

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN RELACIÓN AL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE INVESTIGACIÓN 1/2009, POR VIOLACIÓN GRAVE DE GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA GUARDERÍA ABC, DE HERMOSILLO, SONORA.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo Pleno) obsequió, el 6 de agosto de 2009, la petición del Ministro Sergio Armando Valls Hernández quien, ante la falta de legitimación de los peticionarios originales, hizo suya las solicitudes de un grupo de padres de los infantes fallecidos o afectados por el incendio acaecido, el 5 de junio de 2009, en la Guardería ABC que funcionaba bajo el esquema “vecinal comunitario” del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ubicada en la Ciudad de Hermosillo, Sonora, así como de la que formuló la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación investigara, por esos mismos hechos, la violación grave de garantías individuales en perjuicio de los menores, conforme con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM).

De acuerdo con las Reglas fijadas por el Pleno, a las que deben sujetarse las investigaciones que se realizan en términos del artículo 97 de la CPEUM: se determinó el objeto de la investigación¹, se designó

¹ En la sesión pública plenaria del 6 de agosto de 2009 se aprobó, conforme con una propuesta del Ministro José Ramón Cossío Díaz, con algunas sugerencias complementarias de otros Ministros (en particular de Genaro David Góngora Pimentel) y la redacción presentada por el Ministro Presidente, el “objeto” de la investigación (con diez puntos), en los términos siguientes:

“1.- Analizar el marco jurídico federal, estatal y municipal relativo al origen, establecimiento, operación 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 de 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”

“2.- Investigar el origen y situación actual de los convenios de subrogación celebrados por el Instituto Mexicano del Seguro Social con patrones que tienen instaladas guarderías en sus establecimientos.”

“3.- Investigar el origen y situación actual de los convenios de subrogación celebrados por el Instituto Mexicano del Seguro Social con particulares no patrones, para la prestación del servicio de guarderías.”

“4.- Determinar el origen, contenido y cumplimiento del convenio de subrogación celebrado entre el Instituto Mexicano del Seguro Social y los particulares que prestaban el servicio en la Guardería ABC.”

“5.- Especificar qué autoridades administrativas del Instituto Mexicano del Seguro Social celebraron dicho convenio y su competencia; así como el procedimiento que se observó para su otorgamiento, cumplimiento con la normatividad relativa al funcionamiento como guardería.”

“6.- Investigar si las autoridades competentes realizaban visitas de inspección y con qué periodicidad, para verificar las condiciones del funcionamiento de la Guardería ABC; y en caso de hacer observaciones, si se vigilaba el cumplimiento de las mismas.”

una Comisión de dos magistrados para realizar la investigación², y se aprobó el plan contenido en el protocolo de investigación³; en su momento, se tuvo por recibido el informe preliminar rendido por la Comisión Investigadora y, finalmente, el dictamen elaborado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (a quien por decisión del Pleno se le turnó el asunto el 16 de marzo de 2010⁴).

En la sesión pública del 9 de agosto de 2009, en la que se discutió si esta SCJN ejercía su facultad de investigación en el caso de los hechos acaecidos el 5 de junio en la Guardería ABC, señalé las razones para sustentar mi voto a favor de que el Pleno sí ejerciera su facultad y se realizara la investigación correspondiente⁵.

“7.- Esclarecer la intervención de las autoridades del Municipio de Hermosillo y del Estado de Sonora, en relación con el otorgamiento del permiso de uso de suelo y licencia de funcionamiento como guardería; así como los demás otorgados respecto del inmueble correlativo y los demás inmuebles aledaños.”

“8.- Analizar si con la conducta de acción y omisión de los funcionarios encargados del buen funcionamiento de guarderías, 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.”

“9.- Identificar los actos de negligencia médica posteriores al suceso.”

“10.- Identificar a las personas que participaron en los hechos calificados como graves violaciones a las garantías individuales, tanto del Instituto Mexicano del Seguro Social, como del Municipio de Hermosillo y el Estado de Sonora, y demás que resulten.”

² La Comisión quedó integrada con los Magistrados María del Rosario Mota Cienfuegos y Carlos Ronzón Sevilla.

³ Protocolo que fue aprobado por el Pleno de la SCJN en sesión pública del 31 de agosto de 2009.

⁴ El suscrito, a quien por turno correspondía elaborar el proyecto de dictamen, sometió públicamente al Pleno, en tres distintas ocasiones y dando las razones para ello, el que considerara que aún y cuando se trataba de una facultad de investigación que no constituye un procedimiento o proceso jurisdiccional y no encuadrando expresamente mi situación en ninguna de las causales de impedimento señaladas en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, era conveniente que se analizaran si se me declaraba impedido (con base en la fracción XVIII, que se refiere genéricamente a causas análogas, del artículo citado) de participar en las discusiones y votaciones para no generar duda alguna de la imparcialidad y honorabilidad del Máximo Tribunal y de cada uno de nosotros, sus integrantes. En las tres ocasiones el Pleno consideró que no existía causa legal de impedimento, no obstante lo cual, a propuesta del Presidente de la Corte, el asunto fue retirado de mi ponencia y se le asignó al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Rea. Estas decisiones del Pleno legalmente me obligaron a participar en las discusiones exponiendo, aunque fuera de manera escueta, mis argumentos y posiciones y a votar los puntos que fueron puestos a nuestra consideración. Las razones del Pleno para no considerarme impedido legalmente y para eximirme de la formulación del dictamen constan en las actas de las sesiones públicas del 1º y 16 de marzo de 2009 y del 21 de junio de 2010, por lo que tales determinaciones fueron ajenas a mí pero, repito, me sujetaron jurídicamente para participar y votar conforme con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁵ Las razones que esgrimí fueron, en la parte relativa, las siguientes:

“En tal virtud, si la Guardería ABC operaba bajo el esquema de “Guardería Vecinal Comunitaria, esto es, prestando un servicio que originalmente correspondía al Instituto Mexicano del Seguro Social, que como organismo descentralizado de la administración pública federal no puede deslindarse de la debida prestación del mismo en las condiciones de seguridad que fijan las normas aplicables y por otro lado, existe la participación de diversas autoridades estatales y municipales en cuestiones relacionadas con licencias de funcionamiento, seguridad y protección civil de los establecimientos en donde se encontraba la guardería y adyacentes a la guardería, resulta claro, en mi modesta opinión, que en el caso concreto, independientemente de las responsabilidades en que hayan incurrido los particulares que prestan directamente el servicio de guardería, si existen actuaciones y/u omisiones que pudieren ser atribuidos a entes estatales y como consecuencia, dado el impacto que, en mi opinión, verdaderamente trascendente ha tenido en la vida de la comunidad local y nacional, estos hechos son susceptibles de ser investigados a través de la facultad que el artículo 97 constitucional confiere a la SCJN con el objeto medular, -en mi opinión-, y aquí me sumo a alguna consideraciones que en este sentido se han vertido por la señora y señores ministros, de que se haga a la luz del conocimiento de la verdad histórica de los hechos acaecidos a que arriba este Pleno, no ninguna otra autoridad, para que los padres y familiares de los menores fallecidos queden, hasta donde sea posible, satisfechos en su legítimo reclamo de que se conozca la verdad, no exista impunidad y se haga justicia, al tiempo de que se coadyuve a que la comunidad local y nacional tenga la certeza de lo que sucedió y de la legalidad, oportunidad y efectividad o no, de las medidas adoptadas por las diferentes autoridades y así restaurar, en lo posible, el daño causado a la sociedad en su conjunto, por la desconfianza, hay que reconocerlo, por la desconfianza en algunas instituciones y autoridades que este lamentable evento ha causado.”

En seis sesiones públicas celebradas, respectivamente, por las mañanas y tardes de los días 21, 22 y 23 de junio de 2010, se discutió y aprobó el dictamen presentado por el Ministro Zaldívar, con diversas y, en algunos casos muy importantes, modificaciones.

Por la importancia del caso de la Guardería ABC, dado el terrible resultado del incendio que se propagó de una bodega contigua a la Guardería, dejando 49 infantes sin vida y otros 104 (según consigna el proyecto de dictamen presentado por el Ministro Zaldívar) con secuelas y afectaciones más o menos graves, trastornando gravemente y para siempre la vida de los padres de esas criaturas indefensas y de sus familias, así como de la comunidad local y nacional⁶, en su momento, como lo afirmé anteriormente, me pronuncié por el ejercicio de la facultad; sin embargo, ante algunos argumentos y conclusiones consignados primero en el informe de la Comisión, después en el proyecto de dictamen, así como por algunas consideraciones del engrose que no comparto, me veo obligado a presentar este voto concurrente, en el cual dejaré expresados de manera sucinta los puntos y, en algunos casos, los razonamientos y argumentos jurídico-constitucionales que sustentan mis votos en contra de varias de las partes del proyecto de dictamen que presentó el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, y también mis diferencias con algunas del engrose del Ministro Sergio Armando Valls Hernández. Me ocuparé únicamente de los que a mi juicio son los más relevantes.

I. En cuanto a la naturaleza de la facultad de investigación prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la CPEUM, en la sesión pública del Pleno de 14 de junio de 2010, señalé que seguía sosteniendo como características fundamentales de tal facultad las que mencioné en mi primera intervención sobre su naturaleza y alcances, en la sesión pública del primero de febrero de 2007, en el caso de San Salvador Atenco y en el Voto Concurrente que formulé en relación a la resolución recaída a la solicitud de investigación en ese mismo caso.⁷

⁶ Al recibir a los padres de dos niños fallecidos en el trágico incendio de la guardería ABC, señores José Francisco García Quintana y Manuel Rodríguez, junto con sus abogados, que fueron los únicos que solicitaron audiencia para hablar conmigo, les expresé mi más amplia solidaridad y condolencia, y les señalé claramente que podía entender lo terriblemente difícil y doloroso que debería ser para ellos la pérdida de sus hijos en esas condiciones; que yo sabía que nada de lo que resolviéramos podría reparar esa situación o siquiera compensarla. Pero también claramente les mencioné que la obligación de los Ministros, en cualquier circunstancia, es hacer prevalecer los valores, principios y reglas constitucionales, abstrayéndonos de nuestros sentimientos o inclinaciones personales para pronunciarnos, conforme con la convicción que nos formásemos al apreciar los hechos probados, con absoluta imparcialidad.

⁷ Lo que señalé en el voto de referencia, en la parte relativa sobre la naturaleza y alcances de la facultad de investigación fue, textualmente, lo siguiente:

“1. Es una facultad judicial extraordinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación . Considero que se trata de una facultad (judicial) extraordinaria en tanto no encuadra en las de carácter propiamente jurisdiccionales, administrativas o, inclusive, materialmente legislativas que la Constitución le confiere a la Suprema Corte de Justicia de la Nación . Por ser una facultad que no se puede insertar en las atribuciones regulares, recogiendo la clasificación utilizada por Carranza en 1916, se denomina “judicial” para establecer una referencia que no sea puramente nominal (facultad de investigación o investigatoria), que permita darle identidad propia, diferenciándola así de las demás que tiene la Suprema Corte de Justicia .

“En este sentido, me aparto respetuosamente del calificativo de “facultad de orden político” que el proyecto le atribuye en la página 129.”

“2. Es una facultad excepcional y de ejercicio discrecional.

“Por su parte , la excepcionalidad y discrecionalidad de la facultad de investigación derivan de que su ejercicio se encuentra exento de condiciones o reglamentación alguna y , por tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación goza de la más absoluta libertad para decidir, en cada caso, si la ejerce o no, así como para fijar los alcances de la indagación , quiénes la realizarán y los procedimientos a seguir en el curso de aquéllas que decida realizar ; aspectos estos últimos que fueron definidos por el Tribunal Pleno en el Acuerdo General 16/2007, en el que se establecen las reglas a que deberán sujetarse las comisiones de investigación que se formen con motivo del ejercicio de la facultad consignada en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

“3. Se ejerce exclusivamente para averiguar si determinados hechos violaron de manera grave alguna o algunas de las garantías individuales .

“En cuanto al objeto del ejercicio de la facultad, consiste constitucionalmente en la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual , para lo cual es necesario establecer un referente razonable para poder definir un criterio de diferenciación de la gravedad calificada a la que se refiere el vigente párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución . De otra manera , cualquier violación a una garantía individual sería susceptible de ser investigada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; lo cual no fue, ni puede ser ahora, el objeto del ejercicio de esta facultad.

“Ante ese problema , en la sesión pública donde se discutió el caso Atenco , externé la opinión de que considerando todos los demás criterios “con el carácter de simplemente orientadores” como los han reconocido los señores Ministros en anteriores casos para definir el calificativo de “grave” que usa la Constitución a partir de 1987 para considerar una violación con ese carácter , soy de la idea de que la Suprema Corte de Justicia debe apreciar , adicionalmente a los demás que puedan concurrir en el caso concreto, un presupuesto fundamental que consiste en que los hechos que serán sujetos de averiguación hayan tenido, por su gravedad, un impacto trascendente en la vida de la comunidad.”

“4. Al ser una facultad de carácter judicial y no jurisdiccional , la investigación concluye con una opinión contenida en un informe sobre los resultados obtenidos respecto de los hechos investigados.

“La opinión (en su sentido gramatical de “dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable”) que conforme a los resultados de su investigación puede dar la Suprema Corte de Justicia de la Nación , en términos de la facultad que le otorga el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, no puede considerarse inocua o irrelevante por no ser una resolución vinculativa, ya que siempre tendrá efectos político-sociales importantes.”

“5. Los resultados deben hacerse del conocimiento de las autoridades competentes y de la sociedad en su conjunto, pues de otra manera no tendría sentido el ejercicio de esa facultad de investigación .

“Como se anotó antes , al ser una facultad de carácter judicial y no jurisdiccional , la investigación debe concluir con una opinión , contenida en un informe sobre los resultados obtenidos respecto de los hechos investigados; informe que debe hacerse del conocimiento de las autoridades competentes , de los interesados y del público en general .

“A las autoridades competentes se les hace saber para, por lo menos, dos posibles efectos . Uno, para que tomen medidas correctivas que no implican necesariamente sanciones directas para los que intervinieron en los hechos (por ejemplo, recomendaciones de medidas preventivas para antes y después de intervenir en casos similares que llegaren a enfrentar en el futuro); dos, para denunciar actos ilegales o conductas irregulares (sean de carácter civil, administrativo, penal o, en su caso, político) que hayan cometido o en que hayan incurrido los servidores públicos involucrados, intelectual o materialmente , en los hechos , y que no hubiesen sido materia de indagatoria formal por parte de las autoridades competentes o que habiéndolo sido resultasen insuficientes o parciales , a efecto de que estas últimas actúen de inmediato conforme a la legislación aplicable; inclusive, para hacer notar la conveniencia a los órganos competentes del Estado de abrogar, derogar o modificar ordenamientos de carácter legislativo o administrativo que resultaron inoperantes o inadecuados para hacer frente a circunstancias y hechos como los investigados.

“A los interesados debe notificárseles también , cuando es posible su identificación y localización individual o de grupo , dado que es evidente que quienes fueron objeto de violación grave de sus garantías deben conocer el resultado de las investigaciones.

“Al público en general , puesto que uno de los objetivos fundamentales que se buscan, es lograr reparar o disminuir en lo posible el impacto negativo que se dio en la comunidad con motivo de hechos que produjeron una violación grave de garantías individuales . En este sentido , que se conozcan las conclusiones alcanzadas con la investigación ordenada por la Suprema Corte de Justicia , con total transparencia, puede coadyuvar de manera importante a lograr ese objetivo.”

No obstante, por considerar que básicamente recoge mi posición en este tema, voté por mantener los criterios que se contienen en la resolución recaída precisamente a la solicitud de facultad de investigación 1/2007.

He insistido en que la SCJN ha aprobado “Reglas”⁸ a las que debe sujetarse la investigación y que, por tanto, mientras estén vigentes y no las haya modificado el Pleno, estamos todos obligados a sujetarnos a las mismas por aplicación de los principios constitucionales de imparcialidad⁹ y del de seguridad (enfocado principalmente en su sentido de certeza jurídica¹⁰) los cuales, en mi opinión, deben regir, en todos los casos, la actuación del máximo Tribunal Constitucional¹¹.

⁸ Jurídicamente, por la evolución del vocablo desde su creación en la dogmática del Derecho Romano, se identifica hoy “regla” con “norma”. En el *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, se define el vocablo “regla de derecho” como: “Sinónimo de “norma” o “precepto”.” (Garrone, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Tomo III, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 270). Otra definición también generalizada es la de “reglas del derecho”: “Axiomas o principios que en breves y generales palabras, demuestran luego la cosa de la que hablan y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por una ley contraria.” (Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, 1ª Edición, Porrúa, México 2000, pág. 1716).

Gramaticalmente, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia le reconoce trece significados al vocablo “regla”. Estos son:

1. Instrumento de madera, metal u otra materia rígida, por lo común de poco grueso y de forma rectangular, que sirve principalmente para trazar líneas rectas, o para medir la distancia entre dos puntos. 2. Aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad. 3. Conjunto de preceptos fundamentales que debe observar una orden religiosa.

4. Estatuto, constitución o modo de ejecutar algo. 5. En las ciencias o artes, precepto, principio o máxima. 6. Razón que debe servir de medida y a que se han de ajustar las acciones para que resulten rectas. 7. Moderación, templanza, medida, tasa. 8. Pauta de la escritura. 9. Orden y concierto invariable que guardan las cosas naturales. 10. Menstruación de la mujer. 11. Fil. Conjunto de operaciones que deben llevarse a cabo para realizar una inferencia o deducción correcta. 12. Ling. Formulación teórica generalizada de un procedimiento lingüístico. *Regla de formación del plural.* 13. f. Mat. Método de hacer una operación.

Ese mismo Diccionario reconoce como significados de “norma” los cuatro siguientes: 1. Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc. 2. Escuadra que usan los artífices para arreglar y ajustar los maderos, piedras, etc. 3. Der. Precepto jurídico. 4. Ling. Conjunto de criterios lingüísticos que regulan el uso considerado correcto. 5. Ling. Variante lingüística que se considera preferible por ser más culta.

Es evidente que, en el caso que nos ocupa, el vocablo *regla* lo uso el Pleno con el significado de “norma”. Es decir, como lo que debe cumplirse por quienes están sujetos a las reglas.

⁹ En este sentido, entiendo la imparcialidad muy cerca de lo que manifiesta Werner Goldschmidt cuando señala: “*La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual. También se distinguen la imparcialidad y la justicia. La primera enfoca la motivación, la segunda el contenido de los actos; la primera es negativa y ahuyenta las influencias subjetivas, la segunda es positiva y atribuye a cada uno algo, por respeto a su particular personalidad.*” (La imparcialidad como Principio Básico del Proceso (La Parcialidad y la Imparcialidad), trabajo elaborado en memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Goldschmidt en Montevideo.).

¹⁰ En el Considerando Cuarto del Acuerdo General 16/2007 del Pleno en el que se establecieron las *Reglas a que deberán sujetarse las comisiones de investigación que se formen con motivo del ejercicio consignada en el artículo 97, párrafo segundo, de la CPEUM*, se señaló:

“*Es indudable que la facultad de investigación conferida en el artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución Federal, a esta Suprema Corte, tiene eficacia inmediata, sin necesidad de que se detalle en una ley o reglamento su desarrollo; sin embargo, también es innegable que, en los últimos años, se ha ejercido con mayor frecuencia tal facultad, de ahí la conveniencia de establecer las reglas mínimas a que deberá sujetarse su ejercicio en todos los casos en que se acuerde favorablemente, a fin de que exista certeza y uniformidad en éstos, por lo que también es necesario que tales reglas consten por escrito y se les dé publicidad.*”

¹¹ Por supuesto reconozco que dicho principio puede tener matices, en tanto no cambien los aspectos sustanciales, derivados de la naturaleza del procedimiento de que se trate, como es el caso de de las investigaciones previstas en el artículo 97; por ello es que el Pleno, auto regulándose, consignó esos matices en las reglas que aprobó.

Comparto las manifestaciones del Ministro Dictaminador en el sentido de que es connatural a un Tribunal Constitucional cambiar de criterio o modificar los ya establecidos. También reconozco que el Ministro Dictaminador no participó en la elaboración de las Reglas, por lo que puede diferir de ellas sosteniendo su posición personal, como lo reconocí en las discusiones del asunto, pronunciándose en cada uno de los puntos en contra de aquello que no le resulta satisfactorio; pero con todo respeto considero que aún así, si el Pleno no las modificó previamente, es al menos muy debatible que se pueda sostener que no resultaban obligatorias para la elaboración del proyecto de dictamen, máxime que se elaboraron y aprobaron por el

Las Reglas tienden a garantizar esos principios y también el necesario equilibrio para que todos los involucrados reciban un trato justo durante la investigación a efecto de que no queden inauditos y sujetos a situaciones jurídicamente inaceptables. Todos tenemos derecho a que se protejan nuestros derechos fundamentales¹². Por ende, es menester, de manera destacada, que antes de fincar responsabilidades y aplicar sanciones se garanticen, de igual manera y con plena efectividad, los principios de presunción de inocencia, así como el de debido proceso (en el que se cumplan sus formalidades esenciales¹³).

Por ello, en su momento manifesté en sesión pública que me sumaba a los Ministros que se habían separado de las consideraciones del proyecto de dictamen presentado por el Ministro Zaldívar Lelo de Larrea en este tema, por compartir muchos de los puntos de vista en el sentido de que el proyecto se apartaba de las reglas, los criterios y de la conceptualización que el Pleno ha sentado en relación con la facultad de investigación.¹⁴

Pleno, como ya se acreditó, para dar uniformidad y certeza al ejercicio de la facultad, no solamente para quien la realiza sino también, y yo diría que de manera subrayada, para quienes pueden estar involucrados en las investigaciones, en aplicación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

En todo caso, si existían las dudas o inclusive la certeza de que debían aplicarse reglas diferentes se debió, en mi opinión, recurrir al mecanismo previsto en la Regla última, que señala:

“Regla 26. En caso de duda sobre la interpretación o aplicación del presente acuerdo, la Comisión investigadora o el Ministro dictaminador deberán consultar al Pleno, para que éste determine lo conducente.”

¹² En este sentido, la regla 4 de las *Reglas a que deberán sujetarse las comisiones de investigación que se formen con motivo del ejercicio consignada en el artículo 97, párrafo segundo, de la CPEUM*, dispone en sus párrafos primero y segundo lo siguiente:

“Regla 3. Los comisionados deberán actuar en todo momento con estricto apego al marco constitucional, con pleno respeto a las garantías individuales y sujetándose a lo señalado en el presente Acuerdo.

“Las investigaciones deberán desarrollarse con total imparcialidad, objetividad e independencia y con pleno respeto a la autonomía de los tres niveles de gobierno.

Las reglas que establecen facultades y obligaciones para las Comisiones serán aplicables, en lo conducente, al Comisionado que designe el Pleno, para realizar una investigación.”

“.....”

¹³ En relación a este tema no pude dejarse de tomar en cuenta la siguiente Jurisprudencia del Pleno:

“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. “La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”. Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”

¹⁴ En especial, comparto la posición del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, expresada en la sesión pública vespertina del día 14 de junio de 2010, en los siguientes términos: “En general, me parece que el texto tiene como ánimo justificar o más bien legitimar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para hacer reproches y señalamientos públicos de malos funcionarios por razones de ética, moral y política, y esto no me parece que es así. La Corte es un Tribunal de derecho que como tal debe ser imparcial y objetivo y basar sus decisiones en la ley, mirando por la tutela de los derechos del ser humano, pero no mirando ni basándose en la moral de cada quien o en la moral de las mayorías o en una ética política porque no es lo propio de su resorte.”

Por similares razones y conforme con mi posición reiterada respecto de la naturaleza y alcances de la facultad de investigación, me separo de varias de las consideraciones del engrose presentado por el Ministro Sergio Armando Valls Hernández (fojas 19 a 34) respecto al alcance y efectos que se le otorga al concepto de “mínimo vital” (puesto que no ha sido definido en su naturaleza y alcances por este Tribunal Constitucional), al régimen de derecho internacional y a las llamadas “omisiones”, en relación a la facultad de investigación.

II. Difiero de la conclusión a la que llegó la Comisión Investigadora al calificar de “desorden generalizado” el sistema completo de guarderías (otorgamiento de los contratos, operación y vigilancia) y como el Ministro Dictaminador la hizo suya, por ende, también discrepo de su proyecto en este punto.¹⁵ Las razones que expresamos varios Ministros en el Pleno durante la sesión pública en que se discutió el tema¹⁶ y las que consigna el engrose elaborado por el Ministro Sergio Armando Valls Hernández, me parecen suficientes para acreditar que esa calificación no estaba debida y suficientemente sustentada, lo que no implicaba en mi opinión, de manera alguna, que no se reconociera que existiesen irregularidades –en algunos casos graves- en la situación de varias guarderías –entre ellas la ABC- que debían haberse corregido oportunamente a través de la supervisión y vigilancia a cargo de las distintas autoridades federales, estatales y

¹⁵ No debe perderse de vista que la Comisión Investigadora fue la que introdujo este aspecto como “hipótesis”, en el protocolo que le presentó al Pleno, en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta que la encomienda dada a esta Comisión consiste en recabar información acerca de los hechos investigados y conforme a la definición judicial referida, se plantea la hipótesis siguiente:

“¿Los lamentables hechos ocurridos el cinco de junio de dos mil nueve fueron el resultado o están relacionados con la existencia de un desorden generalizado en la instalación, operación y supervisión de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social que tienen un esquema similar a la guardería ABC?”

Más adelante, en el capítulo de Metodología y Técnica de Investigación, propusieron en el protocolo, conforme los objetivos de la hipótesis planteada, la necesidad de que la investigación obedeciera a una metodología de tipo deductivo, revisando en primer lugar la legislación, con, entre otros, el propósito de que: “El examen normativo también concluirá con un diagnóstico destinado a revelar si la posibilidad de que particulares presten el servicio de guarderías se encuentra previsto en ley, reglamento u otro instrumento jurídico, y hasta qué punto es factible que el estado delegue en tales particulares una obligación que tiene constitucionalmente encomendada.”

De lo anterior se colige que la Comisión ligó, para constatar su hipótesis de la existencia del desorden generalizado como causa de los lamentables hechos del 5 de junio de 2009, la falta o no de base constitucional y legal para la “delegación” referida.

En este sentido, el informe de la Comisión concluyó que el Instituto Mexicano del Seguro Social carecía de facultades para subrogar, delegar o contratar con particulares la prestación del servicio de guarderías, lo que evidentemente fortalecía su hipótesis del desorden generalizado. En cambio, en el proyecto original del proyecto de dictamen, distribuido por el Ministro Zaldívar a los Ministros y que se hizo público por internet, se reconocía la constitucionalidad y legalidad del sistema de guarderías subrogadas a los particulares, si bien en la sesión pública respectiva, cambió su opinión para sostener la misma posición que la que contenía el informe de la Comisión Dictaminadora.

¹⁶ Me parecen de particular importancia las intervenciones en contra del proyecto de dictamen, en relación a su conclusión de que existía un desorden generalizado en el sistema de guarderías, de los Ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales y de la Ministra Luna Ramos, en la sesión pública ordinaria (matutina) del Pleno, celebrada el miércoles 16 de junio de 2010.

municipales competentes y por los propios particulares prestadores del servicio.

No obstante que coincido en lo general con las afirmaciones del engrose en este Considerando, me separo de algunos de los argumentos que se hacen valer en él para cuestionar la validez del ejercicio estadístico que se diseñó por el *Instituto de Investigaciones en Matemáticas Aplicadas y en Sistemas* de la Universidad Nacional Autónoma de México, reiterando por mi parte que la calificación de “desorden generalizado” en el sistema de guarderías lo determinó la Comisión Investigadora, como ella misma lo señaló, de una inferencia¹⁷. Sobre esta afirmación, en el engrose se dan elementos, a mi juicio suficientes, para refutar o al menos para poner en serias dudas la solvencia de tal inferencia.¹⁸

III. Finalmente, en el tema de autoridades involucradas, estimo que el engrose se hace cargo, en lo general, de los argumentos para establecer claramente por qué a la luz de nuestro sistema constitucional –cuya defensa es una de las funciones principales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación- no se puede y no se deben imputar responsabilidades a los servidores públicos¹⁹ y solamente deben identificarse las autoridades directamente involucradas *en los hechos* que constituyen la violación grave de garantías individuales, como lo señalan las *Reglas que rigen el desarrollo de las investigaciones y los dictámenes que debe aprobar el Pleno*²⁰ y darlas a conocer a las autoridades competentes.

No obstante, me parece necesario hacer algunas puntualizaciones al respecto.

¹⁷ “Una revisión de esta índole (revisión estadística mediante muestra representativa) nos permite hacer inferencias, es decir, obtener una conclusión general a partir de casos particulares, con relación al resto del universo de las mil cuatrocientas ochenta prestadoras de servicios.” (foja 91 del informe). Es claro entonces que la inferencia del “desorden generalizado” fue de la Comisión y del Ministro Dictaminador que la hizo suya.

¹⁸ De igual manera, si bien estoy de acuerdo en que la opinión de la Auditoría Superior de la Federación en relación con las facultades legales del IMSS no está debidamente sustentada, no comparto algunos de los comentarios adjetivados que se formulan en el proyecto, en relación a esa opinión.

¹⁹ El régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos en México, además de las responsabilidades política, penal, administrativa y civil, también conlleva la posibilidad de que incurran en responsabilidad laboral conforme lo dispone el artículo 123 de la CPEUM y sus leyes reglamentarias, así como, eventualmente, en responsabilidad patrimonial en términos del segundo párrafo del artículo 113 de la CPEUM y su ley reglamentaria.

²⁰ Las Reglas 24 y 25 señalan:

“Regla 24. El dictamen deberá: pronunciarse sobre la suficiencia de la investigación; determinar si existieron violaciones graves a las garantías individuales; **señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones**; y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que el Ministro o Ministros dictaminadores consideren necesarios.”

“Regla 25. El dictamen se someterá a la consideración del Pleno y una vez aprobado, el Presidente lo remitirá a las autoridades que solicitaron la investigación y en su caso, a las autoridades competentes.”

El objeto constitucional directo del ejercicio de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (segundo párrafo del artículo 97 de la CPEUM) es: “*únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual*”.

A partir de esto la Suprema Corte ha venido construyendo criterios para cumplir con ese cometido constitucional cuando ejerce la facultad de investigación; y en este contexto ha sido escrupulosa para no incurrir en extremos que puedan vulnerar el orden jurídico nacional y los derechos fundamentales de todo individuo (incluidos los servidores públicos que puedan estar involucrados en hechos que constituyan violación grave de garantías individuales). He manifestado en diversas ocasiones que tan grave es dejar impune conductas ilícitas como responsabilizar a inocentes o a quienes no han tenido oportunidad de una defensa justa.

Concluyo señalando que es explicable desde el punto de vista humano que, ante un hecho tan deplorable y terrible como el acaecido en la guardería ABC el 5 de junio de 2009, los directamente afectados - en particular los padres de los infantes- y muchas personas y sectores de la sociedad aspiren a ver satisfechas sus propias expectativas de ver que se responsabilice y se castigue a quienes ellos consideran culpables. Pero la Suprema Corte, lo repito una vez más, aún en los casos del ejercicio de la facultad de investigación en eventos tan dramáticos y socialmente sensibles como el de la guardería ABC, debe ceñirse al marco de valores y principios jurídico-constitucionales que nos rige.²¹ Alejarse de ellos para hacer juicio de moral pública, éticos, o como se les llamó en el proyecto de dictamen de “*censura constitucional, política y ética a los servidores públicos responsables*”, sin un juicio previo en el que se cumplan las formalidades esenciales de un procedimiento seguido ante autoridad competente (tal y como lo señalan nuestra Constitución y los tratados internacionales suscritos por México), resultaría, además de antijurídico, altamente riesgoso para el orden jurídico, institucional y social nacionales. Por eso la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido un conjunto de Reglas que tienden a darles plena eficacia a esos valores y principios constitucionales cuando decide ejercer la facultad de investigación, auto

²¹ Ministras y Ministros se refirieron a este aspecto; en especial, en la sesión pública del 14 de junio, el Ministro Cossío, en relación a su desacuerdo con algunas de las afirmaciones del Considerando Segundo del proyecto de dictamen, señaló: “Creo que por esto tenemos que ser muy cuidadosos y expresarnos con una alta dosis de modestia; yo creo que esta Corte tiene, fundamentalmente la autoridad que la Constitución le confiere y que sí, como dice el proyecto, la idea es tratar de darle un lugar a la facultad de investigación dentro de nuestro sistema constitucional, el reto es darle una connotación específicamente jurídica, muy sólida, muy clara y muy notoria.”

limitándose para no caer en la arbitrariedad o en la injusticia y al mismo tiempo lograr satisfacer el objeto de tal facultad de investigación.²²

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme con la interpretación que ha hecho del alcance del párrafo segundo del artículo 97 de la CPEUM y en cumplimiento de sus propias Reglas, no exonera ni responsabiliza a ninguna autoridad cuando hace uso de su facultad de investigación; señala a las que según los elementos de la investigación, que le producen convicción, se encuentran relacionadas e involucradas directamente con los hechos que constituyen una grave violación de garantías individuales, a efecto de que –respetando el régimen de distribución de atribuciones establecido en la CPEUM- las autoridades competentes actúen en su esfera de facultades constitucionales y legales. Así, estas últimas pueden determinar, por un lado, si las que señaló el Pleno como involucradas son o no responsables jurídicamente y, por ende, deben ser sancionadas; o, por otro, determinar que existen otras autoridades (inclusive de entre aquellas que habiendo sido consideradas en la investigación, la SCJN en su dictamen no las haya señalado como involucradas) que también, con base en los nuevos elementos con que cuenten, puedan ser consideradas responsables y sujetas a la sanción que corresponda. Esto pone en un correcto equilibrio los derechos fundamentales de los afectados o víctimas y de los servidores públicos involucrados y permite que, mediante la acción de las autoridades competentes, se finquen responsabilidades y sanciones a quienes se les acredite que incurrieron en conductas ilícitas.

Respetuosamente

MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS

²² En este sentido, vale la pena releer la intervención de varios Ministros en la sesiones públicas ordinarias y vespertinas de los días 14 y 15 de junio de 2010.