dictar una sentencia en la que se pronuncia sobre la validez o invalidez de una norma, o bien, a través de la interpretación constitucional, siendo una cosa muy distinta mandar lineamientos de cambios a una política y a una moral pública, lo que escapa a las atribuciones de esta Suprema Corte.

Por lo que se refiere a la figura ilimitada de la facultad de investigación coincidió en que opera la suplencia de la queja en diversos asuntos, incluso en materias en las que antaño se consideraban de estricto derecho, debiendo tomarse en cuenta lo previsto en la fracción VI del artículo 76 bis de la Ley de Amparo o en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

Señaló que su crítica fue a la facultad ilimitada sobre la determinación de las reglas a seguir para desarrollar el ejercicio de la respectiva facultad investigatoria, para lo cual este Pleno ha emitido un Acuerdo General e incluso ha

*Sesión Pública Núm. 68*

*Martes 15 de junio de 2010*

emitido tesis en las que se limita el ejercicio de dicha atribución, recordando que tal como sucedió en el caso de \*\*\*\*\* , se debe atender a lo previsto en la Constitución General de la República, para lo cual dio lectura al texto vigente del artículo 16 constitucional, en los párrafos conducentes, cuando se resolvió la respectiva facultad de investigación. Por ello, señaló que ante una razón constitucional se determinó que una prueba no podía tomarse en cuenta.

Reconoció que no ha sido la idea de comparar a esta facultad con la jurisdicción laboral, sino únicamente referirla por las reglas que rigen el dictado de los laudos relativas a la buena fe guardada y a la verdad sabida, por lo que se trató de una mera referencia que no es necesario preservar.

En cuanto a la denominación de derechos fundamentales o garantías individuales estimó que es una forma particular de referirse a lo mismo conforme al gusto de quien utilice el término respectivo.

Señaló que al hablarse de responsabilidades respecto de la atribución del artículo 97 constitucional sí se estaría arrogando este Alto Tribunal atribuciones que no le corresponden pues dicho numeral nada dice al respecto.

Por ende, manifestó que estaría en contra de la nueva propuesta en cuanto a referir a una responsabilidad

constitucional de los servidores públicos involucrados en las violaciones graves de garantías, ya que no lo prevé así el citado precepto constitucional.

Consideró que este Alto Tribunal no puede emitir pronunciamientos de manera ética, moral o política, por lo que se manifestó en contra del proyecto modificado.

El señor Ministro Gudiño Pelayo señaló que siempre se han respetado los criterios de los demás señores Ministros, considerando que en el caso la posición del señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea ha enriquecido la discusión, con lo que se cumple con la finalidad de los nombramientos escalonados que toma en cuenta incluso el diverso origen de los señores Ministros, considerando que el Ministro ponente tiene todo el derecho de exponer su visión.

Estimó que el tema en comento se ha debatido en diversas ocasiones, al expedir el Acuerdo General respectivo y en los asuntos de Atenco y de Oaxaca, por lo que resulta razonable que alguno de los señores Ministros esté convencido de los criterios actuales.

Señaló que su concepción personal estriba en que la facultad de investigación en comento tiene una función equivalente a lo que en otros sistemas se ha denominado como una comisión de la verdad, manteniéndose en los criterios sostenidos al resolver el último precedente fallado

por este Alto Tribunal, por lo que al respecto se aparta de la propuesta.

Por lo que se refiere a las responsabilidades, señaló que en el caso de Oaxaca se opuso a liberar de responsabilidades a los altos funcionarios, ya que la palabra responsabilidad tiene varios significados, algunos diferentes y otros semejantes.

Un primer significado es aquél que desarrolla adecuadamente sus responsabilidades, en tanto que otro es el de aquél que ha incurrido en una conducta ilícita y, otra forma de responsabilidad, es la de aquél que se encuentra a cargo de una institución, alcance este último que debe darse a lo previsto en el artículo 97 constitucional, en tanto que las autoridades competentes serán las que determinen si existe o no culpabilidad.

Por ende, manifestó que está de acuerdo con que en ese último aspecto de responsabilidad se incluyan a todas las autoridades señaladas en el proyecto del señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, sin menoscabo de preferir el término de autoridades involucradas para evitar incertidumbre.

Por otra parte, señaló que el párrafo segundo del artículo 97 constitucional indica que la finalidad de la atribución en comento es únicamente averiguar algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de una

garantía individual, por lo que el eje rector de esta fracción es la investigación de hechos, aunado a que deben implicar una violación grave de garantías individuales y autoridades involucradas en la comisión de las conductas respectivas.

El señor Ministro Aguilar Morales reconoció el valor del señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea en la defensa del proyecto y se sumó a lo considerado por él en cuanto a que la finalidad esencial de su función es la tutela de los derechos fundamentales, lo que ha sido su intención durante los veinticinco años que ha fungido como titular de órganos jurisdiccionales protectores de garantías individuales.

Señaló compartir las aclaraciones realizadas el día de hoy por el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, aun cuando difieren un poco de lo expresado en el proyecto. Consideró que el dictamen que emita este Alto Tribunal puede tener diversos efectos en los sentidos moral y ético, reconociendo que todo tribunal que resuelve un caso concreto manda un mensaje sobre lo determinado, sin compartir que en la determinación de este Alto Tribunal se fijen responsabilidades morales o éticas, ya que el objeto de la facultad en comento, por mandato constitucional, consiste en averiguar los hechos que pudieren resultar en violación grave de garantías individuales así como investigar qué autoridades realizaron los actos violatorios de éstas, es decir, las autoridades involucradas, y aun cuando no se opondría a referir a responsabilidades lo cierto es que ello

podría generar confusiones sobre el contexto en que se emplea la palabra responsabilidad en un tribunal pues implicaría alguna de las responsabilidades señaladas en los precedentes como en el caso de Oaxaca, en la inteligencia de que lo determinado por este Alto Tribunal será únicamente la existencia de hechos que violan gravemente garantías individuales y de la existencia de autoridades involucradas.

Reiteró que no se posiciona en contra de las disertaciones del señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea, pues manifestó su conformidad con el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver asuntos de este tipo, envía un mensaje fuerte e importante, pero no como un pronunciamiento resolutivo.

Además, señaló no compartir que se trata de una facultad que se ejerce porque fallaron otros medios de control considerando que es un mecanismo extraordinario pero no excluyente porque se caería en el riesgo de sostener que respecto a los que están en curso, no tendría sentido resolverlos, reconociendo que son fallidas y que por tal razón, se decreta una resolución en ese sentido.

Compartió la postura relativa a que el derecho evoluciona y se pueden modificar los criterios fijados por el Pleno para lo cual es necesario ocuparse de las razones de éstos para abandonarlos de manera justificada, siendo

necesario estudiar los precedentes respectivos para determinar si este Alto Tribunal está cambiando la naturaleza de la facultad de investigación prevista en el artículo 97, párrafo segundo, constitucional.

El señor Ministro Valls Hernández expresó su respeto a las posturas de cada uno de los señores Ministros especialmente al señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, considerando que el debate enriquece las resoluciones de este Alto Tribunal.

Reconoció que en ocasiones anteriores se han señalado a los involucrados en las violaciones graves de garantías individuales, rechazando categóricamente que este Alto Tribunal sea el ombudsman supremo al no existir norma que así lo justifique, manifestándose en contra de la propuesta del proyecto en su considerando segundo.

El señor Ministro Silva Meza manifestó compartir la determinación de una responsabilidad constitucional que lleva implícita una responsabilidad política de un alto contenido moral, siendo necesario que se haga referencia a ese tipo de responsabilidad, considerando que debe dársele el rango que le corresponde conforme a la Constitución. Manifestó su convencimiento respecto a que las decisiones del Tribunal Constitucional inciden en la división política del Estado pues su función radica en interpretar y aplicar en carácter supremo el contenido de la Constitución y al valerse

del derecho constitucional, se estará ante un derecho de contenido político en tanto que implica la configuración del Estado, la distribución de competencias, la normativización de valores y principios, lo que le da un alto contenido de dirección política en la resoluciones de este Alto Tribunal. Agregó que se identifica plenamente el mensaje que se envía cuando se dirime un medio de control de la constitucionalidad ordinario con el que se envía al resolver una facultad de investigación prevista en el artículo 97 constitucional, existiendo diferencias sobre cómo se recibe y cómo se ejecuta.

Indicó que se trata de una resolución vinculante que no es ejecutable en los términos ordinarios, aunado a que tratándose de la moral y de la ética no sostiene un absoluto, reconociendo que las doctrinas actuales señalan que para la interpretación constitucional la crítica moral es auxiliar, sin que se pueda acudir a absolutos, máxime que la Constitución está normativizando los principios y valores, por lo que se manifestó a favor de la propuesta modificada, solicitando que se matice para considerar que la atribución pueda ejercerse aun cuando otras autoridades están actuando.

El señor Ministro Franco González Salas señaló no compartir la propuesta modificada del proyecto. Reconoció lo ilustrativo del debate considerando que se trata de temas que hoy día son motivo de discusión en tribunales

constitucionales existiendo posturas doctrinarias en uno u otro sentido.

Consideró que se da por satisfecho en cuanto a la explicación que se dio sobre un punto que mencionó el día de ayer. Agregó que las diferencias estriban en un tema específico, considerando que no pueden asignarse responsabilidades de cualquier tipo, pues la propuesta no es la que señaló el señor Ministro Gudiño Pelayo sino que implica el asignar una responsabilidad que permita determinar que hubo una actuación indebida de un servidor público y, consecuentemente, resulta responsable.

Recordó que en la sesión del día de ayer precisó que la finalidad de las reglas emitidas por este Alto Tribunal para desarrollar la facultad en comento fue equilibrar los derechos fundamentales. Reconoció que existen valores y principios a los que subyacen valores éticos y morales.

Llamó a la reflexión en el sentido de que la Constitución General señala que cualquier persona imputada de algo goza de la presunción de inocencia, en la inteligencia de que no se le puede considerar culpable hasta en tanto no pase por un procedimiento en el que bajo ciertos principios, se determine su responsabilidad.

Agregó que la facultad de investigación no es un proceso pero a pesar de ello existen valores y principios de

los cuales deriva que cualquier persona debe estar en posibilidad de ejercer sus defensas, debiendo tomarse en cuenta que incluso en materia penal cuando se ejerce la acción penal no se habla de un responsable sino de un presunto responsable y hasta en tanto se lleve a cabo el proceso correspondiente, se determinará su responsabilidad.

Finalmente señaló que no estaría de acuerdo en que se ajustara el proyecto para definir que una de las finalidades de la referida facultad sea el determinar la responsabilidad constitucional de determinado servidor público pues, el peso de esa expresión es considerable.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas dio lectura a lo sostenido por Gregorio Peces Barba en el sentido de que “en épocas de estabilidad política, social y económica que han potenciado el optimismo, el positivismo jurídico ha sido la ideología dominante, mientras que en periodos turbulentos con graves atentados a las garantías individuales y colectivas la apelación de un derecho por encima de las leyes y a la consideración de las leyes que no son derecho, han estado presentes”, señalando que esa es la manera en la que entendió que el señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea construyó el considerando segundo del proyecto, indicando su conformidad con que se matice y con la inserción de algunas observaciones propuestas por los señores Ministros, manifestándose a favor del proyecto.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia señaló que la propuesta del señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea sobre un nuevo paradigma respecto a la naturaleza de la facultad en comento ha conmocionado a este Pleno. Señaló no convencerse de la propuesta compartiendo los criterios fijados por este Alto Tribunal. Agregó que no le asusta el término responsabilidad constitucional, señalando que conforme al artículo 128 constitucional todos los servidores públicos asumen esa responsabilidad al rendir la protesta constitucional.

Reconoció que la Constitución General de la República se viola y se respeta en innumerables ocasiones y el reproche al incumplimiento a la Constitución es lo que lleva a la facultad del artículo 97 constitucional, considerando que solamente se puede señalar a alguien por incumplimiento a la Constitución cuando éste tenga lugar generando una grave violación de garantías individuales.

Precisó que en el caso del juicio de amparo no hay un señalamiento público de violación a la Constitución a diferencia del artículo 97 constitucional el cual, además exige que se trate de una violación grave de garantías individuales sin que tenga el sentido de restituir las cosas al estado que se encontraban antes de la violación, considerando que no afectan los precedentes anteriores al señalar que se trata de una responsabilidad constitucional entendida como el público señalamiento de una violación grave de garantías

individuales, lo que permitiría señalar quiénes son los servidores públicos que han incurrido en las referidas violaciones graves.

El señor Ministro Cossío Díaz cuestionó si el señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea aceptaría modificar el concepto de definitividad a partir del análisis que elaboró y que fue retomado por el señor Ministro Silva Meza, así como en qué sentido se construiría el proyecto respecto del alcance de la responsabilidad constitucional, para estar en condiciones de emitir su voto.

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea señaló que la idea de la propuesta era para alcanzar una mayoría y dado que ésta no se alcanzará indicó que la retira, por lo que mantendrá el proyecto original con el agregado realizado por los señores Ministros Silva Meza y Sánchez Cordero de García Villegas respecto a considerar a los particulares como autoridades para los efectos de la facultad de investigación y aunque reconoció que no se trataba del momento procesal oportuno, anunció que presentaría su proyecto como voto particular, cuestionándose si se podría integrar como voto de minoría con los señores Ministros Silva Meza y Sánchez Cordero de García Villegas.

Reiteró que como se advierte de las versiones taquigráficas y se consignó en actas, no presentó un nuevo proyecto, sino que intentó explicar ciertas cuestiones que se

interpretaron de manera distinta por defectos en la redacción del propio proyecto.

El señor Ministro Aguilar Morales señaló que al votar el considerando segundo materia de análisis votará a favor de lo sostenido en cuanto a la naturaleza de la facultad en comento en el precedente del caso Oaxaca.

Sometida a votación la propuesta del considerando segundo del proyecto “Naturaleza de la Facultad de Investigación” se desechó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia. Los señores Ministros Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron a favor del proyecto.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia propuso que se tomara la votación como definitiva. Los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales y Silva Meza reservaron su derecho para formular votos concurrentes; los señores Ministros Luna Ramos y Franco González Salas reservaron el suyo para formular votos particulares; y el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea manifestó que el considerando adicionado con los argumentos expuestos por los señores Ministros Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza constituirá su voto particular.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia decretó un receso a las doce horas con cincuenta y cinco minutos y la sesión se reanudó a las trece horas con quince minutos.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia sometió a la estimación del Tribunal Pleno el considerando tercero “Suficiencia de la investigación”, en el cual se exponen las acciones que llevó a cabo la Comisión Investigadora por instrucciones del Tribunal Pleno en la indagación de los hechos ocurridos el día cinco de junio de dos mil nueve en la Guardería ABC, de Hermosillo, Sonora, perteneciente al esquema vecinal comunitario del Instituto Mexicano del Seguro Social, con motivo de que éstos podrían constituir una violación grave de garantías individuales; para posteriormente determinar: 1) que del análisis del acervo probatorio recabado se advierte la existencia de una gran cantidad de indicios plenamente acreditados y variados relacionados con el incendio ocurrido en la Guardería ABC, en Hermosillo, Sonora y con los actos y omisiones que le dieron origen, su atención y consecuencias; 2) que los elementos de juicio que obran en el expediente tienen armonía y concordancia entre sí, de manera que aplicando las reglas de la lógica y las máximas de experiencia es dable enlazarlos unos con otros a fin de alcanzar conclusiones fidedignas sobre los hechos investigados, sus causas, consecuencias y el deslinde de responsabilidades correspondiente, mediante la comprobación de la

inexistencia de contraindicios y la exclusión de hipótesis alternativas; y, 3) que al existir en los autos de la investigación indicios que satisfacen los criterios de fiabilidad, cantidad, pertinencia y coherencia, en relación con el incendio mencionado; las acciones y omisiones de autoridades que le dieron origen, la atención que se dio a la emergencia, y sus consecuencias, este Tribunal Pleno se encuentra en posibilidad de pronunciarse sobre la posible comisión de violaciones graves de garantías individuales y, por tanto, con fundamento en la Regla 24 del Acuerdo General Plenario 16/2007, se propone declarar que la investigación es suficiente.

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea precisó que ante la votación anterior, será necesario realizar diversos ajustes al proyecto en la inteligencia de que se hará cargo del engrose en la medida en que al final de las votaciones no se afecte gravemente su contenido; además, sintetizó las consideraciones que sostienen la propuesta del considerando tercero del proyecto.

El señor Ministro Valls Hernández se manifestó a favor del proyecto en cuanto a considerar satisfactoria la investigación realizada en el presente asunto dado que logró esclarecer los hechos y, en su momento, permitirá instrumentar las medidas pertinentes para que las autoridades, desde el ámbito de sus competencias, eviten que ocurran situaciones análogas.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas compartió la propuesta del proyecto, estimando que resulta innecesario contar con el dictamen pericial al que se ha aludido en los medios realizado por \*\*\*\*\* ya que podría allegarse a las averiguaciones previas iniciadas con motivo de los hechos para cumplir con los requisitos legales que se exigen dentro del proceso penal en materia de pruebas, lo que podría servir de base para determinar la responsabilidad de quien cometió los hechos causantes de la tragedia, pese a que no sería relevante para la presente facultad de investigación, toda vez que ésta no tiene por objeto prejuzgar sobre las responsabilidades penales de los involucrados.

El señor Ministro Aguilar Morales se manifestó a favor del proyecto y reconoció el gran trabajo realizado por los Magistrados María del Rosario Mota Cienfuegos y Carlos Ronzon Sevilla en el desarrollo de la investigación respectiva.

El señor Ministro Gudiño Pelayo señaló que en relación con la propuesta que realizó relativa a contar con el dictamen pericial en el que se sostiene que aparentemente el incendio fue intencional, manifestó que la retira ya que atendiendo a lo indicado por la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas no es necesario contar con aquél para resolver el presente asunto, por lo que se manifestó a

favor del proyecto en el sentido de que es satisfactoria la investigación realizada.

La señora Ministra Luna Ramos se unió al reconocimiento que se hizo a los señores Magistrados que llevaron a cabo la investigación y se manifestó de acuerdo con la propuesta del proyecto aunado a que resulta irrelevante el tercer peritaje al no ser ofrecido durante la investigación realizada.

El señor Ministro Aguirre Anguiano se sumó al reconocimiento de la labor de investigación realizada por los Magistrados comisionados aun cuando hayan desarrollado funciones que no les correspondían como la relativa a la auditoría de gestión y a la inspección de seguridad y de que hayan dejado de realizar diversas como indagar en las procuradurías para conocer el desarrollo de sus investigaciones, aunado a que en el informe preliminar que presentaron arribaron a conclusiones jurídicas incorrectas como se precisa en el proyecto que se somete a consideración.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia indicó que efectivamente se contaba con todos los elementos jurídicos necesarios para pronunciarse sobre el dictamen presentado y solicitó al señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea matizar la expresión contenida en el primer párrafo

de la página cuarenta y siete del proyecto, lo que se aceptó por éste.

En votación económica, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se aprobó la propuesta modificada del considerando tercero del proyecto relativo a la suficiencia de la investigación realizada.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia sometió a la estimación del Tribunal Pleno el considerando cuarto “Hechos que motivan la facultad de investigación”, en el cual se relatan de forma pormenorizada y cronológica los acontecimientos ocurridos el día cinco de junio de dos mil nueve en la Guardería ABC, de Hermosillo, Sonora, perteneciente al esquema vecinal comunitario del Instituto Mexicano del Seguro Social.

El señor Ministro Aguirre Anguiano expresó que en el proyecto la relatoría de hechos también califica éstos, lo que debería realizarse en considerando posterior, para lo cual dio lectura a lo indicado en las páginas cincuenta, cincuenta y seis, sesenta y cuatro y sesenta y cinco del proyecto.

Precisó que en este considerando los hechos deben narrarse sin calificativas.

La señora Ministra Luna Ramos señaló que en la página setenta y seis del proyecto se menciona que se conmocionó a los habitantes del Estado de Sonora siendo conveniente matizarlo pues se conmocionó a toda la Nación. Tan es así, que se decretó el cinco de junio como día de luto nacional.

Además, compartió la observación del señor Ministro Aguirre Anguiano en cuanto a no realizar calificativas en el proyecto, a lo que se sumó el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia específicamente en donde se indica “poniendo en evidencia la fragilidad del sistema de protección civil y del sistema de salud en los tres niveles de gobierno.”

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea señaló que los datos que se refieren tienen su origen en las fuentes indicadas en las notas al pie de página en tanto que el número de niños deriva del censo proporcionado por el Instituto Mexicano del Seguro Social. Agregó que dada la naturaleza de los hechos el desorden que se dio es aceptado por todas las autoridades y así se verificó por los Magistrados Comisionados, por lo que mantendría los hechos tal como se narran para saber exactamente de qué se está hablando, porque posteriormente no se tendrá el asidero para arribar a las consecuencias respectivas.

El señor Ministro Gudiño Pelayo ratificó su inquietud en el sentido de que el capítulo de hechos carece de la fundamentación suficiente para validarlo, ya que, por ejemplo, las constancias que obran en autos de la indagatoria y la información de distintas personas y autoridades, lo llevan a la convicción de que existen diversos aspectos sobre hechos inacabados que no han sido esclarecidos suficientemente, lo que adquiere relevancia para una cabal identificación en las violaciones en cuestiones federales, así como para la comprensión de las autoridades involucradas.

Por ende, estimó que para contar con bases suficientes se deben expresar con solidez los elementos de prueba base para la fijación de los hechos, tanto lo ocurrido antes de la tragedia, durante ésta y posteriormente, para advertir qué sucedió y cómo se superan las contradicciones que se presentan, ya que ni los testimonios ni las pruebas son tan unilineales como pareciera dar a entender el proyecto, considerando que no se trata de exigir la aplicación de un modelo probatorio rígido, lo que ya se superó en los precedentes de Atenco y de Oaxaca. En ese orden, precisó la relevancia que tienen los hechos para resolver el presente asunto, considerando que para cimentar la resolución es necesario un mayor análisis del material probatorio, considerando que la diversa información que se ha remitido a esta Suprema Corte recientemente lo llevan a la convicción

de que existen muchos aspectos de los hechos inacabados en el proyecto o no esclarecidos de forma suficiente o no ponderados en la propuesta así como para la comprensión de quiénes son las autoridades involucradas, no responsables.

Además, señaló que se siente en la necesidad de realizar este planteamiento dado que ha estudiado las constancias y ya tiene un criterio propio pero es su deber manifestar la carencia que advierte en el proyecto.

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea señaló que se trata de hechos que no han sido controvertidos, considerando que el proyecto relata de manera adecuada los hechos.

El señor Ministro Cossío Díaz precisó que sí existe la ausencia que indica el señor Ministro Gudiño Pelayo considerando que la narrativa que contiene el proyecto es escueta y no está correctamente relatada, pues los hechos se deben insertar en una narrativa que refiera a las constancias respectivas, en la inteligencia de que algunas de ellas son relevantes para determinar las responsabilidades que se analizan en el proyecto, atribuyéndolas o disminuyéndolas. Además, señaló que votaría a favor del proyecto formulando voto concurrente en el que desarrolle la visión que tiene de los hechos.

El señor Ministro Aguilar Morales consideró que el proyecto no contiene el rigor propio de una resolución emitida por un Tribunal Jurisdiccional, aunado a que no se cumple con lo determinado en el numeral 8.8 de los puntos para establecer la investigación de mérito relativo a “Analizar si con la conducta de acción y omisión de los funcionarios encargados del buen funcionamiento de la guardería, las consecuencias del accidente de fecha cinco de junio de dos mil nueve en la Guardería ABC pudieron evitarse y con ello se hubiera podido salvaguardar la vida e integridad de los menores que se encontraban en la misma”.

Agregó que en la página cuarenta y tres del dictamen se anunció que tal situación se analizaría en el considerando cuarto aun cuando ello no se realiza, estimando que el punto total consistiría en definir cuál es la conducta u omisión y de qué autoridad encargada del funcionamiento de la guardería que ocasionó el lamentable accidente que de haber actuado en otra forma se pudiera haber evitado, ya que únicamente podrá estimarse violatorio de garantías, si una autoridad, soslayando el contenido de un mandato legal, realiza una acción u omite ejecutarla, y si con ello genera además, una violación de garantías calificada como grave.

Por ende, estimó indispensable acreditar el nexo causal entre el deber legal ignorado y las consecuencias graves generadas, tal como deriva de lo previsto en el artículo 113 constitucional, lo que estimó indispensable para efectos de la

determinación de la grave violación de garantías, pues no se podría continuar con el análisis de la situación general de las guarderías si no se demostraran tales elementos.

Ante ello, propuso tomar en cuenta lo señalado en los puntos siete y ocho del informe preliminar que detallan objetivamente los hechos probados que pueden dar lugar a la existencia de violación de garantías. Así, para la descripción de los hechos que motivaron el siniestro, se cuenta con seis peritajes rendidos en diversos procedimientos penales, cuyas conclusiones confirman el dictamen elaborado por \*\*\*\*\*; autorizado por el Tribunal Pleno. Además, quedaron acreditadas algunas irregularidades en la configuración del inmueble en el que se encontraba la guardería, de donde se concluye que los elementos que determinaron el lamentable suceso giraron en torno del muro viciado entre ambos inmuebles, debido a la canaleta que compartían, así como a la cubierta de poliuretano que carecía de aditivos retardantes al fuego en la superficie inferior del techo de ambos inmuebles, entre otros.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia consultó al señor Ministro Aguilar Morales si la propuesta consiste en tomar los puntos siete y ocho del citado informe para la descripción de los hechos con alguna modalización.

El señor Ministro Aguilar Morales señaló que no basta con la transcripción indiscriminada de lo señalado, sino que

se debían establecer que estos hechos guardan relación con otros varios derivados de las obligaciones legales que se omitieron por diversas autoridades, para esclarecer cuáles son los hechos fundamentales para calificar la relación causal con posterioridad, determinando si constituyen o no violaciones graves de garantías individuales.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia solicitó al señor Ministro Aguilar Morales que precisara los términos en que podría quedar el considerando respectivo para contar con una alternativa de resolución.

Indicó que no participa de las expresiones consistentes en que los hechos pusieron en evidencia la fragilidad del sistema de protección civil de los tres niveles de gobierno pues no se cuenta con elementos que lo corroboren, existiendo, en todo caso, respecto del ámbito municipal.

El señor Ministro Gudiño Pelayo manifestó que podría tomarse en cuenta primero, la propuesta elaborada por el señor Ministro Aguirre Anguiano respecto a considerar los hechos y posteriormente analizarlos, por lo que el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia propuso que se sometiera a votación el considerando cuarto del proyecto para en el caso de que no se obtuviera mayoría, se elaborara uno diverso.

Sometida a votación la propuesta del considerando cuarto del proyecto en sus términos, se desechó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia. Los señores Ministros Zaldívar Lelo de Larrea, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron a favor del proyecto.

A propuesta del señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia por unanimidad de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Presidente Ortiz Mayagoitia se determinó que al narrar los hechos acontecidos en el referido considerando no se deberán calificar éstos.

El señor Ministro Cossío Díaz propuso que se elaborara una narración puntual de los hechos agregando algunas consideraciones vertidas por el señor Ministro Aguilar Morales, pues su calificación se realiza más adelante en el proyecto del señor Ministro ponente Zaldívar Lelo de Larrea.

La señora Ministra Luna Ramos señaló que para la elaboración del considerando cuarto, la narración cronológica de los hechos debía elaborarse sin calificativo alguno, además de que deben incorporarse algunos

respecto de los cuales los comisionados realizaron la investigación de mérito.

Agregó que el considerando quinto se refiere al estado general de las guarderías; sin embargo, en la relatoría se señaló lo sucedido desde el inicio del sistema de guarderías, estimando que se podría regresar al considerando cuarto para analizar la forma en la que se llevaron a cabo las autorizaciones respectivas.

Precisó que el considerando sexto se refiere a los deberes de los funcionarios en relación con el funcionamiento de las guarderías, reiterando que en el que se analiza se deben mencionar únicamente los hechos, por lo que el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia señaló que dado que la señora Ministra Luna Ramos contaba con el resumen relativo a la narración de los hechos, no era necesario que lo elaborara el señor Ministro Aguilar Morales, por lo que solicitó que la relación de hechos de la señora Ministra se fotocopiara para ser repartida, a petición del señor Ministro Silva Meza, entre todos los señores Ministros.

El señor Ministro Aguirre Anguiano precisó que debía delimitar gráficamente la manzana en la que se encontraba ubicada la guardería, ante lo cual la señora Ministra Luna Ramos recordó que el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea distribuyó el plano correspondiente.

*Sesión Pública Núm. 68*

*Martes 15 de junio de 2010*

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia convocó al Tribunal Pleno para el segmento vespertino de esta sesión pública ordinaria que tendría verificativo el mismo día a las diecisiete horas y declaró un receso a las catorce horas con cinco minutos.

**SEGMENTO VESPERTINO**

**S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 68**

**O R D I N A R I A**

**MARTES 15 DE JUNIO DE 2010**

En la ciudad de México, Distrito Federal, siendo las diecisiete horas con diez minutos del martes quince de junio de dos mil diez, se reunieron en el Salón de Plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para continuar con el desarrollo de la sesión pública ordinaria número sesenta y ocho, en su segmento vespertino, los señores Ministros Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José de Jesús Gudiño Pelayo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia sometió a la estimación del Tribunal Pleno el considerando quinto

“Estado general del sistema de guarderías”, en cuanto en un primer apartado denominado “1. Legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares” se analiza el marco legal que fundamenta su operación y se determina, en conclusión, que la interpretación legal con base en la cual el Instituto Mexicano del Seguro Social ha asumido competencia para el diseño del esquema “vecinal comunitario único” bajo el cual operaba la Guardería ABC, y la suscripción de los contratos de subrogación con particulares, es válida a la luz del marco constitucional y legal.

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea consideró que en este considerando se abordan dos temas diversos, por un lado, el de la legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares y, por otro, el del desorden generalizado en el otorgamiento de los contratos, operación y vigilancia de las guarderías subrogadas, los que ameritan tratamiento por separado y cuya propuesta podría modificar atendiendo al análisis que realicen los señores Ministros.

A continuación precisó la propuesta del proyecto en cuanto al primer tema antes referido.

El señor Ministro Cossío Díaz, en cuanto a la legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares señaló las razones que aporta el proyecto para sostener aquélla, considerando que lo concluido no puede sostenerse por

varias razones ya que en una facultad de investigación es necesario evaluar la estructura constitucional que regula las conductas relacionadas con los hechos que se investigan, siendo necesario el estudio de las acciones, de la normativa y de las políticas públicas alrededor de las cuales se suscitaron los hechos materia de la investigación, sin que éstas deban limitarse en el caso a los hechos del cinco de junio de dos mil nueve.

Consideró que el sistema legal materia de análisis no permite la posibilidad de delegar al respectivo Consejo Técnico el establecimiento mediante normas generales, de esquemas adicionales a los comprendidos de manera expresa en la ley, señalando que la potestad de delegar no es una facultad enteramente potestativa del legislador, ya que depende de la materia específica de que se trate y de su régimen constitucional y legal, con especial énfasis en los derechos fundamentales involucrados en su prestación y desarrollo, por lo que esta consideración cambia claramente la perspectiva de la presente facultad y sus efectos.

Señaló que en la fracción XXIX del apartado A del artículo 123 constitucional se prevé el seguro de servicio de guardería, como una prestación que debe estar incluida en la Ley, la cual es de utilidad pública, en tanto que dicho servicio se encuentra constitucionalmente contemplado desde la reforma constitucional publicada el treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, donde se reconoce la

condición de la mujer trabajadora y que antes de esto, derivado de la Ley Federal del Trabajo de mil novecientos treinta y uno, el servicio de guarderías tenía que ser prestado directamente por los patrones.

De lo anterior se sigue que la constitucionalización del derecho del servicio de guarderías es relevante, ya que le da plena vigencia y rango a dicha prestación y la armoniza con el resto de los derechos constitucionales relacionados con los menores: igualdad y salud, estableciendo además un vínculo especial entre el Estado y aquellos menores, mujeres y familias que gocen de la prestación del servicio y a partir de ese momento, aun cuando sea una sustitución o subrogación de la obligación original del patrón, el servicio toma un matiz distinto por el régimen jurídico que adopta, pasando a ser un servicio público y adoptando las características generales de todos los demás seguros como lo establece el artículo 4º de la Ley del Seguro Social vigente.

En este esquema se inserta al seguro de servicio de guardería como parte del régimen obligatorio de seguros previsto en el artículo 11 de la propia Ley del Seguro Social, por lo que debe mantener un régimen jurídico con ciertas características específicas.

Además, precisa que la situación general de la prestación de servicios públicos por parte de particulares se

lleva a cabo vía concesión, como lo establecen los párrafos antepenúltimo y penúltimo del artículo 28 constitucional, así como la obligación del legislador ordinario de regular la materia y, consecuentemente, su imposibilidad de delegarla a órganos inferiores, como en el caso del Consejo Técnico, impide que la actividad específica pueda ser realizada por particulares cuando ésta no se establece directamente en la ley.

Por tanto, desde su perspectiva el servicio de guardería no puede regularse mediante una mera norma técnica sino que requiere una base legal para su ejercicio por particulares que pueda tener el soporte necesario tanto operativo como de actividades concurrentes y de protección civil, así como de carácter presupuestal.

En este sentido agregó que el establecimiento de esquemas alternativos de la prestación de servicio de guarderías mediante normas sin rango de ley hace mucho más complicada su integración, por lo que quince años del ejercicio de estos esquemas es lo que generó el desorden generalizado en la prestación del servicio y la deficiencia en los esquemas de supervisión debido a la proliferación de establecimientos operados por particulares, por lo que se trata de un sistema disfuncional que nació atrofiado al no haber sido regulado por el órgano legislativo encargado de sistematizar y concretizar adecuadamente todos los

derechos fundamentales individuales y sociales que implica la prestación de un servicio como el de guarderías.

Indicó que corrobora la anterior afirmación el hecho de que la prestación del servicio de guarderías se encuentra regulado por reglamentos, normas oficiales, acuerdos, normas técnicas, manuales, puntos de acuerdos y lineamientos generales emitidos por diversas autoridades dentro del Instituto Mexicano del Seguro Social, además de las normas paralelas necesarias para la supervisión y operación de los establecimientos en los que se preste el servicio de guarderías, tanto municipales como estatales y federales en materias concurrentes y coordinadas.

Finalmente, consideró que resulta un contrasentido que en el proyecto se interpreten con tanta laxitud las exigencias del principio de legalidad cuando todo su contenido muestra y subraya que se encuentra en un campo en el que está en juego la garantía y disfrute de una serie de derechos fundamentales, objeto de la máxima protección de nuestro ordenamiento constitucional, puesto que sus titulares son los niños, porque del adecuado funcionamiento del sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social depende la satisfacción de derechos fundamentales de un grupo vulnerable, por lo que resulta exigible que tenga una base legal.

Por ende, consideró necesario profundizar en la narrativa sobre la historia del esquema vecinal comunitario del cual deriva el contrato de prestación de servicios de la Guardería ABC y sus posteriores modificaciones y ampliaciones, ya que sólo después del desarrollo de este sistema se estará en posibilidad de analizar el caso concreto de la Guardería ABC.

Agregó que la celebración del contrato de prestación de servicios de la Guardería ABC como parte del sistema vecinal comunitario único tiene su origen en la expedición del Acuerdo 844/84, del Consejo Técnico, donde se aprobó el programa de expansión del servicio de guarderías que encontraban su motivación en el Plan Nacional de Desarrollo 1983 – 1988 que ratificó el apoyo otorgado al Programa de Expansión del servicio de guarderías mediante el Acuerdo 2292/84 de septiembre de ese año, en donde además se consignó la creación de las guarderías como esquema de participación comunitaria y que las reformas a la Ley del Seguro Social de mil novecientos noventa y cinco pretendieron otorgar independencia financiera y equidad a los sujetos beneficiarios de la prestación en el ramo de guarderías.

En el mismo año se dictó el Acuerdo 519/95, en el que el Consejo Técnico dio recepción al documento denominado Alianza Obrero-empresarial para el Fortalecimiento y Modernización de la Seguridad Social, encaminado a ampliar

la oferta de lugares de guardería y establecer esquemas de servicios menos costosos.

Finalmente, el cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante Acuerdo 17.1 la entonces Comisión Ejecutiva para la Organización Administrativa del Instituto Mexicano del Seguro Social aprobó el esquema de Guardería Vecinal Comunitario del cual se da noticia hasta mayo de mil novecientos noventa y nueve en el documento denominado Bases para la Subrogación de Servicios de Guardería del Esquema Vecinal Comunitario emitido por la Coordinación de Guarderías.

Después de algunas variaciones con respecto al Acuerdo 602/2002, esquema simplificado e intermedio, el Sistema Vecinal Comunitario se consolida en su versión única en dos mil tres, mediante el Acuerdo 298/2003, donde el Consejo Técnico aprobó la operación del esquema.

De la anterior narrativa concluyó que si bien el esquema nace desde mil novecientos ochenta y tres sin cobertura legal, el mismo se encontraba sumamente acotado a los casos establecidos en el Programa Expansión, además de que se acotaba la participación de los derechohabientes en el servicio, por lo que la expansión material real se da después de mil novecientos noventa y nueve cuando se aprueba el sistema vecinal comunitario actual.

Mencionó que a dicho crecimiento aportaron las contestaciones de la Dirección General Adjunta y Normativa de Adquisiciones y Servicios de la entonces Secretaría de Consultoría y Desarrollo Administrativo a las consultas hechas por la Coordinación de Guarderías, dependiente de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales del Instituto Mexicano del Seguro Social y la Dirección Jurídica, respecto a si la subrogación de los servicios de guardería realizada por el Instituto se encontraba sujeta a los procedimientos establecidos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público, o si bien, se trataba de un servicio regulado exclusivamente por la Ley del Seguro Social, y si esas contrataciones caerían en el supuesto de excepción a la licitación pública, ya que derivado de aquéllas el Sistema de Subrogación Vecinal Comunitario se transforma en un contrato de prestación de servicios, de adjudicación directa y se consolida la proliferación de guarderías que comienza en mil novecientos noventa y nueve, estableciendo las condiciones normativas para el desorden generalizado que se identifica a partir de la revisión del expediente y la inspección física de los establecimientos elegidos por muestreo del informe preliminar y recogidos por el Dictamen.

Ante ello aclaró que la votación sobre la legalidad del sistema de prestación de servicios de guardería que llegue a darse no tiene como consecuencia su anulación, sino la admisión de que existe una evidente necesidad de

regularizarlo, pues los resultados que se emitan en la presente facultad de investigación no son de carácter jurisdiccional, dado que no pueden ser anulatorios o de invalidación de lo que llegue a estimarse irregular, por lo que con sus manifestaciones sólo pretendía hacer clara las obligaciones tanto para las autoridades legislativas como para las administrativas relacionadas con el asunto, estableciendo lineamientos y tiempos para la ejecución.

En virtud de lo anterior, se manifestó en contra del primer punto del considerando quinto del proyecto.

El señor Ministro Gudiño Pelayo señaló no compartir la propuesta del proyecto y consideró que no es lícito el sistema de guarderías a través del cual se subroga a particulares diversos a los patrones la prestación de los servicios respectivos considerando que ello deriva del análisis de los artículos 203 y 213 de la Ley del Seguro Social los que únicamente prevén que el servicio en comento se preste por el Instituto Mexicano del Seguro Social o excepcionalmente por un patrón quien cumpla con la prestación de aquél con el derecho a la reversión de las cuotas correspondientes, ya que los preceptos en comento no son suficientes para que el Consejo Técnico del referido Instituto pueda acordar la creación de un sistema de prestación de servicios de seguridad social que permita la transferencia hacia particulares del servicio de guardería que por ley le ha sido encomendado a él mismo.

Estimó que el marco jurídico actual es el que no da sustento al referido sistema de guarderías, lo que es relevante para provocar las irregularidades advertidas en la guardería ABC o en las demás guarderías del país que apunta y describe ampliamente el proyecto; consideró que lo particularmente trascendente es que revela un problema de fondo que debe destacarse por este Alto Tribunal.

Consideró que existían varias condiciones físicas y de uso de la guardería que permitieron escalar los daños provocados por el incendio, como son: primero, la existencia de orificios de 20 X 20 centímetros en el muro divisorio de la guardería y la bodega contigua, por lo que el humo y el fuego originados por el incendio se desplazaron hacia la guardería; segundo, la aplicación de espuma de polietileno en el techo; tercero, la presencia de un toldo tipo para campo plastificado, localizado en el área central de la guardería, material altamente inflamable y tóxico que propició una combustión súbita generalizada, además de un ambiente inhabitable y otras muchas circunstancias que narra el proyecto como lo son que las salidas de emergencia no tenían los mecanismos adecuados o tenían barrotes de seguridad o que dichas salidas no eran evidentes y directas, entre otros.

Agregó que dichas situaciones no era nuevas ni recientes cuando ocurrió el incendio pues eran factores de

riesgo que ya habían sido identificados y que se habían hecho del conocimiento previamente en las observaciones derivadas de las visitas de supervisión respectivas, las que debieron corregirse máxime que afectarían a menores de edad.

Ante ello, señaló que surgen las interrogantes consistentes en: ¿Por qué no se dio seguimiento a estos riesgos que ya habían sido detectados? ¿Por qué si eran aspectos que ya se habían hecho notar a los encargados de la guardería y se quedaron como observaciones de archivo a los que no se dio seguimiento ni tuvieron consecuencias? ¿Por qué se instaló una guardería en una bodega? ¿Por qué había una guardería a tan poca distancia de lugares tan riesgosos como una llantera y una gasolinera?

Estimó que la explicación a dichas interrogantes guarda relación con el hecho de que no se preveían medidas de control de uso de suelo que dieran lugar a la tutela del interés superior del niño.

Además, consideró que la interrogante de fondo encuentra explicación en el hecho de que este sistema de guarderías haya servido para favorecer a particulares dada la ausencia de regulación, considerando que más allá de la causa del incendio y de las condiciones que guardaba el inmueble, el origen de la tragedia deriva del deficiente y prácticamente nulo marco jurídico de este régimen de

guarderías subrogadas, especialmente en la forma en que se adjudicaron los contratos respectivos, lo que estimó grave, ya que conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones y Servicios las contrataciones respectivas deben realizarse conforme a una licitación y únicamente en casos excepcionales expresamente señalados en el artículo 41 de esa propia ley, al tenor de un concurso por invitación o de una adjudicación directa; sin embargo, el esquema de subrogación de servicios de guarderías opera principalmente a través de la adjudicación directa de los contratos relativos, pese a que no se actualiza ningún supuesto de excepción a la licitación pública.

Consideró que lo anterior no es irrelevante, pues la causa mayor de lo sucedido es el hecho de que la Guardería ABC fue objeto de una adjudicación directa y no de una licitación, pues de haber sido por esta vía no hubiera resultado ganadora la propuesta que dio lugar al uso de una bodega para el establecimiento de una guardería, debiendo tomarse en cuenta que, incluso, el inmueble respectivo no cumplía con las diversas condiciones exigidas en la reglas 2.3.1. de las bases para la subrogación del servicio de guardería del esquema vecinal emitidas por el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, lo que no se pudo verificar al tratarse de una adjudicación directa, cuestionando el procedimiento utilizado para llevar a cabo la adjudicación en la que no hay competidores, por lo que no hay parámetros objetivos para decidir si se otorgará o no al

particular el contrato. Además en cuanto al cumplimiento del contrato, no todos se atreven a sancionar a los beneficiados del contrato cuando éstos tienen un vínculo con servidores públicos.

Señaló que el sistema de adjudicación no garantiza las mejores condiciones de contratación para el Estado, considerando que existe una abierta discrecionalidad en el otorgamiento de los contratos para operar guarderías con lo cual se pueden favorecer condiciones de adjudicación que se inclinen a favorecer a cierto tipo de intereses fuera del marco legal y sin mirar la calidad o condiciones en que se preste el servicio, razón por la que no existe un adecuado control de las guarderías subrogadas, sin que lo dicho implique que todas las contrataciones de estas guarderías se hayan realizado bajo las irregularidades antes mencionadas, preguntándose de qué sirve que se realicen observaciones si finalmente no se les da seguimiento, qué funcionario y de qué rango se atreve a hacer efectivas sanciones administrativas o de otra índole, cuando el interesado será un particular que tuvo los nexos suficientes para obtener de la administración un contrato por adjudicación directa.

Insistió que en el caso no se debe poner el acento en cuál fue la dinámica del incendio ni en la formalidad administrativa, sin que esté por demás señalar que sólo catorce de las mil cuatrocientas ochenta guarderías subrogadas cumplieron con la totalidad de los requisitos

previstos en la normativa aplicable para que procediera la celebración del contrato correspondiente.

Por las razones señaladas consideró que el incendio acontecido no puede explicarse sólo por las circunstancias que provocaron el incendio sino por el desorden generalizado que hay sobre la situación administrativa que guarda el otorgamiento de subrogaciones del servicio de guardería, sin que los señalamientos del Tribunal deban quedarse en el desorden generalizado del sistema de guarderías, sino que la explicación está más bien en que se está ante una prestación de un servicio de seguridad social, con un marco jurídico precario que opera bajo el sistema de contratación que vela más por los intereses de los particulares contratantes que por los de la infancia.

Consideró que al final de cuentas esa es la explicación de fondo que tendría que destacar la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El señor Ministro Silva Meza compartió lo expresado por los señores Ministros Cossío Díaz y Gudiño Pelayo considerando que precisamente con lo hasta aquí dicho el alcance del ejercicio de esta facultad constata sus bondades, su naturaleza y su alcance, pues en los hechos está caminando, ya que de otra forma tal vez sólo sería el análisis duro y frío de un esquema de contratación; sin embargo, ubicados en el tema constitucional el análisis es en función

de y a partir de la Constitución para armonizar los principios de legalidad y de reserva de ley, frente a una situación que parte, inclusive del artículo 123 constitucional.

Reconoció que la postura del proyecto es discutible y pudiera pensarse que se trata de un acto delegatorio legal, sin embargo en el ámbito constitucional no pueden desconocerse las cuestiones de fondo de la naturaleza del tema de prestación del servicio de guarderías previsto en el citado precepto constitucional en conexión con los derechos superiores del menor en cuanto a su tratamiento, cuidado, vigilancia, observancia del interés superior de los niños previstos en el artículo 4º constitucional, por lo que consideró que los referidos preceptos en relación con el diverso 97 dan lugar al abandono de un modelo solidario para adoptar un modelo de negocio de carácter eminentemente mercantil, dejando de un lado el carácter social de origen de la prestación del servicio de guarderías como está previsto en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución General de la República que establece que la Ley del Seguro Social es de utilidad pública y debe comprender el servicio de guarderías, por lo que el propio dictamen va llevando a lo que se ha llamado la guardería del patrón, siendo el único modelo de subrogación autorizado por la ley.

Por ende consideró que las guarderías subrogadas no se establecen con la finalidad de crear un modelo de negocio, sino como un beneficio para los patrones que

quieren ser solidarios con sus empleados, por lo que no son un sistema de beneficio económico sino de solidaridad.

Señaló que el Consejo Técnico puede emitir otros esquemas para la subrogación como un modelo que tiene como justificación esencial la reducción de costos, lo que lleva a la necesidad de analizar la naturaleza del acto en virtud del cual se permite el funcionamiento de una guardería, lo que dio lugar a la violación de derechos fundamentales o garantías individuales, lo que se conecta en tanto que ésta distorsión constitucional puede conectarse con esas consecuencias.

Considerando que no se trata de acabar con la prestación respectiva sino dar lugar a que se establezca una regulación adecuada conforme a la Constitución para que se pueda prestar adecuadamente, sin menoscabo de que en el caso concreto se separa de la propuesta del proyecto en la calificación que se hace de esta situación aunque no de la inscripción genérica del desorden que se ha aludido.

El señor Ministro Valls Hernández mencionó que respecto del esquema vecinal comunitario único para la prestación de los servicios de guardería subrogados a particulares, consideró que no es una finalidad de la facultad que se ejerce analizar la idoneidad de la regulación para la prestación del servicio de guarderías, lo que correspondería a otras instancias, aunado a que al definirse el objeto de la

investigación se indicó que únicamente se investigará el marco jurídico aplicable al respecto no así la legalidad de la normativa en comento, considerando que a partir de lo anterior sólo es válido referirse a la normativa para conocer cómo funciona el sistema, no para determinar su legalidad, por lo que con las citadas salvedades estimó que el citado esquema sí deriva del marco constitucional y legal aplicable, ya que al tenor del artículo 264, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social tiene atribuciones para regular la prestación de los servicios de guardería.

El señor Ministro Aguirre Anguiano manifestó su adhesión al proyecto en este aspecto suscribiendo las afirmaciones realizadas por el señor Ministro Valls Hernández.

Agregó que este Alto Tribunal tiene como materia de análisis constitucional cotidiano la justicia particular y la justicia social y definir lo que es justicia lleva a Ulpiano en el sentido de dar a cada quien lo suyo, surgiendo el problema sobre qué es lo suyo de un bebé recién nacido o de un anciano en el retiro laboral, señalando que el tema se complica si se adjetiva con el carácter social.

En cuanto a la injusticia social consideró que la máxima es la mutilación de los proyectos y esperanzas de los seres humanos, agregando que la fracción XXI del apartado A del

artículos 123 constitucional señala que en la ley del Seguro Social se regularán los servicios, incluso, de guardería, por lo que se trata de una norma que se refiere al bienestar de los trabajadores y para el desahogo de sus proyectos requieren de guarderías para sus hijos, por ende si hay un sistema que mutila los proyectos será un sistema de injusticia social.

Agregó que también existen las posibilidades de disfrute y de hacer que se disfrute, señalando que podría preguntarse si es injusticia social que los trabajadores de Surinam o de Haití no tengan acceso a guarderías de gran confort que deben tener los países escandinavos, considerando que no es así, sin que ello implique que dichos trabajadores deban conformarse con menos, estimando complicado determinar cuáles son las posibilidades de sufragar esta prestación de seguridad social para los trabajadores en nuestro país, surgiendo como primer problema el presupuesto asignado al Instituto Mexicano del Seguro Social por la Cámara de Diputados, siendo necesario que los particulares auxilien a dicho Instituto en la prestación del servicio, lo que permite alcanzar condiciones de seguridad social.

Recordó que la justicia social está relacionada con las posibilidades reales, para lo cual dio datos sobre los costos mensuales y anuales que implicaría para el Instituto Mexicano del Seguro Social la prestación del servicio directo

de guarderías, señalando que su presupuesto no le permite cumplir con la función en comento, considerando que dentro del concepto de justicia social debe tomarse en cuenta no sólo el costo de operación sino incluso el de instalación, cuestionando de dónde se obtendrían los recursos para prestar esos servicios, considerando que las normas de prestaciones sociales de guardería, constitucionalmente y legalmente se adhieren perfectamente a dicho esquema, señalando que de clausurarse éstas tendrían que ir a la calle diversos niños y se mutilarían los proyectos de los trabajadores, lo que generaría una injusticia máxima, por lo que se manifestó de acuerdo con el proyecto agregando las consideraciones expresadas por el señor Ministro Valls Hernández.

La señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas se manifestó a favor del proyecto dado que el sistema de prestación del servicio de guardería tiene como finalidad otorgar a los trabajadores un sistema que brinde cuidados a sus hijos, particularmente a las madres que se han insertado al mercado laboral.

Estimó que con base en lo previsto en los artículos 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución General de la República y 213 de la Ley del Seguro Social que prevén la posibilidad de que el Consejo Técnico del Instituto en comento celebre convenio de subrogación de servicios, así como en el Reglamento para la prestación de servicios de

guardería, resulta válido que el Consejo Técnico de dicho instituto emita las normas que posibiliten a terceros prestar el servicio, siendo relevante considerar el artículo 4º, párrafos sexto y octavo, de la Constitución General, en los que se prevé que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, de salud de educación, de sano esparcimiento para su desarrollo integral, que los ascendentes y tutores tienen el deber de preservar estos derechos y que por su parte el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Además, conforme al octavo párrafo del citado precepto constitucional el Estado prestará facilidades a los particulares para que coadyuven con éste en cumplimiento de los derechos de la niñez.

Adelantó que desde su óptica el artículo 4º constitucional genera obligaciones que pueden desarrollarse por el Estado, por los particulares o por ambos, siendo esto último lo que sucede en el caso de las guarderías subrogadas.

Señaló que bajo la premisa del párrafo octavo del artículo 4º constitucional se posibilita que los particulares desarrollen el servicio de guardería en un esquema participativo con el Estado.

Consideró necesario que se realice esa interpretación armónica y funcional de los artículos constitucionales referidos para determinar que los particulares desarrollen el servicio de guarderías a través de un contrato de subrogación con el Instituto Mexicano del Seguro Social, no obstante lo anterior indicó que los particulares que desarrollen el servicio de guardería deben llevarlo a cabo conforme a estándares de excelencia, reconociendo como prioritario la adecuada atención a los menores.

Por ende, señaló que su posición se orienta a incluir de manera determinante a los socios o administradores de la Guardería ABC y a su representante legal como sujetos también de violaciones graves en esta investigación.

El señor Ministro Aguilar Morales señaló que advierte el problema desde dos aspectos, considerando que el relativo a la legalidad del sistema de guarderías no está directamente relacionado con los motivos de la investigación o con las causas que dieron lugar al siniestro, pues de ser necesario deben determinarse las causas del siniestro, la cantidad de datos, de análisis que afectarían, como lo apuntaba el Ministro Aguirre Anguiano no sólo a esta guardería sino al sistema en general que pudiera descalificarlo.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia precisó que los puntos de investigación fijados por el Pleno

previamente no podrían modificarse, ante lo cual el señor Ministro Aguilar Morales dio lectura al punto ocho de los objetivos de la investigación, estimado que ésta debe estar relacionado en todo momento con las causas generadoras del accidente, siendo discutible que la legalidad de la regulación en comento tenga una relación directa con la materia de la investigación.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagotia indicó que al haberse determinado por el Pleno la necesidad de analizar el tema relativo no es conveniente pronunciarse nuevamente sobre la necesidad de abordar dicho tema, ante lo cual el señor Ministro Cossío Díaz mencionó que atendiendo a los puntos 1, 2 y 3 determinados por el Pleno sobre el objeto de la investigación era necesario hacer un análisis del marco jurídico estatal y municipal relativo al origen, establecimiento y funcionamiento de los servicios de guardería y analizar cuáles son los alcances y grados de responsabilidad que existían entre las diversas autoridades encargadas de implementar la política pública y guarderías en razón de tratarse de un beneficio de los niños y niñas en el ejercicio del derecho a la salud y de los derechohabientes.

Agregó que desde su óptica es parte del desorden generalizado la falta de normativa que regule adecuadamente a las guarderías de mérito.

El señor Ministro Aguilar Morales señaló que pone en duda que la constitucionalidad del marco jurídico respectivo sea relevante para pronunciarse sobre la existencia de violaciones graves de garantías individuales con motivo de los hechos respectivos, ante lo cual el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia solicitó al señor Ministro Aguilar Morales que con el objeto de concluir esta ronda de participaciones se pronunciara sobre la validez de la normativa en comento.

El señor Ministro Aguilar Morales precisó que era necesario establecer si es pertinente o no hacer un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del sistema de contrataciones.

Agregó que en materia de guarderías el Congreso de la Unión determinó que la intención del legislador fue la de encomendar la prestación del servicio de guarderías a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social directamente o a través de la subrogación de las cuotas enteradas por el patrón cuando éste se hiciera cargo de dicho servicio, limitando el establecimiento de la subrogación a los servicios del ramo de enfermedades y maternidad, de donde se infiere que tampoco se aceptó lo relativo a la subrogación de los servicios de guardería a terceros.

Ante ello indicó que existen suficientes razones para dudar de la legalidad de los convenios de subrogación, las

cuales se robustecen atendiendo a la naturaleza del servicio de que se trata y al principio de reserva de la ley al tenor del cual se exige su regulación expresa en la Ley del Seguro Social, por lo cual para él queda en duda la posibilidad de que el Consejo Técnico regulara las guarderías en comento si la ley no las establecía.

Para sustentar lo anterior hizo referencia a lo acontecido respecto de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal para modificar el artículo 213 de la Ley del Seguro Social con el objeto de que el Instituto Mexicano del Seguro Social pudiera celebrar convenios de subrogación respecto del servicio de guardería, la que no fue aprobada.

La señora Ministra Luna Ramos se manifestó a favor del proyecto en esta parte, en atención a que si bien es cierto que el artículo 123 constitucional, en su fracción XXIX, Apartado A, en relación con el artículo 4º de la propia Constitución, de alguna manera establecen la posibilidad de que el servicio de guardería se otorgue a las madres trabajadoras precisamente como un beneficio y para su desarrollo, lo cierto es que también ésta se trasluce en el artículo 171 de la Ley Federal del Trabajo que indica que: “Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social de conformidad con su ley y disposiciones reglamentarias.”, y con posterioridad el artículo 203 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social que dice: “Los servicios de guardería infantil incluirán

el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los menores a que se refiere el artículo 201. Serán proporcionados por el Instituto en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico.”, donde se le da la facultad de manera expresa al Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, para establecer disposiciones para regular lo relativo al servicio de guardería.

Por otro lado, el artículo 213 determina que: “El Instituto podrá celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos cuando reúnan los requisitos señalados en las disposiciones relativas”, así como en el numeral 237, en el que se establece esta misma posibilidad respecto de los trabajadores del campo.

Además, indica que del análisis de lo previsto en el artículo 264, fracciones III y VII, de la Ley del Seguro Social se desprende que puede ser conferida a los delegados estatales cuando se trate de cuestiones relacionadas con reversión de cuotas. Y por otra parte también se establece en la fracción XVIII del citado numeral, las demás que señalen la ley y su reglamento.

Por otro lado, precisó que el artículo 31 del respectivo Reglamento Interior, determina al Consejo Técnico, además

de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Ley del Seguro Social la facultad para emitir disposiciones de carácter general que fuesen necesarias para la exacta observancia de la ley; por lo que con dichos fundamentos y revisando los que se dieron en los acuerdos respectivos del Consejo Técnico, consideró que este órgano sí tiene atribuciones para regular las subrogaciones materia de análisis.

Por otro lado, mencionó que los contratos respectivos podrían llevarse a través de licitación o adjudicación directa, como deriva de lo establecido en los artículos 26, 40 y 41 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público, en la inteligencia de que en los acuerdos del Instituto Mexicano del Seguro Social se estableció la motivación y la fundamentación para justificar la posibilidad de acudir a una adjudicación directa.

Ante ello sostuvo estar de acuerdo con el proyecto del señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea en esta parte, considerando que atendiendo al primer objetivo de la investigación, el análisis de la regulación antes referida de alguna manera podría tener relación con el siniestro que se investiga.

El señor Ministro Valls Hernandez solicitó que se votara si es necesario revisar la legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares, a lo que el señor Ministro

*Sesión Pública Núm. 68*

*Martes 15 de junio de 2010*

Presidente Ortiz Mayagoitia manifestó que ello se realizaría una vez que se terminara de discutir dicho punto.

El señor Ministro Franco González Salas se manifestó en esta parte a favor del proyecto.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia también se manifestó a favor del proyecto en atención a que todas las guarderías de México, y no solamente las que opera directamente el Instituto Mexicano del Seguro Social, responden a una obligación de Estado, aunque las presten particulares, lo que tiene que ser bajo la autorización estatal y con las mismas exigencias de seguridad, al menos en la región donde operen, sean éstas municipales, estatales o federales.

Precisó lo previsto en el artículo 3º, fracciones V y VI, constitucional, indicando que la educación inicial y la preescolar integran el sistema de guarderías, por lo que existe una obligación constitucional del Estado en cuanto a que el servicio de guarderías se preste tanto por instituciones oficiales como por particulares.

Además, sentó la premisa consistente en que el deber de cuidado a los derechos del niño de que habla el proyecto, es para todos los niños de México y no solamente para los que sean derechohabientes del Instituto Mexicano del Seguro Social.

En relación al servicio de guardería, señaló no tener dato alguno sobre si operan mejor las guarderías administradas directamente por el Instituto Mexicano del Seguro Social o las que son operadas por los particulares recordando que dicho Instituto cuando presta esos servicios actúa como una empresa aseguradora, tal como sucede con los diversos seguros que cubre por mandato constitucional.

Después de precisar cómo se cubre cada uno de esos seguros señaló que se tiene un registro de que existen mil cuatrocientas guarderías subrogadas, por lo que si los servicios que éstas prestan se tuvieran que realizar directamente por el Estado, tendría que aumentar en su nómina a alrededor de setenta mil trabajadores y construir mil cuatrocientas guarderías, lo que generaría un gravísimo problema al Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo que conforme a dichas consideraciones pragmáticas y a lo señalado en el proyecto se manifestó a favor de éste.

El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea precisó que desde la elaboración del proyecto tuvo dudas sobre el sentido del proyecto en este tema, señalando que las cargas financieras que implicaría para el Estado otorgar el servicio directamente pueden salvarse fácilmente, ya que la determinación que se adopte no implicaría la desaparición del sistema actual y bastaría que el legislativo regulara adecuadamente el servicio.

Ante ello, estimó que sí existe una reserva de ley en el artículo 123 constitucional, pero que sí es factible concesionar o autorizar este servicio a particulares, pero en términos de ley, previa licitación pública y conforme a una serie de lineamientos de calidad del servicio y de seguridad y protección civil.

El señor Ministro Aguilar Morales reiteró su postura de que no era necesario llegar a pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad del sistema del servicio de guarderías.

El señor Ministro Cossío Díaz, insistió en que sí era necesario ese pronunciamiento, ya que el desorden generalizado de la normativa que regula el servicio de guarderías es un tema importante sobre el cual el Pleno deberá pronunciarse y hacer una recomendación o hacer un señalamiento al legislador y a otras autoridades para que establezcan una ordenación general del sistema de guarderías, para lo cual se requiere el establecimiento de disposiciones legales apropiadas, por lo que el pronunciamiento respectivo sí debe formar parte de esta resolución.

El señor Ministro Aguirre Anguiano se manifestó a favor de la moción de votar sobre si debe hacer pronunciamiento sobre la legalidad del sistema de guarderías, ya que una

cosa es conocer a detalle la forma operativa de aquéllas y otra cosa es enjuiciar la legalidad del sistema de guarderías.

El señor Ministro Silva Meza manifestó que si en el ejercicio de una facultad de investigación se descubre una irregularidad constitucional o una ilegalidad como tal, y se cuenta como asidero con un estudio legal y constitucional acerca de una figura que dio origen a la violación grave de garantías en función de su relajamiento y se inscribe en un desorden generalizado, desde luego que tiene que hablarse de ella.

A propuesta del señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia se sometió a votación determinar si debe hacerse pronunciamiento sobre la legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares, los señores Ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, se manifestaron en el sentido de que sí debe hacerse pronunciamiento; en tanto que los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Aguilar Morales y Valls Hernández se manifestaron en contra.

El señor Ministro Aguilar Morales razonó su postura a fin de que no parezca contradictoria, en el sentido de que una vez que entendió las razones muy claras, jurídicas de la señora Ministra Luna Ramos y de los planteamientos

pragmáticos y constitucionales que hizo valer el señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia, se manifestó a favor de que es válida la subrogación como lo plantea el proyecto.

Sometido a votación el proyecto, por mayoría de siete votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Ortiz Mayagoitia, se aprobó la propuesta contenida en el considerando quinto, apartado 1, en cuanto a reconocer la legalidad del sistema de guarderías subrogadas a particulares; los señores Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo y Silva Meza votaron en contra.

Los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Aguilar Morales y Valls Hernández reservaron su derecho para formular votos concurrentes; los señores Ministros Cossío Díaz y Gudiño Pelayo reservaron el suyo para formular votos particulares; y los señores Ministros Silva Meza y Zaldívar Lelo de Larrea lo reservaron para formular voto de minoría.

El señor Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia declaró que el asunto y los demás continuarían en lista, convocó al Tribunal Pleno para la sesión pública que tendrá verificativo el día de mañana miércoles dieciséis de junio de dos mil diez

*Sesión Pública Núm. 68*

*Martes 15 de junio de 2010*

a las once horas y concluyó la presente sesión a las diecinueve horas con diez minutos.

Firman esta acta el señor Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y el licenciado Rafael Coello Cetina, secretario general de acuerdos, que da fe.